

# InDret

*Revista para el análisis del derecho*

---

4.24

-

Octubre de 2024

## Sumario 4.24

### Editoriales

-		
	<b><i>Una lectura del Reglamento de Inteligencia Artificial desde el derecho privado</i></b>	
	Antoni Rubí Puig	i-viii
-		
	<b><i>Juegos peligrosos</i></b>	
	Jesús-María Silva-Sánchez	ix-xi
-		
	<b><i>Algoritmos e inteligencia artificial en el sistema de justicia penal</i></b>	
	Daniel Varona	xii-xv
-		

### Derecho privado

-		
	<b><i>Animales de compañía y crisis familiares: criterios interpretativos de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre</i></b>	
	José Ramón de Verda y Beamonte	1-48
-		
	<b><i>The judicial annulment of awards in Spain: A statistical study of 1.229 judgements</i></b>	
	Joan Picó i Junoy	49-64
-		
	<b><i>La responsabilidad civil de los centros docentes de enseñanza no superior por los daños causados por sus alumnos menores de edad</i></b>	
	Silvia Algaba Ros	65-114
-		

### Derecho Penal

-		
	<b><i>Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del delito</i></b>	
	<i>Sobre la necesaria revisión de la concepción del delito</i>	115-132
	Wolfgang Frisch	
-		
	<b><i>Delitos de odio en España: estado de la cuestión</i></b>	
	Jon-Mirena Landa Gorostiza	133-182
-		
	<b><i>Justicia negociada ¿a cualquier precio?</i></b>	
	<i>Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad</i>	183-241
	Carmen Tomás-Valiente Lanuza	
-		

<b><i>Tradición e influencias extranjeras en el Anteproyecto de Código Penal de FET y de las JONS (1938)</i></b>	242-261
Brian Buchhalter Montero	
-	

## **Criminología**

-	
<b><i>Inspectores y Fiscales: investigar y perseguir la defraudación tributaria en España</i></b>	
Jordi Bonshoms Guzmán	262-280
-	
<b><i>Calidad de vida en las prisiones vascas: visión y realidad</i></b>	
<i>Un análisis de la situación actual y de los retos a futuro después del traspaso de la competencia en materia penitenciaria</i>	281-321
Enara Garro Carrera	
-	
<b><i>Antecedentes penales y restricciones al acceso al trabajo en Argentina</i></b>	
Leandro Gastón	322-347
-	

## **Derecho público y regulatorio**

-	
<b><i>El Eurosistema: dominancia monetaria o redistribución mediante regulación</i></b>	
<i>En especial, los saldos TARGET2</i>	348-408
Alberto Ruiz Ojeda	
-	
<b><i>Voluntad y motivación en actos administrativos automatizados con inteligencia artificial: ¿un nuevo entendimiento de conceptos humanos?</i></b>	
Cristian Andrés Díaz Díez	409-440
-	

## **Actualidad**

-	
<b><i>Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (juliol-setembre 2024)</i></b>	441-453
<i>Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/2652/2024, de 15 de juliol; JUS/3051/2024, de 17 d'agost; JUS/3052/2024, de 17 d'agost i JUS/3502/2024, de 27 de setembre</i>	
Miriam Anderson	
-	
<b><i>Revista Crítica de Jurisprudencia Penal</i></b>	
Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés	454-513

-

## Recensiones

-

**Andrés Domínguez Luelmo y Fernando Toribios Fuentes, *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones. Aspectos sustantivos y procesales, La Ley, 2024, 1095 páginas.***

514-522

Albert Lamarca Marquès

-

***ExLibris***

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

523-531

-





***Una lectura del Reglamento de Inteligencia Artificial desde el derecho privado***

-  
El pasado doce de julio el Diario Oficial de la UE publicaba finalmente el [Reglamento 2024/1689, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial](#). El Reglamento de IA –uno de los hitos legislativos de la anterior Comisión von der Leyen y acaso la norma con mayor poder simbólico para reflejar las líneas generales de política regulatoria europea sobre mercados y tecnologías digitales– llegaba tras más de tres años de debates, presiones y negociaciones. Sus 180 considerandos, 113 artículos y 13 anexos recogen, en casi 150 páginas, un marco legal armonizado que, a pesar de su carácter fragmentario, va a acabar condicionando el desarrollo y uso en los próximos años de modelos, sistemas y herramientas de inteligencia artificial en Europa.

El Reglamento de IA es esencialmente una norma de seguridad de producto, con un claro componente de derecho público regulatorio, cuyo objetivo es establecer normas armonizadas para el desarrollo, la comercialización, puesta en servicio y el uso de sistemas de IA en función de las características y riesgos que presentan. Como norma de seguridad de producto, sus reglas se basan, principalmente, en un sistema de evaluación de la conformidad, acreditación y vigilancia del mercado propio del denominado Nuevo Marco Legislativo, con la intervención intensa de agentes como las autoridades notificantes, los organismos de evaluación de conformidad y los organismos notificados.

Un resumen a vuelapluma del Reglamento da buena cuenta de su carácter de derecho público. El Reglamento distingue cuatro niveles de riesgo con consecuencias jurídicas diversas. En primer lugar, identifica un riesgo no permitido: se prohíben, por sus efectos nocivos en la salud y en los derechos fundamentales, determinadas prácticas como el uso de sistemas y técnicas de IA deliberadamente manipuladoras o engañosas o que exploten sujetos vulnerables, el uso de sistemas para finalidades de clasificación social (*social scoring*), y algunos usos para la categorización e identificación biométricas y para la inferencia de emociones en los ámbitos laboral y educativo, entre otras (art. 5 RIA). En segundo lugar, el Reglamento identifica un nivel de riesgo alto: la mayoría de sus normas se dirigen a regular los sistemas de IA de alto riesgo (arts. 6-49 RIA), cuyos desarrollo y funcionamiento se sujetan a un conjunto de deberes y especificaciones técnicas que alcanzan a aspectos tales como la implementación de sistemas de gestión de riesgos, la gobernanza de

los datos, la conservación de registros, la elaboración de documentación, la transparencia y comunicación de información y la supervisión humana. El Reglamento de IA atribuye el cumplimiento de estos y otros deberes a los diferentes agentes que participan en la cadena de valor que desde el entrenamiento y desarrollo de modelos desemboca en la fabricación de sistemas de IA y en la prestación de servicios relacionados con estos. Sujetos como los proveedores de los sistemas de IA de alto riesgo, los responsables de su despliegue y otros, tales como importadores, distribuidores y representantes, habrán de asumir un conjunto de obligaciones, que incluyen, entre otras, deberes de sometimiento al proceso de evaluación de conformidad antes de la introducción del sistema en el mercado o puesta en servicio, elaboración de evaluaciones de impacto, deberes de vigilancia y retirada del mercado o deberes de cooperación con las autoridades. En tercer lugar, el Reglamento de IA identifica un nivel de riesgo relevante: algunos sistemas, en función de sus usos y de sus características, pueden afectar a quienes interactúan con ellos sin saberlo y, en efecto, el Reglamento prevé deberes de información y transparencia para que, por ejemplo, los proveedores de sistemas de IA destinados a interactuar directamente con personas físicas, por ejemplo, un *chatbot*, se aseguren de que estas conocen que no están interactuando con otra persona física; o que los responsables del despliegue de un sistema de IA que genere o manipule imágenes o contenidos de audio o vídeo que constituyan una ultrasuplantación (*deepfake*) harán público que estos contenidos o imágenes han sido generados o manipulados de manera artificial (art. 50 RIA). También incluye el Reglamento un conjunto de normas sobre modelos de inteligencia artificial de propósito general, como los modelos de aprendizaje profundo utilizados en el ámbito de la IA generativa (arts. 51-56 RIA). En algunos supuestos, los riesgos que comportarán podrán tener una dimensión sistémica y, por ello, se elevan los deberes que se imponen a los proveedores de estos modelos. En cuarto lugar, puede identificarse un nivel de riesgo residual: para aquellos sistemas de IA no cubiertos en el resto de niveles, el Reglamento persigue el cumplimiento voluntario de deberes de seguridad y el fomento y la adopción de códigos de conducta no obligatorios (arts. 96-97 RIA).

El Reglamento de IA complementa este régimen de clasificación de niveles de riesgo con normas sobre espacios controlados de pruebas o *regulatory sandboxes* (arts. 57-63 RIA); sobre gobernanza pública, que prevén la creación de organismos europeos como la Oficina de IA y la designación de autoridades nacionales (arts. 64-70 RIA); sobre vigilancia poscomercialización, intercambio de información y vigilancia del mercado (arts. 72-94); y sobre infracciones y sanciones (arts. 99-101 RIA). Las reglas de gobernanza y los instrumentos de investigación y sanción siguen a los establecidos en otros reglamentos europeos como el [Reglamento General de Protección de Datos](#) y el [Reglamento de Servicios Digitales](#).

A pesar de la evidente naturaleza de derecho público del Reglamento de IA, son muchas las implicaciones para diferentes ámbitos del derecho privado, que los juristas dedicados al derecho de daños, contratos o la propiedad no pueden ignorar sin más. Sin ningún ánimo de exhaustividad, ni de profundidad, los párrafos que siguen describen algunas interacciones del nuevo texto del Reglamento de IA con cuestiones propias del derecho privado.

El Reglamento de IA no se ocupa de normar la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados durante el desarrollo y uso de modelos y sistemas de inteligencia artificial, ni tampoco de establecer una pretensión indemnizatoria para su compensación en este ámbito. Con arreglo al considerando 9, el Reglamento se aplica sin perjuicio de las demás normas vigentes en la Unión y en los EE.MM. y, en particular, del derecho general de daños y del derecho de responsabilidad

del fabricante por productos defectuosos. En buena medida, esta opción legislativa responde a la elaboración durante la tramitación del Reglamento de IA de dos instrumentos normativos independientes para las cuestiones relacionadas con la reparación de los daños: la [Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos](#), aprobada recientemente y pendiente de publicación en el DOUE, y la [Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial](#), cuyo futuro como derecho vigente es punto menos que incierto. Que la reparación de los daños y perjuicios causados por modelos y sistemas de inteligencia artificial quede fuera del Reglamento no comporta que este no sea una pieza más –y fundamental– del complejo engranaje del derecho de daños en este sector: el remedio indemnizatorio no puede desligarse de otros mecanismos que, juntamente, contribuyen a que los riesgos que generan determinadas actividades peligrosas no se acaben concretando o se concreten en menos ocasiones en daños. Así, *ex ante* la regulación de las especificaciones técnicas para hacer a los sistemas de IA de alto riesgo más seguros y las limitaciones de entrada en el mercado sin contar con las pertinentes evaluaciones de conformidad y, *ex post*, los deberes de vigilancia postcomercialización y el derecho sancionador, si funciona razonablemente bien, habrán de prevenir muchos daños, reducir el protagonismo de las acciones indemnizatorias y mitigar los costes privados y sociales de los pleitos de responsabilidad civil.

Sea como fuere, las potenciales reclamaciones privadas por daños derivados del funcionamiento y uso de modelos y sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo exigirán en muchos casos identificar infracciones de deberes de seguridad establecidos en el propio Reglamento de IA y valorar si estas pueden servir por sí solas para acreditar la negligencia de los demandados en el pleito. Este parece ser el modelo defendido por la Comisión en su Propuesta de Directiva de Responsabilidad Civil e Inteligencia Artificial. El artículo 4 de esta define la culpa del demandado como “*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*” y especifica luego determinados incumplimientos normativos que *per se* pueden presumirse negligentes. En cuanto a los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo u otros sujetos que se equiparan al proveedor, el art. 4.2 prevé los siguientes supuestos de infracciones normativas del Reglamento de IA: a) incumplimiento de los criterios de calidad sobre datos de entrenamiento (*training data*), validación o prueba; b) incumplimiento de los requisitos de transparencia; c) diseño o desarrollo del sistema sin que permita una vigilancia efectiva por parte de personas físicas durante el funcionamiento del sistema de IA; d) diseño o desarrollo del sistema que, en atención a su finalidad, no ofrezca niveles adecuados de precisión, solidez y ciberseguridad; e) falta de adopción inmediata de medidas correctoras necesarias para poner el sistema de IA en conformidad después de detección de incidentes o para retirarlo del mercado. También el artículo 10.2.b) de la nueva Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos señala que “[s]e presumirá el carácter defectuoso del producto cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: [...] b) el demandante demuestre que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad del producto establecidos en el Derecho de la Unión o nacional que tienen por objeto proteger contra el riesgo del daño sufrido por la persona perjudicada”. Habrá de verse cómo operarán en la práctica estas presunciones de negligencia –que, en buena medida, recuerdan a doctrinas propias del *common law* como la *negligence per se*– y de defecto de producto y cómo los diferentes criterios de imputación objetiva y, en particular, la identificación del

ámbito de protección objetivo y subjetiva de la norma que establece deberes de seguridad, servirán para limitar su papel.

La identificación de diferentes deberes de seguridad en el Reglamento de IA también servirá para delimitar esferas de control entre los varios participantes en la cadena de valor de la inteligencia artificial. Entre el momento en que empiezan a compilarse grandes bases de datos que servirán para entrenar un modelo, hasta que este se pone en servicio y se utiliza el sistema basado en aquel, puede intervenir una pluralidad de sujetos, que complicará a menudo la atribución de responsabilidad civil por daños y perjuicios. El establecimiento de diferentes obligaciones para diferentes grupos de operadores –principalmente, de los proveedores de los sistemas y de los responsables de su despliegue– habrá de contribuir a facilitar esta tarea. En cualquier caso, no podrá ignorarse la posibilidad de acudir a normas y doctrinas nacionales sobre solidaridad u otras modalidades de la obligación de reparar los daños y perjuicios, especialmente, cuando los diferentes operadores estén situados en jurisdicciones diferentes. Además, los organismos de evaluación de conformidad de los sistemas de IA de alto riesgo y los organismos notificados podrán llegar a responder en algunos casos (véase, entre otras, [STJUE de 16 de febrero de 2017, asunto C-219/15, Elisabeth Schmitt c. TÜV Rheinland LGA Products GmbH](#)). De hecho, el propio Reglamento obliga ya a los primeros a suscribir un seguro de responsabilidad adecuado para sus actividades de evaluación de la conformidad, salvo que la potencial responsabilidad civil sea asumida por el Estado miembro en que estén establecidos o que sea la propia administración pública la que se encargue de la evaluación de la conformidad (art. 31.9 RIA). En el derecho español, demandar junto a un proveedor privado de un sistema de IA a un organismo público de evaluación de conformidad o a un organismo notificado obligará a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa y a la regulación de la responsabilidad patrimonial.

Es probable que los tribunales que resuelvan pleitos sobre la reparación de daños y perjuicios causados por sistemas de IA hayan de pronunciarse sobre el argumento esgrimido con frecuencia por demandados según el cual estos no deberían responder por cuanto fueron escrupulosos en el cumplimiento de todos los deberes impuestos por la normativa sobre seguridad de producto. Se trata de la defensa de *regulatory compliance*, en buena medida, el reverso de la negligencia *per se*. El éxito de alegaciones en este sentido es poco probable. El Reglamento de IA ha de considerarse una normativa de mínimos en materia de deberes de seguridad para los sistemas de IA de alto riesgo, especialmente, en un campo tan dinámico y con altos niveles de innovación en estos momentos como la inteligencia artificial. Además, el Reglamento no impide la aplicación de otras normas de seguridad de producto, especialmente, cuando los sistemas de IA se utilizan como componente de seguridad de un producto o constituyen un producto con arreglo a la legislación europea sobre armonización. También, el Reglamento ya prevé otras fuentes como actos delegados de la Comisión, códigos de buenas prácticas, códigos de conducta o estándares técnicos armonizados, que completarán y concretarán los niveles de seguridad que habrán de respetar los sistemas de IA. Además, en relación con los *regulatory sandboxes*, el Reglamento de IA prevé que el cumplimiento normativo podrá únicamente evitar la imposición de multas administrativas, pero no la responsabilidad civil. En este sentido, el artículo 57.12 RIA establece que “[l]os proveedores y proveedores potenciales que participen en el espacio controlado de pruebas para la IA responderán, con arreglo al Derecho de la Unión y nacional en materia de responsabilidad, de cualquier daño infligido a terceros como resultado de la experimentación realizada en el espacio controlado de pruebas. Sin embargo, siempre que los proveedores potenciales respeten el plan

*específico y las condiciones de su participación y sigan de buena fe las orientaciones proporcionadas por la autoridad nacional competente, las autoridades no impondrán multas administrativas por infracciones del presente Reglamento [...]”.*

En relación con el derecho de daños, el Reglamento también prevé que el número de personas afectadas y el nivel de los daños que hayan sufrido y las acciones emprendidas por el operador de un sistema de IA para mitigar los perjuicios sufridos por las personas afectadas serán considerados como factores para decidir la imposición de sanciones administrativas y su cuantía (arts. 99.7 y 101.1 RIA).

El Reglamento de IA también tendrá repercusiones para el derecho de contratos y, en especial, para el derecho de consumo. Los deberes de seguridad impuestos a los operadores de sistemas de IA de alto riesgo afectarán, entre otros, a la contratación bancaria y de seguros. El Anexo III del Reglamento atribuye la condición de sistemas de alto riesgo a los destinados a ser utilizados para evaluar la solvencia de personas físicas o establecer su calificación crediticia, salvo los sistemas de IA utilizados al objeto de detectar fraudes financieros, y a los sistemas destinados a 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. Los primeros se consideran de alto riesgo porque, señala el Reglamento, al decidir si determinados individuos pueden acceder a recursos financieros o servicios esenciales como la vivienda, la electricidad y los servicios de telecomunicaciones, pueden llegar a excluir a determinadas personas o colectivos y perpetuar patrones históricos de discriminación por motivos de origen racial o étnico, género, discapacidad, edad u orientación sexual, o generar nuevas formas de discriminación. Los segundos se consideran de alto riesgo ya que, según el Reglamento, pueden afectar de un modo considerable a los medios de subsistencia de las personas y, si no se diseñan, desarrollan y utilizan debidamente, pueden vulnerar sus derechos fundamentales y tener graves consecuencias para la vida y la salud de las personas, como la exclusión financiera y la discriminación. Entre otras obligaciones, compañías de seguros, bancos y otras entidades financieras habrán de cumplir con los requisitos impuestos por el Reglamento de IA relativos a la gestión de riesgos, la calidad y la pertinencia de los conjuntos de datos utilizados, la documentación técnica y la conservación de registros, la transparencia y la comunicación de información a los responsables del despliegue, la supervisión humana, la solidez, la precisión y la ciberseguridad. En cualquier caso, cuando los responsables del despliegue de estos sistemas de alto riesgo sean entidades financieras sujetas a requisitos relativos a su gobernanza, sus sistemas o sus procesos internos, podrán cumplir con algunos deberes de seguridad ajustándose a lo establecido en la normativa sobre servicios financieros. También los centros de enseñanza privada podrán quedar cubiertos por la normativa de seguridad del Reglamento si utilizan sistemas de IA para, por ejemplo, determinar la admisión en sus programas o para evaluar a los estudiantes. El Reglamento también alcanzará algunas tareas en la provisión de servicios médicos que empleen sistemas de IA.

El Reglamento de IA, según lo establecido en su artículo 2.9, se ha de entender sin perjuicio de las normas establecidas por otros actos jurídicos de la Unión relativos a la protección de los consumidores. Las interacciones entre el Reglamento y la normativa de consumo serán diversas. Por ejemplo, el RIA no se encarga directamente de la personalización de ofertas, servicios y contratos, de la publicidad personalizada o de la utilización de sistemas de recomendación. Por ello, deberá ponerse en relación con lo previsto, entre otros instrumentos, en los artículos 6 de la [Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores](#), y

26 y 17 del Reglamento de Servicios Digitales. En cualquier caso, cuando para estas tareas se utilicen sistemas de IA calificados como de alto riesgo, deberán seguirse los criterios sobre gobernanza de datos establecidos en el artículo 10 RIA destinados a asegurar la calidad de los conjuntos de datos utilizados en su entrenamiento, validación y prueba. Hay una preocupación clara para mitigar los posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas, a sus derechos fundamentales o generar algún tipo de discriminación. Con tal finalidad, podrán tratarse incluso datos de categorías especiales (art. 10.5 RIA).

Tampoco ofrece el Reglamento una regulación completa sobre prácticas desleales con consumidores en el ámbito de la inteligencia artificial. Con todo, trasluce una preocupación por la transparencia y el suministro suficiente de información a las personas que interactúen con sistemas de IA, especialmente en las relaciones de consumo, en las cuales la utilización de asistentes virtuales y de instrumentos de marketing emocional es cada vez más frecuente. En este sentido, el artículo 50.1 RIA obliga a los proveedores de *chatbots* y otros sistemas de IA destinados a interactuar directamente con personas físicas a diseñarlos y desarrollarlos de forma que estas estén informadas de que están interactuando con un sistema de IA, excepto cuando resulte evidente desde el punto de vista de una persona razonablemente informada, atenta y perspicaz, teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto de utilización; y el artículo 50.2 RIA obliga a los responsables del despliegue de un sistema de reconocimiento de emociones o de un sistema de categorización biométrica no prohibidos por el artículo 5 a informar de su funcionamiento. Además, si se emplean sistemas de IA de alto riesgo que tomen decisiones o ayuden a tomar decisiones relacionadas con personas físicas, el artículo 26.11 RIA impone a los responsables de su despliegue un deber de información a los individuos expuestos a aquellos. En el ámbito de las prácticas desleales con consumidores, el Reglamento también complementa las normas ya promulgadas en materia de patrones oscuros o *dark patterns* en instrumentos como el Reglamento de Servicios Digitales, el [Reglamento de Datos](#) o la [Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores](#) (tras su modificación por la [Directiva \(UE\) 2023/2673 en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia](#)), con dos prohibiciones relativas a técnicas manipuladoras o engañosas y técnicas de aprovechamiento de vulnerabilidades de un individuo o de un colectivo. Por una parte, el artículo 5.1.a) RIA proscribió *“la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que tomen una decisión que de otro modo no habrían tomado, de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un colectivo de personas”*. Por otra parte, el artículo 5.1.b) RIA prohíbe *“la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que explote alguna de las vulnerabilidades de una persona física o un determinado colectivo de personas derivadas de su edad o discapacidad, o de una situación social o económica específica, con la finalidad o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de dicha persona o de una persona que pertenezca a dicho colectivo de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona o a otra”*. De las diferencias entre los requisitos establecidos en el Reglamento de IA y demás normas europeas sobre patrones oscuros, y de los problemas de compatibilidad y coherencia entre ellas, ya ha



advertido el reciente [informe de la Comisión sobre digital fairness](#) y control de adecuación de la normativa sobre consumo.

Finalmente, el artículo 86 del Reglamento prevé un derecho a la explicación de decisiones tomadas individualmente, que constituye la única pretensión individual de este instrumento normativo que puede hacerse valer por una persona en un ámbito contractual o extracontractual. Con arreglo al art. 86.1 RIA, “[t]oda persona que se vea afectada por una decisión que el responsable del despliegue adopte basándose en los resultados de salida de un sistema de IA de alto riesgo que figure en el anexo III, con excepción de los sistemas enumerados en su punto 2 [i.e. sistemas de IA destinados a ser utilizados como componentes de seguridad en la gestión y el funcionamiento de las infraestructuras digitales críticas, del tráfico rodado o del suministro de agua, gas, calefacción o electricidad], y que produzca efectos jurídicos o le afecte considerablemente del mismo modo, de manera que considere que tiene un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, tendrá derecho a obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada”. Este derecho de explicación difiere, de nuevo, tanto en sus condiciones de ejercicio como en su contenido y facultades de otros derechos reconocidos, por ejemplo, en los artículos 13.2.f), 14.2.g) y 22 del Reglamento General de Protección de Datos y 18.8 de la [Directiva \(UE\) 2023/2225, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo](#). Varios autores ya han examinado los diferentes ámbitos de aplicación y las posibilidades de compatibilidad entre ellos.

El Reglamento también contiene unas pocas normas relativas a los derechos de propiedad intelectual. El artículo 54 RIA impone a los proveedores de modelos de IA de uso general (*General Purpose Artificial Intelligence Models o GPAIMs*) la obligación de establecer directrices para cumplir con el derecho de la UE en materia de derechos de autor y, en particular, para respetar las reservas de derechos expresadas por sus titulares; y la obligación de elaborar y poner a disposición del público un resumen suficientemente detallado del contenido utilizado para entrenar el GPAIM, de acuerdo con el modelo que facilite la Oficina de IA. La Propuesta inicial de Reglamento de IA de 21 de abril de 2021 no contenía ninguna norma referida a derechos de propiedad intelectual. Durante el otoño de 2022, con la popularización de aplicaciones de IA generativa y, en especial, de ChatGPT, surgieron las primeras iniciativas para regular estos sistemas capaces de generar textos, imágenes, sonidos, videos y otros contenidos a partir de las instrucciones o *prompts* introducidos por sus usuarios. El Consejo de la UE propuso entonces incluir en el Reglamento de IA normas especiales dirigidas a los “sistemas de IA de uso general”, pero tampoco sin regular aspectos relacionados con los derechos de autor. A partir de las reacciones de algunos titulares de derechos, incluyendo autores y editores, que señalaban que sus obras se empleaban sin autorización para entrenar los modelos de IA subyacentes a estos sistemas, el Parlamento Europeo propuso incluir obligaciones relativas a la documentación y puesta a disposición pública de un resumen suficientemente detallado sobre los contenidos protegidos por derechos de autor que se hubieran empleado como datos de entrenamiento, que finalmente, se incorporaron a la versión final.

En el texto del Reglamento de IA finalmente aprobado, destaca sobre todo el nuevo deber de los proveedores de los GPAIMs de respeto a las reservas de derechos de propiedad intelectual hechas por sus titulares, que tiene una relación directa con el límite de minería de textos y datos previsto en el artículo 4 de la [Directiva \(UE\) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor](#)

y derechos afines en el mercado único digital (y, en el derecho español, en el artículo 67 del [Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea](#)). Entre otras medidas, esta Directiva estableció dos excepciones o limitaciones a derechos de autor y derechos afines de carácter imperativo relacionadas con la minería de textos y datos (*Text and Data Mining*). Según el artículo 2.2. de la Directiva, la "minería de textos y datos" consiste en *"toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones"*.

La primera de las excepciones, prevista en el artículo 3 de la Directiva, está limitada a la minería de textos y datos con fines de investigación científica. En este sentido, establece un límite a los derechos de reproducción sobre obras y bases de datos originales y a los derechos *sui generis* sobre bases de datos, en relación con aquellas reproducciones y extracciones realizadas por organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural con el fin de realizar, con fines de investigación científica, minería de textos y datos de obras u otras prestaciones a las que tengan acceso lícito. Hace pocas semanas, un [tribunal alemán en Hamburgo](#) se pronunciaba sobre la aplicación de este límite a algunas bases de datos de LAION, muy utilizadas en el campo de la IA generativa y, a pesar de que el Reglamento no es todavía aplicable en este punto, no se apartaba de sus orientaciones.

La segunda de las excepciones, prevista en el artículo 4 de la Directiva, es genérica y cubre todas aquellas reproducciones y extracciones de obras y otras prestaciones accesibles de forma legítima para actividades de minería de textos y datos con finalidades distintas a la investigación científica y, por tanto, incluyendo por ejemplo, aquellas actividades con fines comerciales. A diferencia de lo que ocurre con la excepción para fines de investigación científica, el artículo 4.3 de la Directiva señala que: *"[l]a excepción o limitación establecida en el apartado 1 se aplicará a condición de que el uso de las obras y otras prestaciones a que se refiere dicho apartado no esté reservado expresamente por los titulares de derechos de modo adecuado, como medios de lectura mecánica en el caso del contenido puesto a disposición del público en línea"*. En consecuencia, los titulares de derechos pueden oponerse a que sus obras u otras prestaciones puedan ser utilizadas para labores de minería de textos y datos mediante reserva expresa. En particular, si se trata de contenido difundido online, esta reserva podrá realizarse con medios de lectura mecánica. Se trata de un mecanismo de *opt-out*, que ahora el Reglamento de IA exige respetar.

Son muchas otras las cuestiones de derecho privado que se verán afectadas, en mayor o menor medida, por las normas del Reglamento de IA. Temas tales como los contratos entre diferentes integrantes de la cadena de valor de la inteligencia artificial, el ejercicio de los derechos individuales de protección de datos personales, las intromisiones en los derechos al honor, propia imagen e intimidad por la realización de *deepfakes*, la participación en ensayos y pruebas para evaluar el correcto funcionamiento de sistemas de IA, o los problemas de competencia relacionados con la adopción de códigos de conducta y buenas prácticas, no podrán tratarse sin ignorar las reglas –con frecuencia prolijas en detalles y remisiones y redactadas en un lenguaje más bien áspero– del Reglamento. Hace ya mucho tiempo que el derecho privado no puede hacerse ni estudiarse de espaldas al derecho regulatorio y al estado de los conocimientos científicos y técnicos de las materias sobre las que se proyecta. A las herramientas que empleamos quienes nos dedicamos al derecho privado se añade ahora una nueva pieza.

*Antoni Rubí Puig*



## *Juegos peligrosos*

Los juegos de azar son peligrosos. No parece que sea preciso argumentar extensamente esta afirmación. Es obvio que pueden producir, a corto plazo, serios problemas económicos a los jugadores; y a medio plazo, además, graves problemas personales, derivados de los procesos de adicción. Pese a ello, los Estados han optado por permitir ampliamente tales juegos y apuestas. Así pues, estos constituyen un «riesgo permitido». En España, el marco general de dicha permisión es la regulación contenida en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, así como en sus reglamentos de desarrollo. Mediante todo ello se fija la frontera entre el riesgo permitido y el riesgo prohibido, esto es, jurídicamente desaprobado<sup>1</sup>. Así, en tales disposiciones se establecen las «condiciones de permisión» del riesgo «juego autorizado» (arts. 9 ss.)<sup>2</sup>, que deben respetar los sujetos que gestionan dicho espacio de riesgo, esto es, los denominados «operadores» (art. 13). Estos deben distinguirse de los «participantes» (art. 15)<sup>3</sup>.

Es importante dar cuenta de cuáles son las finalidades pretendidas con la imposición de tales condiciones. Como indica el art. 1.1. de la Ley, el objeto de su regulación es «garantizar la protección del orden público, luchar contra el fraude, prevenir las conductas adictivas, proteger los derechos de los menores y salvaguardar los derechos de los participantes en los juegos, sin perjuicio de lo establecido en los Estatutos de Autonomía». Aquí interesa, ante todo, aludir a la prevención de las conductas adictivas, así como a la protección de los derechos de los menores y, en general, de los participantes en los juegos. Esto último constituye el objeto esencial del Real Decreto 176/2023, de 14 de marzo, por el que se desarrollan entornos más seguros de juego. Como indica la propia Exposición de Motivos de este reglamento, en el contexto de los juegos permitidos pueden aparecer «comportamientos de juego de riesgo, problemático o patológico en ciertos participantes». Pues bien, en el espacio del riesgo permitido «juego autorizado» se hace preciso minimizar la posibilidad de tales comportamientos o, en todo caso, de sus efectos negativos. Todo ello, porque existe un fundamental interés público en «la prevención de conductas adictivas, la protección de los derechos de grupos en riesgo y, en general, la protección de las personas consumidoras» de juegos.

---

<sup>1</sup> Así, el art. 5: «3. Cualquier modalidad de juego no regulada se considerará prohibida».

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 113 ss.

<sup>3</sup> Sobre la distinción entre los sujetos que actúan en un espacio de riesgo permitido y quienes gestionan tal espacio, SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 120 ss.

La consecuencia práctica de todo lo anterior es que se construye legalmente una «posición de garante de protección» de los operadores de juego con respecto a los participantes en el juego correspondiente. Dicha posición de garante integra un haz de deberes que, en resumidas cuentas, se configuran como disposiciones de cuidado –de diligencia debida– en relación con los jugadores. Siguiendo la Exposición de Motivos, estas consisten en «obligaciones de información, el fomento de campañas y estudios de sensibilización, los mecanismos de detección de comportamientos problemáticos de juego o la prevención del surgimiento de tales comportamientos o de su agravamiento una vez que han sido detectados». Su finalidad es «evitar o minimizar la aparición de daños en la esfera personal, familiar y patrimonial de las personas, prestando especial atención a aquellos individuos en distintas situaciones de riesgo que, por su naturaleza, son más propensos a experimentar problemas con mayor gravedad o prevalencia que el resto de participantes». Los jóvenes, los sujetos que «desarrollan un comportamiento de juego intensivo» y aquellos, «cualquiera que sea su edad, con posibilidad de desarrollar comportamientos de riesgo en su actividad de juego» constituyen beneficiarios especiales del deber de garante de protección<sup>4</sup>.

Como puede advertirse, lo que hace el Estado, mediante el citado Reglamento, es delegar en los operadores de juego, en tanto que fuente de riesgo, el deber de protección positiva que en puridad le incumbe a él. Entonces, quien sostenga una metafísica liberal, cuestionará la imposición de deberes de garante de protección de sujetos adultos –autónomos– que, en todo caso, realizan conductas de autopuesta en peligro de su patrimonio, de su salud y de sus relaciones familiares. Sin embargo, al Reglamento subyace una posición razonable acerca de la vulnerabilidad de las personas reales –no del sujeto ideal racional autónomo– con respecto al juego de azar. Mucho más en una sociedad como la nuestra, que repite de forma machacona un mensaje que asocia la autorrealización personal con la capacidad de consumo –es decir, con la obtención de dinero, como sea–. Ciertamente, cabe discutir si la forma de afrontar dicha vulnerabilidad es esta y no otra, o si las obligaciones de los operadores deben ser las que se establecen (arts. 19 y ss.) u otras, más o menos intensas. Sin embargo, parece claro que, si no esto, algo muy similar es lo procedente. Por lo demás, la posición de garante del «operador de juego» –una persona jurídica– se concreta en la obligación de que sus administradores designen una «persona responsable del juego seguro» (art. 6), que debe recibir una formación específica «en materia de juego responsable o seguro, con una periodicidad anual, orientada específicamente, entre otros

---

<sup>4</sup> Así, el art. 3. Definiciones: «A los efectos del presente real decreto, se entenderá por:

h) Participantes con un comportamiento de juego intensivo: Aquellos jugadores o jugadoras que hayan incurrido en pérdidas netas semanales iguales o superiores a 600 euros, durante tres semanas seguidas. En aquellos casos en que sean participantes jóvenes, las pérdidas netas semanales deberán ser iguales o superiores a 200 euros semanales, durante tres semanas seguidas. La pérdida neta semanal de la persona jugadora se calculará por el importe del saldo inicial en la cuenta de juego más los depósitos realizados deducidas las retiradas y el saldo final. Solo se tendrán en cuenta las transacciones y los saldos en dinero real. A estos efectos la semana es la comprendida entre las 00:00 horas del lunes y las 24:00 horas del domingo. Estos participantes perderán la condición de jugadores con un comportamiento de juego intensivo cuando hayan transcurrido seis semanas sin que, en ninguna de ellas, se hayan vuelto a sobrepasar los niveles de pérdidas semanales señalados.

i) Participantes vulnerables o grupos en riesgo: Aquellos participantes con un comportamiento de juego intensivo, a los que le serán de aplicación las medidas previstas en los artículos 19 a 21; participantes jóvenes, a los que le serán de aplicación las medidas previstas en los artículos 22 y 23; participantes incurso en comportamientos de juego de riesgo, a los que le serán de aplicación las medidas previstas en los artículos 24 a 30; y, por último, participantes que hayan ejercido las facultades de autoprohibición o autoexclusión, a los que le serán de aplicación las medidas previstas en los artículos 31 a 35.

j) Participantes jóvenes: Personas jugadoras con una edad igual o inferior a los veinticinco años».

aspectos, a la identificación de indicios de comportamientos de riesgo en los usuarios y a la política de juego seguro aprobada por el operador» (art.8.2). En definitiva, se trata aquí de un responsable de cumplimiento *sui generis*, a cuyo cargo se encuentra la gestión de un peculiar programa de cumplimiento –el «plan de medidas activas de juego seguro», al que alude el art. 7–

La infracción por incumplimiento de las obligaciones de cuidado da lugar a las correspondientes sanciones administrativas (arts. 37 y ss. de la Ley). Ahora bien ¿puede dar lugar a alguna responsabilidad penal? Obviamente, aquí no es posible entrar en detalle sobre esta cuestión que, dadas las patologías personales y sociales asociadas al juego, merece una consideración detallada. Sin embargo, sí parece posible sentar, de entrada, las siguientes afirmaciones. La primera es que las conductas de insolvencia punible del art. 259 CP pueden ser llevadas a cabo mediante imprudencia (art. 259.3 CP)<sup>5</sup>. Sentada esta premisa, y aunque el tema es polémico, la segunda afirmación es que cabe admitir la posibilidad de una participación imprudente punible en la insolvencia punible ajena, tanto si esta última es dolosa, como imprudente. La tercera afirmación es que la participación imprudente puede dar lugar, del mismo modo que la autoría imprudente, a la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 261 bis CP). Si se acepta la secuencia establecida, podría concluirse que, si un operador de juego infringe los deberes de protección que, como garante, le incumben sobre aquellos participantes en el juego que son especialmente vulnerables, la comisión por parte de estos últimos de un delito de insolvencia puede generar la participación por omisión imprudente de las personas físicas que corresponda y, asimismo, la responsabilidad penal de la propia persona jurídica. Ello, además, permite plantear una cuestión general: que la infracción de deberes de contenido material impuestos por la legislación administrativa, puesta en relación con la realización de conductas penalmente típicas, produce claramente una expansión –prevista o no– de la responsabilidad por omisión imprudente en aquellos tipos de delito que la admiten. Este es un tema que habrá que abordar en los próximos años, al hilo de la evolución de la legislación española y europea<sup>6</sup>.

*Jesús-María Silva Sánchez*

---

<sup>5</sup> Aunque la doctrina sea crítica sobre esta regulación legal: SÁNCHEZ DAFAUCE, *Estudio crítico sobre el delito concursal*, 2020, pp. 77 ss., con referencias.

<sup>6</sup> Ciertamente, son muchas más las consideraciones que cabría hacer a propósito de la regulación del juego. Especialmente llamativa es la extensión del concepto de «joven» –con la consiguiente ampliación de los deberes de protección con respecto a él– hasta los veinticinco años. En efecto, en fechas simultáneas a las del Real Decreto 176/2023, la legislación española establecía la autonomía absoluta de una menor de dieciséis años para abortar; así, el art. 13 bis de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, modificada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero. Ello tiene que ver con la caótica antropología de las legislaciones occidentales, que están considerando «maduros» para tomas de decisión infinitamente más radicales a jóvenes a los que se niega la autonomía para decisiones de mucha menor enjundia. Pero el del caos antropológico en que vivimos es otro problema...

## ***Algoritmos e inteligencia artificial en el sistema de justicia penal***

-

Hace tiempo que desde la criminología y el derecho penal se advierte del uso cada vez más extendido de sistemas de predicción o estimación de riesgo basados en cálculos probabilísticos, realizados mediante algoritmos matemáticos y/o inteligencia artificial.

Las preocupaciones que criminólogos y penalistas, entre otros, manifiestan frente a este tipo de instrumentos son variadas y han sido objeto recientemente de una jornada monográfica que ha tenido lugar en la Facultad de Derecho de Valencia el 1 de octubre. De hecho, la jornada sirvió para presentar oficialmente una auditoría que Amnistía Internacional encargó a un grupo de investigadores españoles (liderados por la profesora Lucía Martínez Garay), sobre tres sistemas predictivos utilizados en la justicia penal de nuestro país: *VioGén*, *RisCanvi* y *VeriPol*<sup>1</sup>. Se trata de tres instrumentos con objetivos bien diferentes, que sin embargo tienen en común que estamos ante herramientas algorítmicas que realizan análisis predictivos sobre la base de una ingente recopilación y tratamiento de datos<sup>2</sup>.

En concreto, *VioGén* es un instrumento policial de valoración del riesgo, que realiza una estimación del riesgo que presenta una víctima de violencia de género de volver a ser victimizada<sup>3</sup>. *VeriPol* es también un instrumento utilizado por la policía que, a partir de técnicas de procesamiento del lenguaje natural y aprendizaje automático, promete predecir con una eficacia muy superior a la del cualquier policía experto la interposición de una denuncia falsa (en delitos contra el patrimonio)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA, «Presenting: Three predictive policing approaches in Spain: Viogén, RisCanvi and Veripol (an assessment from a human rights perspective, by Martínez Garay et al.», 2024. <https://regulation.blogs.uv.es/presenting-three-predictive-policing-approaches-in-spain-viogen-riscanvi-and-veripol-an-assessment-from-a-human-rights-perspective-by-martinez-garay-et-al/>

<sup>2</sup> *Stricto sensu* ni *VioGén* ni *RisCanvi* pueden ser consideradas herramientas que utilizan Inteligencia Artificial (IA) ya que su algoritmo no tiene capacidad autónoma de aprendizaje. Por el contrario, *VeriPol* sí entraría dentro de la definición más asumida de IA.

<sup>3</sup> Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR, «Sistema VioGén», 2024. <https://www.interior.gob.es/opencms/ca/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen/>

<sup>4</sup> POLICÍA NACIONAL, «La Policía Nacional pone en funcionamiento la aplicación informática VeriPol para detectar denuncias falsas», 27 de octubre de 2018. [https://www.policia.es/\\_es/comunicacion\\_prensa\\_detalle.php?ID=4433&idiomaActual=es#](https://www.policia.es/_es/comunicacion_prensa_detalle.php?ID=4433&idiomaActual=es#)

Por su parte, *RisCanvi* es una herramienta de predicción de riesgo utilizada por la Administración Penitenciaria catalana para valorar el riesgo que presenta todo interno en prisión respecto de una serie de escalas (reincidencia general, reincidencia violenta, quebrantamiento de condena, violencia auto-dirigida y violencia intra-institucional)<sup>5</sup>.

Los temores frente a estos instrumentos no se han hecho esperar y hacen referencia a diversas cuestiones, pero creo que, en la discusión relativa a sus pros y contras, ayudaría clarificar algunas cuestiones.

En primer lugar, debe tenerse claro que la estimación o predicción del riesgo, esto es, la probabilidad de que un evento (indeseado) futuro ocurra, es una cuestión de la que no puede prescindirse en ocasiones en el ámbito del derecho penal. Es más, la ley penal obliga en varios contextos a realizar tal predicción. Por ejemplo, el art. 544 ter de la LECrim, a la hora de decidir sobre la concesión o denegación de una orden de protección a una mujer que denuncia ser víctima de violencia de género, obliga al juez a realizar una predicción de este tipo, pues junto a la presencia de indicios de delito, exige la existencia de una «*situación objetiva de riesgo para la víctima*». Si la ley se contentara con una situación «*subjetiva de riesgo*» bastaría con preguntarle a la denunciante si teme volver a ser victimizada, pero como lo que se exige es que tal riesgo sea «*objetivo*», la predicción deberá tomar como base otros muchos elementos. La cuestión es, pues, si tal juicio predictivo se deja en manos del saber experto del profesional (sea policía, juez u otro agente del sistema penal), método que se conoce como «*juicio clínico*», en manos de una función matemática (como por ejemplo es *VioGén*), o de un sistema mixto que tenga en cuenta ambas posibilidades.

Planteada así la cuestión, algunas críticas recurrentes contra el uso de algoritmos o inteligencia artificial en el sistema de justicia penal, deberían reconducirse. En este sentido, cuando se denuncian los sesgos algorítmicos (un tema recurrente en EE. UU. con referencia a los sesgos raciales que se han descubierto en algunos algoritmos predictivos), debería recordarse que policías y jueces no están libres de tales sesgos. Y cuando se achaca, con razón, a algunos algoritmos su falta de transparencia, no deberíamos olvidar que muchas prácticas policiales (cacheos y registros, por ejemplo), actuaciones judiciales y de otros agentes de la justicia penal, distan mucho de ser modelos de transparencia. A la IA no debiera pedírsele cosas que no pedimos a la «Inteligencia Natural». Es más, las discusiones sobre los sesgos algorítmicos deberían hacernos reflexionar sobre los sesgos humanos.

Una segunda cuestión capital que debería presidir la discusión sobre los sistemas automatizados de predicción es la relativa a qué ventaja o avance suponen estas herramientas, respecto de la decisión experta de un individuo. Sin duda, lo primero que se arguye es su mayor efectividad en la predicción del riesgo. Ello porque la máquina, al manejar una cantidad de información mucho mayor que una persona, es capaz de realizar una mejor predicción que cualquier humano. Esta es una afirmación que debería ser validada científicamente, y no ser aceptada acríticamente fruto de una fascinación naif por la tecnología.

En tercer lugar y por último, no deberíamos olvidar una serie de peligros que me temo quedan enmascarados bajo la pátina de la tecnología. Primero: toda predicción de comisión futura de

---

<sup>5</sup> DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA I QUALITAT DEMOCRÀTICA (GENERALITAT DE CATALUNYA), *Protocol de valoració del risc (RisCanvi)*, 2024. [https://justicia.gencat.cat/ca/ambits/reinsercio\\_i\\_serveis\\_penitenciaris/serveis\\_penitenciaris/RisCanvi/](https://justicia.gencat.cat/ca/ambits/reinsercio_i_serveis_penitenciaris/serveis_penitenciaris/RisCanvi/)

delitos se apoya en una teoría o comprensión concreta de las causas (factores de riesgo) de la delincuencia. Primero va la teoría y después la elaboración de un algoritmo (los datos sólo son datos en el contexto de una teoría). Quizás en un futuro la recopilación masiva de datos individuales permita a la IA elaborar algoritmos propios sin intervención previa humana y sin necesidad así de una teoría sobre los mismos. Pero de momento, los algoritmos que conocemos (*VioGén* y *RisCanvi*) son fruto de una reflexión humana previa sobre los factores de riesgo individuales conectados con la delincuencia. Los datos concretos que apoyan esa conexión deberían ser sometidos a escrutinio público. Esta exigencia de transparencia, no solo del algoritmo o de la función matemática, sino también de la teoría y datos que lo explican, es inexcusable si las herramientas tienen un uso público. Y hasta el momento ni *VioGén*, ni *RisCanvi* (a pesar de la gran mejoría reciente en este aspecto), ni mucho menos *VeriPol*, son herramientas totalmente transparentes.

Segundo (peligro de estas herramientas). No se pueden poner en manos de los agentes del sistema penal tales herramientas sin una formación especializada previa sobre su uso y sus limitaciones. La experiencia de *RisCanvi* en Cataluña es ilustrativa al respecto. Cuando las autoridades penitenciarias empezaron a utilizar esta herramienta, ni Jueces de Vigilancia Penitenciaria, ni Fiscalía, ni los abogados, recibieron información detallada sobre el potencial de esta herramienta. La desnuda información sobre si un preso presenta un determinado nivel de riesgo (bajo, medio o alto) sirve de bien poco si el operador no conoce las limitaciones del algoritmo. Así, normalmente bastaba tener un riesgo medio o alto en *RisCanvi* para que el fiscal impugnase cualquier permiso de salida concedido por la Junta de Tratamiento y el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Sin embargo, solo cuando uno es consciente de la alta tasa de falsos positivos que presenta esta herramienta, puede cuestionar su utilización para negar un permiso o una progresión en grado. A pesar de ello, la información sobre el grado de la fiabilidad de la herramienta no acompaña a la propia valoración. Sin una buena formación en las limitaciones de la herramienta, el riesgo de des-responsabilización («si la máquina dice riesgo alto será por algo») es relevante, máxime en un ámbito en el que están en juego derechos fundamentales.

Tercer (peligro de estas herramientas). Reconociendo que, según hemos visto, en determinados ámbitos de la justicia penal es inevitable trabajar con estimaciones de riesgo, no deberíamos caer en la trampa de pensar que en la imposición de la pena tal predicción debe jugar el papel esencial. La prevención especial (sea positiva o negativa) tiene sin duda un papel a desempeñar en la elección del castigo, pero está lejos de ser una cuestión pacífica cuán importante ha de ser este papel. No deberíamos olvidar que una herramienta algorítmica de predicción de delincuencia futura puede hacer «responsable» al individuo por la posesión de unos rasgos (edad, género, educación recibida, amistades, etc.) que estadísticamente están asociados con la comisión de delitos, pero que sin embargo nunca estuvo en sus manos controlar<sup>6</sup>. El principio de culpabilidad individual y proporcionalidad todavía son considerados ejes esenciales del castigo y por ello, en la pena a imponer por la comisión de un delito, deberíamos ser más cautelosos todavía frente a la utilización de herramientas predictivas.

Cuarto (peligro de estas herramientas). Al final lo que sí ha conseguido el desarrollo de las herramientas algorítmicas de predicción de riesgos y delincuencia es situar el énfasis en el

---

<sup>6</sup> En este sentido, por ejemplo, *RisCanvi* cuenta entre las variables de riesgo factores como los antecedentes penales de los familiares, tener amistades antisociales, ser miembro de un «grupo social vulnerable», la falta de apoyo familiar, el nivel educativo, etc.

análisis y prevención de la delincuencia en el plano individual. Con ellas se pretende, en suma, evitar que un individuo concreto cometa delitos en el futuro analizando toda una serie de rasgos que ese individuo posee. Pero ¿y si resulta que es una variable relevante para explicar la delincuencia futura el abandono temprano de la escuela, el nacimiento en un barrio degradado de la ciudad, la falta de empleo o la realización de un trabajo mal remunerado? En estos casos, ¿la herramienta señala a un individuo o a una sociedad que distribuye de forma desigualitaria las oportunidades individuales?

En definitiva, la visión de la delincuencia que en últimas transmite la utilización de estos instrumentos es que estamos ante un problema individual que se podría resolver «científicamente», identificando toda una serie de factores de riesgo. Como criminólogos creo que no debiéramos dejar que estos instrumentos nos hagan olvidar el resto de «variables» e ignorar que estamos ante un problema social complejo que no se va a solucionar buscando la mejor fórmula matemática.

*Daniel Varona*

## Animales de compañía y crisis familiares: criterios interpretativos de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre

### Sumario

-

*El presente trabajo trata de exponer sintéticamente las principales cuestiones que suscitan las normas del Código civil en materia de atribución del cuidado de animales de compañía en las crisis familiares, reformadas por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, prestando especial atención a la jurisprudencia más reciente sobre la materia.*

### Abstract

-

*This paper attempts to summarise the main questions raised by the rules of the Civil Code on the attribution of the care of pets in family crises, as reformed by Law 17/2021, of 15 December, paying special attention to the most recent case law on the subject.*

**Title:** *Pets and family crises: interpretative criteria of Law 17/2021, of 15 December*

-

**Palabras clave:** animales de compañía, crisis familiares, divorcio, unión de hecho.

**Keywords:** *pets, family crises, divorce, de facto union.*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i4.01



4.2024

Recepción

20/08/2024

-

Aceptación

4/09/2024

-

## Índice

-

### **1. Consideraciones preliminares: primera aproximación a la reforma de 2021**

- 1.1. En materia de convenio regulador
- 1.2. En materia de medidas provisionales y definitivas

### **2. El «animal de compañía»**

- 2.1. Concepto
- 2.2. Especial consideración de los perros de asistencia
- 2.3. La función de acompañamiento cotidiano, y no la especie, es lo que, a efectos civiles, determina la noción de animal de compañía
- 2.4. Los listados positivos de animales de compañía

### **3. La imposibilidad de que el juez pueda pronunciarse de oficio sobre el destino del animal y de que las partes puedan plantear sus pretensiones en cualquier fase del procedimiento**

### **4. La inaplicabilidad a las uniones de hecho de las normas matrimoniales relativas a los animales de compañía**

### **5. La determinación del «destino» del animal en las crisis matrimoniales**

- 5.1. El concepto de «cuidado»
- 5.2. Los parámetros de valoración: «interés de los miembros de la familia» y el «bienestar del animal»
- 5.3. Irrelevancia de la titularidad dominical de la mascota
- 5.4. Formas de asignación del cuidado.
  - a. Asignación a uno de los cónyuges
  - b. Asignación a los dos cónyuges

### **6. El establecimiento de «derecho de visitas» en favor del cónyuge al que no se le haya encomendado el cuidado del animal**

### **7. El reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal**

- 7.1. Cuidado confiado a ambos cónyuges
- 7.2. Cuidado confiado a uno de los cónyuges
- 7.3. La adecuación del porcentaje de la contribución a lo establecido respecto de los alimentos pagados a los hijos
- 7.4. La proporcionalidad de la contribución en relación a los períodos de compañía establecidos
- 7.5. Gastos que deben satisfacerse y modo en que han de ser acordados

### **8. La posesión de los animales de compañía en las uniones de hecho: la aplicación de las normas de la comunidad de bienes**

- 8.1. La prueba de la propiedad
- 8.2. La titularidad formal resultante de los Registros administrativos autonómicos
- 8.3. La práctica jurisprudencial
- 8.4. Distribución igualitaria de los tiempos de convivencia y bienestar del animal

### **9. Bibliografía**

#### **10. Jurisprudencia**

- 10.1. Tribunales españoles
  - a. Sentencias del Tribunal Supremo
  - b. Sentencias de Audiencias Provinciales
  - c. Sentencias de Juzgado de Primera Instancia
- 10.2. Tribunales franceses
  - a. Sentencias de la Corte de Casación
  - b. Sentencias de Cortes de Apelación
- 10.3. Jurisprudencia portuguesa
  - a. Sentencias de Tribunales de Segunda Instancia
  - b. Sentencias de Tribunales de Familia y Menores

## 1. Consideraciones preliminares: primera aproximación a la reforma de 2021<sup>1\*</sup>

La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales<sup>2</sup>, ha dado nueva redacción a diversos preceptos del Código civil (y a sus correlativos de la LEC) relativos a las crisis familiares<sup>3</sup>, con la finalidad de adaptarlos al principio, expresado en la Exposición de Motivos de la referida Ley 17/2021, de que «la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes»<sup>4</sup>.

---

<sup>1\*</sup> Autor de contacto: José Ramón de Verda y Beamonte ([J.Ramon.de-Verda@uv.es](mailto:J.Ramon.de-Verda@uv.es)). Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

<sup>2</sup> BATALLER I RUIZ, «La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, ¿hasta qué punto es trasunto de la frustrada proposición de ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Popular durante la Legislatura XII (2016-2019)?», *Revista Boliviana de Derecho*, n° 34, julio 2022, pp. 716-731, analiza la discusión de la Proposición de Ley de 2017 del Grupo Parlamentario Popular, que está en el origen de la reforma, la cual fue publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B, Proposiciones de Ley, 13 de octubre de 2017, n° 167-1, p. 3.

Sobre el contenido de dicha Proposición de Ley, *vid.* ARRIBAS ATIENZA, «El nuevo tratamiento civil de los animales», *Diario la Ley*, n° 9136, Sección Tribuna, 9 de Febrero de 2018; DEL CAMPO ÁLVAREZ, «El nuevo estatus jurídico de los animales y su incidencia en los casos de separación y divorcio», *Diario la Ley*, n° 9207, Sección Doctrina, 29 de Mayo de 2018; y GARCÍA PRESAS, «El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n° 8 bis, 2018, pp. 124-139.

De la Posterior Proposición de Ley de 2021 de los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B, Proposiciones de Ley, 26 de marzo de 2021, n° 157-1, trata CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España», *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 2021, vol. 12/2, pp. 39-53; y GIMÉNEZ-CANDELA, «Estatuto jurídico de los animales en el Código civil. La esperada descosificación animal», *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 2021, vol. 12/2, 7-22.

Para una visión sintética de conjunto de la Ley 17/2021, *vid.* ORTIZ FERNÁNDEZ, «Reflexiones en torno a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: la protección de los animales como seres sintientes», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 17, agosto 2022, pp. 400-425; y, más extensamente, DOMÍNGUEZ LUELMO, *La Ley 17/2021, sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica*, Reus, Madrid, 2022; como también la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022.

<sup>3</sup> Sobre el proceso de elaboración de los preceptos relativos a las crisis matrimoniales, *vid.* MORO ALMARAZ, «Las modificaciones en materia de Derecho de Familia por la Ley 7/2021 sobre el régimen jurídico de los animales», *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal*, 10 (2022), pp. 95-114, como también OLIVERA OLIVA, *Los animales de compañía en las crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 50-78, que analiza *in extenso* las Proposiciones de Ley que están en el origen de la Ley 17/2021.

<sup>4</sup> La Ley 17/2021, de 15 de diciembre es coherente con una serie de instrumentos internacionales ratificados por España. Concretamente, el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía de Estrasburgo, de 13 de noviembre de 1987, en cuyo Preámbulo se habla de la «importancia de los animales de compañía por su contribución a la calidad de vida y su consiguiente valor para la sociedad»; como también el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo art. 13 exige a los Estados tener «plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles».

Este principio se concreta en la idea, formulada en el nuevo art. 333 bis CC, de que «Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad» y, que por tanto, «Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección»<sup>5</sup>.

Veamos las novedades introducidas por la Ley 17/2021 en la materia que nos ocupa.

### 1.1. En materia de convenio regulador

El art. 90.1.b) bis CC, introducido por la Ley 17/2021, prevé que el convenio regulador contenga<sup>6</sup> «El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal»<sup>7</sup>.

Esta previsión legal tiene gran importancia, porque, con anterioridad a la reforma de 2021, no existía obligación judicial de aprobar los pactos del convenio regulador relativos a los animales de compañía, por lo que el juez podía negarse a homologarlos y no reconocerles fuerza ejecutiva<sup>8</sup>.

En la actualidad, no cabe duda de la validez de dichos pactos y de que, una vez homologados judicialmente, tienen fuerza ejecutiva. La ejecución forzosa alcanza, no sólo a las medidas de carácter patrimonial (contribución a las cargas económicas), sino también a las de índole

---

<sup>5</sup> Es evidente la influencia de la legislación portuguesa, concretamente, de la Ley nº 8/2017 de 3 de marzo, que establece un estatuto jurídico de los animales, modificando diversos textos legales portugueses, en particular, el Código civil, para adaptarlos a la idea de que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad.

Introduce, así, el art. 201.º-B CC, conforme al cual «Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza»; el art. 201.º-C CC, que prevé que «A proteção jurídica dos animais opera por via das disposições do presente código e de legislação especial»; y el art. 201.º-D CC, según el cual «Na ausência de lei especial, são aplicáveis subsidiariamente aos animais as disposições relativas às coisas, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza».

<sup>6</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Crisis familiares y animales domésticos*, 2ª ed., Reus, Madrid, 2022, pp. 181-196, propone cuidados modelos de redacción de convenios reguladores con cláusulas relativas a los animales de compañía.

<sup>7</sup> CLAVIJO SUNTURA, «La custodia de los animales de compañía en la Ley 17/2021», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, nº 798, p. 2123, observa que el legislador recurre a la locución «el destino de los animales de compañía», «con la finalidad de establecer de manera sutil una diferencia entre la custodia de los hijos y la custodia de los animales».

En cualquier caso, parece claro que el uso del término «destino» se toma del art. 1775.º1 CC portugués, al que la Ley nº 8/2017 de 3 de marzo añade un apartado f), según el cual en los divorcios por mutuo consentimiento deberán acompañarse los acuerdos sobre el «destino» de los animales de compañía, en el caso de que existieran.

No dice nada más el precepto portugués. Sin embargo, PEDROSO GUEDES, «O destino/confiança dos animais de companhia nos casos de separação conjugal», *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Año 18, nº 35, 2021, p. 51, observa que el acuerdo deberá comprender, con las adaptaciones necesarias a la condición de animales de compañía, las mismas previsiones que se incluyen en relación con los hijos, esto es, la residencia de los animales, con los cónyuges o con terceros; el régimen de convivencia del animal con el cónyuge no residente; y la pensión alimenticia debida al animal.

<sup>8</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Crisis familiares*, cit., pp. 23-34; y DOMÍNGUEZ LUELMO, *La Ley 17/2021*, cit., pp. 150-158, ilustran extensamente sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia, con anterioridad a la reforma de 2021.

extrapatrimonial, por lo que en sede de ejecución se puede pedir la entrega del animal, a fin de poder ejercitar sobre él la facultad de cuidado atribuida en el convenio o de poder tenerlo en su compañía en los términos pactados en el mismo.

No obstante, según el nuevo art. 90.2.II CC, si dichos pactos «fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado»<sup>9</sup>. Sería, por ejemplo, el caso de que se asignara el cuidado del animal al cónyuge respecto del cual existieran indicios de que lo maltrata o cuya vivienda no reuniese las condiciones objetivas necesarias para que la mascota, según las características de su especie, pudiese residir en ella.

El bienestar de los animales no es, desde luego, el único límite a la autonomía de los cónyuges, que también habrán de respetar los límites generales del art. 90.2.I CC, lo que, por ejemplo, pudiera justificar que el juez no aprobase una cláusula del convenio que previera la asignación al cónyuge no custodio del cuidado del animal con el que el menor tuviese una constatada vinculación de afecto y del que recibiese una asistencia específica en el ámbito de la salud, por considerarlo dañoso para el hijo que, por ejemplo, padeciera un trastorno del espectro autista.

Tampoco parece que, estando ante un animal (pensemos en un perro potencialmente peligroso), cuya tenencia presuponga el cumplimiento de ciertos requisitos legales, por ejemplo, una licencia administrativa, el convenio pueda encomendar su cuidado a quien carece de dicha licencia<sup>10</sup>.

En relación con las separaciones o divorcios extrajudiciales, según la vigente redacción del art. 90.2.IV CC, «Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el letrado de la Administración de Justicia o notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser [...] gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador».

Se observa, pues, un distinto tratamiento en la homologación de los acuerdos, según que la misma se realice judicial o extrajudicialmente, pues mientras que en la primera el juez puede declarar inválida alguna cláusula, dejando subsistente el resto del convenio, en la segunda, ello no es posible, por lo que, si el notario o el letrado de la administración de justicia considera que una cláusula es inválida, los cónyuges deberán acudir a la vía judicial para la aprobación de la propuesta de convenio regulador<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> SOSPEDRA NAVAS, y SOSPEDRA BELTRÁN, «Comentarios del régimen jurídico de los animales regulado en la ley 17/2021, de 15 de diciembre», *Aranzadi digital*, nº 1/2021, BIB 2021\5901, sin embargo, observan que es «difícil pensar que el perjuicio se ponga de manifiesto por el contenido del pacto concertado».

<sup>10</sup> Cfr. en tal sentido, en la doctrina portuguesa, DIAS, «O divórcio e o destino dos animais de companhia», en *Direito dos animais*, Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, abril 2022, p. 78; PEDROSO, «Animais e(m) família», en *Direito dos animais*, Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, octubre 2019, p. 27; y PEDROSO GUEDES, «O destino», cit., p. 53.

<sup>11</sup> Para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Crisis familiares*, cit., p. 208, se trata de un «simple lapsus u olvido, que, desde la propia lógica o razón de la reforma, cabe integrar y así subsanar».

## 1.2. En materia de medidas provisionales y definitivas

El nuevo 91.I CC dispone que en las sentencias con las que se ponga fin al procedimiento o en ejecución de las mismas, «la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes [...] destino de los animales de compañía»<sup>12</sup>.

Concretamente, el art. 94 bis CC, introducido por la Ley 17/2021, prevé que «La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales».

El origen de esta norma se halla en el art. 1793.º-A CC portugués, redactado por la Ley nº 8/2017 de 3 de marzo, conforme al cual los animales de compañía se confían a uno o ambos cónyuges, teniendo en cuenta los intereses de cada uno de ellos y de los hijos de la pareja, así como el bienestar del animal<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> La Ley 17/2021 reforma también el art. 774.4 LEC, cuyo tenor es ahora el siguiente: «En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con [...] la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía [...] y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna».

<sup>13</sup> La legislación francesa no ha ido tan lejos como la portuguesa o española.

La Ley nº 2015-177 de 16 de febrero de 2015 ha introducido en el Código civil francés el art. 515-14, conforme al cual «Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens».

Sin embargo, no ha previsto un específico precepto, como el art. 1793.º-A CC portugués o el art. 94 bis CC español, por lo que la asignación del animal de compañía en las crisis familiares sigue la lógica dominical, de acuerdo con la segunda frase del nuevo art 515-14 CC francés, según la cual los animales, dejando a salvo las leyes que los protegen, están sometidos al régimen de los bienes.

Esta visión patrimonial es confirmada por resoluciones judiciales posteriores a la reforma, en las que, no obstante, se discute el valor probatorio de los certificados de titularidad dimanante de los registros administrativos de animales. Así mientras CA de Rouen (Sección familia) de 5 de enero de 2017, RG nº 15/04272, atribuye el perro a la mujer, porque figuraba como titular del mismo en el registro, por el contrario, CA de Riom (Sección de Familia 2ª) de 28 de junio de 2016, RG nº 15/01277, a pesar de que el perro, al que define como un «mueble viviente», figuraba en el registro a nombre de la mujer, lo considera común, al haber sido adquirido durante la vigencia del régimen de comunidad, constatando que había sido cuidado por los dos cónyuges y por sus hijos en el marco de una contribución normal a las cargas del matrimonio.

Por lo tanto, en el Derecho francés, en caso de separación o divorcio, el animal se atribuye a quien es propietario del mismo, por ejemplo, por haberlo comprado antes de casarse o haberlo adquirido por donación, y sólo cuando los animales son comunes, en defecto de acuerdo, el juez ha de aplicar criterios extrapatrimoniales para decidir a quién asigna el cuidado del animal, de manera provisional, después del auto de no conciliación, como ya exigiera Cass. (Civil, Sala 1ª) de 20 de noviembre de 2013, nº 12-29.174 (en aras al respeto al derecho de la vida familiar); y, de manera definitiva, su propiedad, al liquidar el régimen económico matrimonial.

No obstante, el precepto español es mucho más completo que el portugués, pues prevé expresamente que las medidas relativas al animal de compañía se adopten «con independencia de la titularidad dominical de este»<sup>14</sup>; y no sólo contempla la asignación de su cuidado, sino también la posible atribución de un periodo de convivencia en favor de quien no lo haya obtenido, así como la distribución de las cargas derivadas de la atención del animal<sup>15</sup>.

---

Esto ya acontecía antes de la reforma de 2015, donde en ambos ámbitos se tenía en cuenta, tanto el interés de los miembros de la familia, en particular, el de los menores, como el bienestar del animal.

Así, CA de Dijon de 15 de junio de 2006, *Gaz. Pal.* 2006 n° 234, p. 13, con observaciones P. Gerbay, atribuyó el «disfrute» del animal de la pareja al marido, al que se había asignado la custodia de los hijos, atendiendo a que el animal tenía para ellos una importancia afectiva particular. CA de Nancy de 21 de mayo de 1981, *Jurisdata* n° 1981-042815, decidió, también provisionalmente, asignar la custodia de un hijo de 19 meses a la mujer, pero la guarda del perro al marido, considerando que, a pesar de afirmar la madre que el animal era el compañero de juego preferido del niño, por razones de «higiene», no era conveniente dejar a un bebé en contacto del animal, sufriendo él mismo de la violencia e inconsciencia de un niño de tan corta edad.

Por su parte, CA de Douai (7ª Cámara, Sección 1ª) de 16 de mayo de 2002, *Jurisdata* n° 2002-195626, confió el perro al marido, que sufría de una profunda sordera, pues el animal podía advertirle de las llamadas del timbre y de los golpes dados a la puerta. CA de Bastia de 15 de enero de 2014, RG n° 12/00848, confió provisionalmente el cuidado de una perra a la mujer, resaltando su condición de veterinaria y, por consiguiente, su capacidad de ocuparse de ella perfectamente. No obstante, dado que los cónyuges eran propietarios de dos perros, se llegó a la conclusión de que el marido podía conservar el otro.

<sup>14</sup> No obstante, en la doctrina portuguesa se entiende que, a pesar del silencio del art. 1793.º-A CC, es claro que la decisión judicial sobre la asignación del animal de compañía deberá realizarse con independencia de la propiedad del mismo. *Cfr.* en tal sentido DIAS, «O divórcio», cit., p. 78; y PEDROSO GUEDES, «O destino», cit., pp. 55 y 59, quien observa que el juez deberá también pronunciarse sobre la posibilidad de establecer un régimen de vistas y fijar la contribución de los cónyuges al pago de los gastos del animal (p. 61).

<sup>15</sup> La frase «con independencia de la titularidad dominical de este» del art. 94 bis CC no aparecía en la redacción del precepto formulada en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular de 2017, sin duda, porque tampoco la contenía el art. 1793.º-A CC portugués, que acababa de ser reformado por la Ley n° 8/2017 de 3 de marzo, y que inspiró aquélla.

Dice el precepto luso que «Os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal».

En la originaria Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular la redacción del art. 94 bis CC era muy semejante a la del art. 1793.º-A CC portugués.

Decía, así, que «La autoridad judicial confiará a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal».

Se presentaron tres enmiendas a este precepto, cuyo texto tomo de BATALLER I RUIZ, «La Ley 17/2021», cit., p. 723.

La n° 7 del Grupo Mixto, que proponía la siguiente formulación: «La autoridad judicial confiará para su guarda y cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este. En caso de que se confíe a ambos cónyuges, esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales».

La n° 83 del Grupo Socialista, con el siguiente tenor «La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este».

La n° 107 del Grupo Popular, que propuso esta redacción: «La autoridad judicial confiará los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este».

La Proposición de Ley no prosperó al decaer la Legislatura, pero cuajó la idea que en el precepto había que hacer mención expresa de que las medidas relativas a los animales de compañía tenían que ser adoptadas

En sede de medidas previsionales, el nuevo art. 103.1ª bis CC dispone que, «Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes [...] Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno».

La Ley 17/2021 modifica también el correlativo precepto de la LEC, esto es, el art. 771.2.II, que ahora establece que «De esta resolución dará cuenta en el mismo día al tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a los que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la [...] atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía y ajuar familiares».

## 2. El «animal de compañía»

Las normas citadas plantean un problema previo, consistente en determinar qué se entiende por animal de compañía, concepto que la Ley 17/2021 no precisa<sup>16</sup>.

### 2.1. Concepto

Aunque, en parte, sea tautológica, parece adecuado partir de la definición contenida en el art. 1 del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía de Estrasburgo, de 13 de

---

al margen de la propiedad de los mismos, lo que se previó en la posterior Proposición de Ley de 2021 de los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común y en la redacción definitiva del art. 94 bis CC.

<sup>16</sup> Observa BATALLER I RUIZ, «La Ley 17/2021», cit., p. 726, que no fue aprobada por la Ponencia la enmienda nº 13 a la Proposición de Ley de 2017 (presentada por el propio autor), la cual pretendía añadir un nuevo apartado 5 al art. 333, bis) CC, con el fin de introducir una definición «animal de compañía», cuyo texto fue posteriormente recogido por el Grupo del Partido Nacionalista Vasco en el Senado mediante su enmienda nº 5, presentada durante la tramitación del texto finalmente aprobado como Ley.

Tomo el texto de la enmienda nº 13 a la Proposición de Ley de 2017, así como su justificación, de la nota 20 del trabajo citado.

El texto cuya adición se proponía, como nuevo art. 333.5 CC, era el siguiente:

«Sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en todo caso a los efectos de este Código, será considerado animal de compañía todo aquel que, perteneciente a cualquier especie, convive con el ser humano en domesticidad y depende de aquel para su subsistencia, respetando las prohibiciones legales sobre tenencia de determinadas especies».

La justificación decía así: «En la actualidad existe una absoluta disparidad y discrepancia normativa y jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse por ‘animal de compañía, abocando a una completa confusión entre las definiciones aportadas por: el Convenio del Consejo de Europa sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987; el Reglamento núm. 576/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía; las leyes de las diecisiete comunidades autónomas y los reglamentos de Ceuta y Melilla sobre tenencia y protección de los animales; la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio; Ley 8/2003 de Sanidad Animal; y el propio Código Penal. Por este motivo, se hace necesaria una definición en este Código, tanto a los efectos de aplicación del mismo como con una finalidad uniformizadora».

Se observa, pues, que se proponía una definición finalista del «animal de compañía», determinada por la función de convivir con el hombre, que prescindía de su especie.

noviembre de 1987, conforme al cual «Se entenderá por animal de compañía todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía»<sup>17</sup>.

Los animales de compañía son, pues, lo que comúnmente se conoce como «mascotas», esto es, animales que, cualquiera que sea su especie<sup>18</sup>, conviven con el hombre con la finalidad de que éste pueda disfrutar de su presencia cotidiana, lo que excluye a los que son criados para su venta<sup>19</sup>, así como a los que se tienen para el ejercicio de una actividad puramente deportiva (caballos o perros de competición o de caza), pues, aunque puedan ofrecer compañía ocasional a sus dueños (mientras compiten o cazan), no es ésta su función habitual<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Como expone GARCÍA MAYO, «El concepto de animal doméstico y de compañía», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022, p. 147, tal definición casa con la interpretación de los preceptos del Código Civil, «que, tras la reforma, se refieren al animal de compañía, y que vienen referidos a supuestos en los que subyace un afecto del ser humano hacia el animal, derivado, precisamente, de la compañía a la que están destinados».

Menos tajantes se muestran SOSPEDRA NAVAS y SOSPEDRA BELTRÁN, «Comentarios», cit., quienes entienden que el concepto de animal de compañía del art. 1 del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía de Estrasburgo, «parece que debe servir de concepto de referencia general».

<sup>18</sup> Comparto la opinión de CHAPARRO MATAMOROS, «Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022, p. 202, para quien «el elemento clave» para calificar al animal «es la función: si el animal cumple fundamentalmente una función de compañía (lo cual presupone la convivencia con su propietario) y, por tanto, extrapatrimonial, será considerado de compañía».

DOMÍNGUEZ LUELMO, *La Ley 17/2021*, cit., p. 41, al analizar el concepto de animal de compañía empleado por los preceptos del Código civil modificados o introducidos por la Ley 17/2021, observa que lo decisivo para calificar a los animales como tales no es la especie a la que pertenecen, por ejemplo, perros o gatos, sino su destino, esto es, «que vivan con las personas, principalmente, en el lugar, con fines de compañía»; y añade que «Cuando esos mismos animales, susceptibles de ser calificados como de compañía, no tienen ese destino (v.gr. cuando se tienen con fines comerciales) no entrarían dentro» de dicha categoría.

EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz: «El destino de los animales de compañía en las situaciones de crisis familiares», en *Entre persona y familia* (dir. J.R. de Verda y Beamonte), Reus, Madrid, 2023, pp. 548-549, se adhiere a la posición doctrinal que entiende que la calificación del animal como de compañía depende de la «propia finalidad que el propietario destine al animal y no a la especie a la que pertenezca, en tanto que no existen animales de compañía por naturaleza».

En sentido semejante se pronuncia GARCÍA MAYO, «El concepto», cit., p. 154, para quien «Cualquier animal, sea cual fuere su especie, puede ser» un animal de compañía, añadiendo que «El animal de compañía por naturaleza no existe; es la función y no la especie la que determina si un animal debe ser o no considerado de compañía».

VÁZQUEZ MUIÑA, «Parejas de hecho y animales de compañía tras la Ley 17/2021, de 15 de diciembre», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 17 bis, diciembre 2022, p. 2618, considera también «la función de acompañamiento» como el criterio determinante «para considerar a un animal como de compañía o no».

<sup>19</sup> Es comúnmente admitido por la doctrina que la tenencia de animales con ánimo de lucro excluye su carácter de animales de compañía.

Cfr. en tal sentido DOMÍNGUEZ LUELMO, *La Ley 17/2021*, cit., p. 41; GARCÍA MAYO, «El concepto», cit., p. 147; o GARCÍA PRESAS, «El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n° 8 bis, 2019, pp. 124-139.

<sup>20</sup> Como dice el art. 1 del Convenio Europeo de Estrasburgo, en particular, serán animales de compañía los que convivan en la propia vivienda, pero habrá algunos, que, por sus características, no puedan habitar en ella, por ejemplo, los caballos, de cuya consideración como animales de compañía no cabe ninguna duda. Cfr. en este sentido SAP de Málaga (Sección 6ª) de 10 de enero de 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:466).



## 2.2. Especial consideración de los perros de asistencia

Sí deben considerarse como animales de compañía los perros de asistencia, ya que, aunque cumplen funciones adicionales, conviven cotidianamente con su dueño, con el que entablan una relación especialísima.

Entre dichos perros de asistencia deben incluirse los definidos como tales por el art. 3 de la Ley 2/2015, de 10 de marzo, de Acceso al Entorno de Personas con Discapacidad que Precisan el Acompañamiento de Perros de Asistencia:

- a) los perros guía, «adiestrados para guiar a una persona con discapacidad visual o sordoceguera»;
- b) los perros señal o de alerta de sonidos, «adiestrados para avisar a personas con discapacidad auditiva de la emisión de sonidos y su procedencia», por ejemplo, el timbre de una puerta, una llamada telefónica, los sonidos de los electrodomésticos o una alarma de incendio;
- c) los perros de servicio, «adiestrados para ofrecer apoyo en actividades de la vida diaria a personas con discapacidad física», por ejemplo, con movilidad reducida;
- d) los perros de aviso o alerta médica, «adiestrados para avisar de una alerta médica a personas que padecen discapacidad y crisis recurrentes con desconexión sensorial derivadas de una enfermedad específica, diabetes, epilepsia u otra enfermedad orgánica», de modo que pueden detectar la sustancia específica que una persona emite minutos antes de una hiperglucemia (diabetes) o de una crisis de desconexión sensorial (epilepsia); y
- e) los perros para personas con trastornos del espectro autista, «adiestrados para preservar la integridad física de estos usuarios, controlar situaciones de emergencia y guiarlos», siendo especialmente utilizados para el acompañamiento de niños que sufren el TEA.

También creo que hay que considerar como perros de compañía los de terapia o apoyo emocional, a los que no se refiere el art. 3 de la Ley 2/2015, de 10 de marzo, y que sirven para ayudar al tratamiento de enfermedades de carácter psiquiátrico, como la depresión, o situaciones de estrés o ansiedad.

## 2.3. La función de acompañamiento cotidiano, y no la especie, es lo que, a efectos civiles, determina la noción de animal de compañía

Dado que lo que, a efectos de la aplicación de la Ley 17/2021, define al animal de compañía es la función de acompañamiento cotidiano que realiza, no cabe considerar apriorísticamente como tal a todos los de una especie, por el mero hecho de pertenecer a ella. Así, un perro, que es el prototipo de animal de compañía, no tendrá esta consideración, si primordialmente está dedicado a la caza y no está integrado en la vida familiar.

Por ello, no me parece que vincule al intérprete civil la definición de animal de compañía del art. 3 a) de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los

animales, en la parte en la que afirma que «En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán considerados animales de compañía»<sup>21</sup>.

En particular, en orden a la aplicación de los arts. 90.2.II, 91.I, 94 bis y 103.1<sup>a</sup> bis CC, resulta improcedente considerar como mascotas a perros, gatos o hurones criados por un profesional para su venta o usados con una finalidad meramente deportiva. Carece, por ejemplo, de sentido establecer un reparto de los tiempos de convivencia con una ralea de perros de caza, pues dichas normas presuponen una relación de afecto recíproco derivado de una convivencia cotidiana con la familia, que, en los casos citados, no se da.

Las definiciones que contiene el art. 3 a) de la Ley 7/2023 lo son «A los efectos de esta ley», esto es, a efectos administrativos, como también lo son las contenidas en las leyes autonómicas sobre protección de animales<sup>22</sup>, que, con pocas excepciones, consideran que ciertas especies, por ejemplo, perros, gatos, hurones o équidos, por definición, son animales de compañía<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> El art. 3 a) de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, sí contiene una definición de animal de compañía. Lo define, así, como el «animal doméstico o silvestre en cautividad, mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar, siempre que se pueda tener en buenas condiciones de bienestar que respeten sus necesidades etológicas, pueda adaptarse a la cautividad y que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo y que, en el caso de los animales silvestres su especie esté incluida en el listado positivo de animales de compañía». Pero, a continuación, añade: «En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán considerados animales de compañía».

<sup>22</sup> GARCÍA MAYO, «El concepto», cit., p. 142, entiende que las definiciones contenidas en las legislaciones autonómicas «son administrativas, y que, por tanto, aunque orientativas, no son determinantes en otras ramas jurídicas, ni mucho menos en el ámbito civil -y, en particular, en el de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre».

TRUJILLO VILLAMOR, «Vale, aceptamos pulpo como animal de compañía. Una modificación animal del Código Civil», *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2022, observa también que este tipo de definiciones sólo tendrán efectos dentro de las competencias de las Comunidades Autónomas, «como la de ejecución en sanidad e higiene o la de protección del medio ambiente y de los ecosistemas», pero que, desde el punto civil, no tienen validez.

<sup>23</sup> *Vid.*, así, arts. 10 y 11, y Anexo I de la Ley 11/2003, de 19 de marzo, de Protección Animal en la Comunidad Autónoma de Aragón; art. 3 b) de la Ley 7/2020, de 31 de agosto, de Bienestar, Protección y Defensa de los Animales de Castilla-La Mancha; art. 2 a) de la Ley 5/1997, de 24 de abril, de protección de los animales de compañía Comunidad de Castilla y León; art. 3 b) del Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales de la Comunidad Autónoma de Cataluña; art. 4 de la Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia; y art. 4 de Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid.

Las Leyes autonómicas recientes aumentan considerablemente el número de especies, cuyo animales son calificados como de compañía por razón de su pertenencia a dichas especies.

El art. 5 b) de Ley 2/2023, de 13 de marzo, de Protección, Bienestar y Tenencia de animales de compañía y otras medidas de bienestar animal de la Comunidad Valenciana se refiere «a todos los invertebrados, anfibios, peces, reptiles, pájaros y mamíferos diferentes a los destinados a la producción de alimentos, cuya comercialización o tenencia como animales de compañía no está prohibida por la normativa vigente».

El art. 2.2 de la Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia contempla «a) Mamíferos: perros, gatos, hurones, roedores y conejos distintos de los destinados a la producción de alimentos. b) Invertebrados (excepto las abejas, los abejorros, los moluscos y los crustáceos). c) Animales acuáticos ornamentales. d) Anfibios. e) Reptiles. f) Aves: todas las especies

Cabe preguntarse por la razón de este modo de proceder, que califica a los animales de ciertas especies como de compañía, aunque no lo sean. Creo que la razón estriba en motivos de automatismo legal en la aplicación de las normas, en la apreciación de la que suele ser la función habitual de ciertas especies de animales y en la consideración de que el régimen administrativo establecido es adecuado a dichas especies, con independencia de que, en realidad, sean, o no, de compañía.

#### **2.4. Los listados positivos de animales de compañía**

Hay que preguntarse si, a efectos civiles, pueden considerarse animales de compañía sólo los que pertenezcan a una especie «incluida en el listado positivo de animales de compañía», al que se refieren los arts. 34 y ss. de la Ley 7/2023.

A mi parecer, el hecho de que un animal no esté incluido en el listado no le priva de la condición de animal de compañía. Ahora bien, esta circunstancia no puede ser desconocida por el juez al aplicar los arts. 90.2.II, 91.I, 94 bis y 103.1ª bis CC, pues no puede encomendar el cuidado de un animal, cuya posesión está prohibida.

### **3. La imposibilidad de que el juez pueda pronunciarse de oficio sobre el destino del animal y de que las partes puedan plantear sus pretensiones en cualquier fase del procedimiento**

La nueva redacción de los arts. 91.I y 103.1ª bis CC, conforme a los cuales el juez «determinará» o «adoptará» las medidas relativas a los animales de compañía, ha llevado a preguntarse si el

---

de aves excepto las aves de corral. g) Cualquier otra especie animal que así se determine reglamentariamente».

El art. 5.1 de Ley Foral 19/2019, de 4 de abril, de protección de los animales de compañía en Navarra prevé «los mamíferos distintos de los destinados a la producción de alimentos, invertebrados (excepto las abejas, los abejorros, los moluscos y los crustáceos), animales acuáticos ornamentales, anfibios, reptiles, aves y cualquier otra especie animal, como los animales silvestres de origen legal o criados en cautividad mantenidos como animales de compañía».

En cambio, hay otras leyes autonómicas más antiguas, que, también a efectos administrativos, siguen una noción funcional de los animales de compañía.

El art. 1 de la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales, de Andalucía prevé que «A los efectos de esta Ley se consideran animales de compañía todos aquellos albergados por los seres humanos, generalmente en su hogar, principalmente destinados a la compañía, sin que el ánimo de lucro sea el elemento esencial que determine su tenencia».

El art. 12 de la Ley 1/1992, de 8 de abril, de Protección de los Animales que viven en el entorno humano, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, dispone que, «A los efectos de esta Ley, se considerarán animales de compañía los domésticos que conviven con el hombre, sin que éste persiga, por ello, fin de lucro».

El art. 12 de Ley 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales Comunidad Autónoma de Canarias, establece que «Se entiende por animales domésticos, a los efectos de esta Ley, aquellos que dependen de la mano del hombre para su subsistencia»; y añade que «Son animales de compañía todos aquellos domésticos que, mantenidos igualmente por el hombre, los alberga principalmente en su hogar, sin intención lucrativa alguna».

juez debe pronunciarse de oficio a este respecto y si las pretensiones de las partes pueden plantearse en cualquier fase del procedimiento<sup>24</sup>.

Ambas cuestiones han sido resueltas en sentido negativo por una reciente sentencia del TS<sup>25</sup>, la cual precisa que la sentencia dictada en un proceso de divorcio de un matrimonio sin hijos menores no «puede pronunciarse sobre la pretensión de que se fijen las cargas asociadas al cuidado de animales de compañía (gatos) que fue introducida en el proceso por la esposa demandada en el acto de la vista, alegando que los animales estaban con ella».

La sentencia recurrida, confirmada por el TS, había razonado «que la pretensión de que se fije la contribución a los gastos de los animales debió plantearse por la esposa en el momento de contestar a la demanda a efectos de que el esposo demandante pudiera hacer alegaciones y proponer prueba contradictoria de lo alegado».

El TS precisa que el juez no «debe pronunciarse en todo caso sobre el cuidado de los animales y el reparto de cargas (y ello por tanto con independencia del momento en que se haya solicitado)», dada la vigencia del principio dispositivo en la determinación del objeto del procedimiento.

Los argumentos esgrimidos por el TS son que en el art. 749 LEC «No se contempla la práctica de oficio de pruebas referidas al bienestar animal»; que en el art. 770.4.ª LEC «No se prevé la intervención del Ministerio Fiscal en defensa del bienestar animal»; y que «solo es posible el convenio (art. 90 CC) o las medidas judiciales (art. 91 CC) referidas a los animales de compañía, así como la tramitación por la vía de los procesos matrimoniales y de menores (arts. 769 ss. LEC) cuando los animales de compañía se hayan poseído durante la vigencia de un matrimonio o, aun sin estar casados, los miembros de la pareja tengan hijos menores, pero no en otro caso, es decir, cuando las mascotas hayan sido de una pareja no casada que no tenga hijos menores».

El TS clarifica, pues, otra cuestión debatida en la doctrina, esto es, si las normas relativas a los animales, introducidas por la reforma de 2021 en sede matrimonial, son también aplicables a

---

<sup>24</sup> La jurisprudencia de instancia había venido sosteniendo que las pretensiones relativas a los animales de compañía debían plantearse en la demanda o en la contestación a la demanda, no pudiendo ser introducidas en el acto de la vista para no causar indefensión a la parte contraria. *Vid.*, en tal sentido, por ejemplo, SSAP de Asturias (Sección 5ª) de 29 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:34889), de La Rioja (Sección 1ª) de 3 de junio de 2022 (ECLI:ES:APLO:2022:246, y de Vizcaya (Sección 4ª) de 28 de abril de 2023 (ECLI:ES:APBI:2023:598).

<sup>25</sup> STS 1015/2024 (Civil) de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4146).

las uniones de hecho, resolviendo dicha cuestión en sentido negativo, a no ser que concurren hijos menores de los convivientes<sup>26</sup>.

#### 4. La inaplicabilidad a las uniones de hecho de las normas matrimoniales relativas a los animales de compañía

Comparto la tesis de que sólo cuando los convivientes tengan hijos menores procederá aplicar las normas matrimoniales relativas al destino de los animales de compañía; por ejemplo, para asignar el cuidado del animal al progenitor custodio o distribuir los tiempos de convivencia con el animal entre los dos progenitores, si se establece una custodia compartida, de modo que las mascotas sigan a los hijos en sus cambios de residencia, para que éstos no pierdan su relación de afecto con aquéllas<sup>27</sup>.

Me parece que, salvo este supuesto, las cuestiones relativas a la tenencia del animal de compañía habrán de ser resueltas aplicando la lógica dominical, de la que resulta que deberá atribuirse la posesión del animal a quien sea su propietario, y, si el animal pertenece a los dos convivientes, en principio, a ambos, por aplicación de las normas de la comunidad de bienes, con la matización que expondré en el último de los epígrafes de este trabajo<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> En cambio, el APP de Vizcaya (Sección 4ª) de 23 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:2482A), revocando el auto recurrido, entendió que no cabía duda de «que las pretensiones relativas a custodia del animal de compañía y a las visitas o contactos con quien tras la ruptura se queda sin dicha custodia, se pueden instar no solo cuando opera una crisis matrimonial (nulidad, separación y divorcio) sino también los casos de rupturas de una pareja de hecho estables y duraderas equiparables a las conyugales que poseen una mascota o animal de compañía».

También la SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 7 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APZ:2024:634) consideró -a mi parecer- incorrectamente aplicable el art. 94 bis CC a un juicio entre convivientes de hecho sin hijos, aunque, en realidad, aplicó una solución estrictamente dominical. Tras negar la copropiedad del demandante sobre una perra, declaró la propiedad exclusiva de la demandada sobre la misma, al habérsela trasferido el actor después de la ruptura de la convivencia. A continuación expone: «Únicamente, pues, nos podríamos plantear si, dado que el recurrente no es ajeno a la relación con la perrita, puesto que fue su adquirente, cabría una reconducción de la situación, existiendo, al parecer, un interés emocional por parte del mismo en retomar la relación con» ella. «No obstante -añade, en el presente supuesto habrá de atenderse también al bienestar del animal», poniendo de manifiesto la existencia de «un informe elaborado por adiestradora canina que desaconseja la intervención de otras personas diferentes a la actual cuidadora en el cuidado y atención de» la mascota.

<sup>27</sup> Nada impide, desde luego, que los convivientes lleguen a acuerdos sobre el destino del animal de compañía, al amparo del art. 1255 CC, incluso, verbalmente, pactando, por ejemplo, que el cuidado del perro se distribuya entre ellos, por periodos alternos, con independencia de a quién corresponda la propiedad del mismo. Así sucedió en el caso resuelto por la SJPI de Madrid, nº 68, de 19 de septiembre de 2024, procedimiento de juicio verbal nº 1014/2023, la cual condenó al conviviente demandado al pago de 600 euros por el daño moral sufrido por la demandante, al habersele privado de la relación con el perro durante 10 meses, por «la decisión unilateral e injustificada» del demandado.

<sup>28</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Crisis familiares*, cit., pp. 69-71, niega, con carácter general, la aplicación de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, «porque no hay matrimonio, ni analogía -en sentido estricto (ex art. 4 CC)- entre las parejas casadas y las no casadas», afirmando que la «única solución legal directa» que les es aplicable es el art. 404.III CC.

CHAPARRO MATAMOROS, «El cuidado de los animales de compañía en defecto de acuerdo tras la crisis conyugal. Breve comentario al nuevo art. 94 Bis CC», *Familia Sucesiones ICAV*, nº 29, febrero 2024, p. 19, entiende que, «a la luz del precepto» no parece posible aplicar el art. 94 bis CC a las uniones de hecho, descartando la existencia de una laguna legal, que deba resolverse acudiendo a los principios generales del Derecho, «puesto que la determinación del cuidado del animal tras la crisis familiar atenderá al criterio de

Creo que esta solución, que resulta del tenor de los preceptos modificados o introducidos en 2021, y contra la que se manifiesta un sector de la doctrina<sup>29</sup>, es la que debe seguirse; y ello, por dos razones<sup>30</sup>.

---

titularidad dominical y, en su caso, a los pactos a que hayan podido llegar los convivientes para regular las consecuencias de su eventual ruptura (especialmente, cuando dicha titularidad sea conjunta)».

EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz: «El destino», cit., p. 555, niega la aplicación del art. 94 bis CC a las uniones de hecho, remitiéndose en este caso a las normas de la comunidad de bienes, con la importante matización -que comparto- de “que exista un hijo en el seno de la unión no matrimonial”, en cuyo caso, según la autora, “su interés debería primar por encima del de los condueños en cuanto a la determinación del animal de compañía” (p. 561).

LÓPEZ TUR, «La guarda y custodia de los animales de compañía», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 18/19, 2021, p. 89, si bien critica la ausencia de normas relativas a las uniones de hecho, excluye también la aplicación a las mismas de los preceptos destinados a regular el destino de los animales de compañía en las crisis matrimoniales, entendiendo que la única opción posible es acudir al art. 398 CC «sobre el uso y disfrute compartido del bien, que es el que se había venido aplicando antes de la reforma».

<sup>29</sup> Un sector de la doctrina considera que las normas sobre asignación del cuidado de los animales en los procesos matrimoniales son aplicables a las uniones de hecho, en general, es decir, aunque no haya hijos menores.

Así lo entiende BASTANTE GRANELL, «Parejas de hecho y animales de compañía», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022, p. 457, quien aboga «por la aplicación analógica de los criterios fijados para las rupturas matrimoniales en las disyuntivas de uniones de hecho sobre animales de compañía, con independencia de que haya titularidad exclusiva o compartida, y por mucho que se haya negado respecto a las normas propias del matrimonio».

Parece que también CLAVIJO SUNTURA, «La custodia», cit., p. 2130, se inclina por la misma solución, de aplicar las normas matrimoniales a la unión de hecho, al tratarse de «una figura equiparable al matrimonio», «con el objetivo de destrabar el limbo jurídico que existe en la actualidad».

Más clara es VÁZQUEZ MUIÑA, «Parejas de hecho», cit., p. 2623, quien entiende que «deberían aplicarse las previsiones contenidas en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre crisis matrimoniales, a los supuestos de pareja de hecho, con el objetivo de que ni los propios miembros de la familia ni los animales de compañía sufran un trato discriminatorio».

<sup>30</sup> La misma cuestión de la aplicabilidad de las normas matrimoniales a las uniones de hecho se ha planteado en la jurisprudencia portuguesa a nivel procesal.

La Sentencia R. de Coímbra de 26 de abril de 2022, Proceso 320/23.3T8CTB.C1, nº convencional JTRC, revocó la sentencia recurrida, afirmando que era el Juzgado de lo Civil de la localidad, y no el Juzgado de Familia y Menores, el competente para conocer de una medida cautelar de restitución provisional de la posesión de un perro, con el fin de que el demandante y el demandado pudiesen compartir la custodia del animal, que era copropiedad de ambos, ya que había sido adquirido por ellos cuando vivían en una unión de hecho, ya rota.

Lo interesante es que la sentencia recurrida había fundamentado su decisión en el argumento de que la unión de hecho debía ser equiparada al matrimonio, citando expresamente el art. 1793-A CC portugués en apoyo de su tesis. Frente a ello, la sentencia de apelación afirma que el legislador no había equiparado las uniones de hecho a los matrimonios, ni podría haberlo hecho, ya que no puede tratar a alguien que no quiere casarse como si estuviera casado.

No obstante, un sector de la doctrina portuguesa es favorable a la aplicación del art. 1793-A CC a las uniones de hecho.

Así, PEDROSO GUEDES, «O destino», cit., p. 63, observa que el precepto contiene una norma de protección del animal de compañía, limitando el poder del propietario, y que el bienestar del animal no es mayor o menor porque sus propietarios estén casados o unidos de hecho.

También RIBEIRO CARDOSO PEREIRA, *O destino dos animais de companhia em caso de dissociação familiar* (tesis de maestría), Coímbra, enero, 2022, pp. 44, se pronuncia en favor de la aplicación del art. 1793-A CC a las uniones de hecho.

Por el contrario, DIAS, «O divórcio», cit., pp. 79-89, expresa una opinión que comparto. Observa la autora que, si el legislador tenía como intención proteger a los animales, hubiera sido necesaria una

La primera, de carácter general, es que el grado de protección constitucional del matrimonio y de la unión de hecho es idéntico en las relaciones familiares verticales, pues el art. 39.2 CE garantiza la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación, debiéndose proteger, en todo caso, el interés superior de los menores. Sin embargo, la Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes de hecho), porque, mientras el matrimonio es una institución que se forma como consecuencia del ejercicio positivo del derecho a casarse, la unión de hecho es un simple acto de libertad, consecuencia del no ejercicio de dicho derecho. Por ello, los que deciden no casarse no pueden pretender que se les apliquen las normas que el legislador ha dictado para las personas que sí han decidido contraer matrimonio.

La segunda razón, de carácter particular, es que no es creíble que el legislador, al promulgar las normas estudiadas, se haya, simplemente, olvidado de extender sus previsiones a las uniones de hecho o que haya dado por descontado que se les aplicarían, a pesar de su silencio.

Lo desmiente un pasaje del Preámbulo de la Ley 17/2021, en el que se guarda un absoluto silencio respecto de las uniones de hecho. En él se afirma que «Esta reforma se hace precisa no sólo para adecuar el Código Civil a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos»; y que, «En base a lo anterior, se introducen en las normas relativas a las crisis matrimoniales preceptos destinados a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales».

No obstante lo dicho, cabe dudar del acierto del legislador, al no haber extendido en este caso las normas relativas a la crisis familiares a las uniones de hecho. Creo que este modo de proceder está plenamente justificado cuando la decisión de no casarse recae sobre los propios convivientes. Es, por ello, que, en ausencia de hijos menores, no pueden reclamar que se les aplique en su favor el art. 96.2 CC, para obtener el uso de la vivienda familiar; el art. 97 CC, para que se les asigne una pensión compensatoria; o los arts. 1344 y ss. CC, para pretender vigente entre ellos el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales.

Sin embargo, en el ámbito en el que nos encontramos la decisión de no contraer matrimonio recae sobre un ser sintiente (no una cosa), totalmente ajeno a dicha decisión, cuyo bienestar debiera garantizarse, en todo caso; y, aceptado que los criterios previstos por el art. 94 bis CC para atribuir el destino del animal de compañía protegen dicho bienestar en mayor medida que los resultantes de la mera aplicación de las normas de carácter patrimonial, relativas a la

---

reglamentación idéntica a la prevista en el caso de disolución del matrimonio para el caso de ruptura de la unión de hecho, pero no ha procedido así, sin que a esta última se le pueda aplicar las normas previstas para el divorcio en materia de destino de los animales de compañía, porque estamos ante realidades materialmente distintas.

PEDROSO, «Animais», cit., p. 31, parece igualmente contraria a la aplicación del del art. 1793-A CC a las uniones de hecho, pues, tras subrayar lo que para ella es una discriminación, afirma que no existe respecto de ellas una regla idéntica para la fijación del destino de los animales de compañía.

propiedad o la copropiedad de bienes, hubiera sido razonable que el legislador, en esta materia, hubiera establecido un régimen común para el matrimonio y la unión de hecho.

Pero no lo ha hecho así, por lo que no cabe aplicar el art. 94 bis CC a la convivencia *more uxorio*, pues una desviación tan clara de los esquemas dominicales, como la que resulta de dicho precepto, en virtud del cual se puede llegar a privar de la posesión del animal a quien es su propietario, requiere, en mi opinión, una previsión legal expresa.

En cualquier caso, como veremos en su momento, en la aplicación de las normas relativas a la comunidad de bienes deberá, necesariamente, tenerse en cuenta el principio general de bienestar del animal, consagrado en el art. 333.1 bis CC, el cual alcanza una particular proyección en relación a los animales de compañía, según se desprende de las normas que lo contemplan, con el fin de evitar que, en defecto de acuerdo de los propietarios, pueda acabar en manos de personas con las que no guarda una relación de afecto<sup>31</sup>.

## 5. La determinación del «destino» del animal en las crisis matrimoniales

En los arts. 90.2.II, 91.I, 94 bis y 103.1<sup>a</sup> bis CC se trata, primordialmente, de determinar «el destino» de los animales de compañía, esto es, de decidir el cónyuge al que se encomienda el cuidado de los mismos; y, ello, con independencia de a quién corresponda su propiedad.

La novedad es importante<sup>32</sup>, porque, con anterioridad a la reforma<sup>33</sup>, el cónyuge que pretendía tener la posesión de la mascota, si estaba casado en régimen de separación de bienes, tenía que ejercitar la acción declarativa del dominio o la acción reivindicatoria, debiendo probar que el animal era de su propiedad exclusiva o le pertenecía pro indiviso; y, si estaba casado en régimen de gananciales, tenía que demostrar que el animal era privativo suyo<sup>34</sup>, o, por lo menos, que era ganancial, con la esperanza de que le fuera adjudicado en la liquidación del régimen económico matrimonial o de que, a resultas de éste, se formara una comunidad ordinaria sobre la mascota que le permitiera el disfrute compartido de la misma<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Las normas relativas a las crisis familiares no son las únicas que, después de la reforma de 2021, el Código civil dedica a los animales de compañía, que también aparecen regulados, en orden a su división (404.II y III) o en caso de fallecimiento del propietario (art. 914), o para establecer la imposibilidad de que sean empeñados (art. 1864). Tampoco pueden ser objeto de embargo (art. 605.1<sup>o</sup> LEC) o pactarse la extensión de la hipoteca sobre ellos (art. 111 LH).

<sup>32</sup> La resalta el APP de Vizcaya (Sección 4<sup>a</sup>) de 23 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:2482A).

<sup>33</sup> Sobre la jurisprudencia anterior a la reforma de 2021, *vid.* amplias referencias en ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel, «El régimen jurídico de los animales domésticos en las crisis familiares», en *GPS Familia* (dir. José Ramón de Verda y Beamonte), 2<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 252-255; y SILLERO CROVETTO, Blanca, «Animales de compañía y crisis matrimoniales: marco normativo y decisiones judiciales», *Diario La Ley*, n<sup>o</sup> 9532, Sección Doctrina, 5 de Diciembre de 2019.

<sup>34</sup> Por haberlo comprado antes de casarse o después, con fondos propios, o por haberlo adquirido por donación. El principio de subrogación real debe mantenerse respecto de las adquisiciones a título oneroso, tras la reforma de 2021, a la luz de los nuevos arts. 1346.1<sup>o</sup> y 1347.1<sup>o</sup> CC.

<sup>35</sup> La SAP de Albacete (Sección 1<sup>a</sup>) de 13 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APAB:2023:791) confirmó la sentencia recurrida, dictada con anterioridad a la Ley 17/2021, que había atribuido carácter ganancial a un perro, al haberlo comprado el marido (a cuyo nombre aparecía el contrato de compraventa), constante el matrimonio, entendiéndose que no había prueba de que se lo hubiese regalado su hermano, por considerar insuficiente la prueba testifical de éste. Aplica la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, «al no haberse probado que le fue regalado al esposo o que fue adquirido con dinero privativo del esposo».



### 5.1. El concepto de «cuidado»

El cuidado de los animales de compañía es un concepto amplio, que comprende, no sólo su adecuada alimentación y alojamiento, sino su bienestar integral, lo que, desde luego, exige prestarles la atención sanitaria necesaria para posibilitar su desarrollo saludable, a través de un correcto tratamiento veterinario, pero también relacionarse con ellos evitando cualquier comportamiento que les puedan causar estados de miedo o ansiedad, teniendo en cuenta su condición de seres sintientes<sup>36</sup>.

### 5.2. Los parámetros de valoración: «interés de los miembros de la familia» y el «bienestar del animal».

Los parámetros de valoración para decidir la asignación del cuidado, en defecto de acuerdo de los cónyuges, son dos: de un lado, el «interés de los miembros de la familia»; y, de otro, el «bienestar del animal».

a) Dentro del interés de los miembros de la familia, cobrará especial importancia el de los hijos menores, que será el que predominantemente habrá de ser tenido en cuenta<sup>37</sup>, y que, por ejemplo, puede determinar que, establecido un sistema de custodia compartida, las mascotas sigan a los hijos en sus cambios de residencia; y, así mismo, que, acordado un sistema de custodia monoparental, el cuidado del animal se asigne al cónyuge custodio<sup>38</sup>, siempre que haya una relación de afecto entre la mascota y los hijos, y no existan razones que lo desaconsejen, por ejemplo, que el animal de compañía sea un perro agresivo<sup>39</sup> o potencialmente peligroso<sup>40</sup> o que provoque alergias a los menores, por lo que su compañía pueda ser perjudicial para la salud del menor<sup>41</sup>.

Estas soluciones, que pretenden salvaguardar la relación de afecto del menor con las mascotas, contribuyen a atenuar la inestabilidad que la separación o el divorcio de los padres pueden ocasionarle<sup>42</sup>, y serán particularmente indicadas cuando el animal le preste un especial servicio

---

<sup>36</sup> Más concretamente, en el cuidado de las mascotas deberán cumplirse las obligaciones generales impuestas por el art. 24 de la Ley 7/2023 a los responsables de los animales de compañía y silvestres en cautividad; respetarse las prohibiciones generales establecidas en el art. 25 respecto de dichos animales; cumplirse las obligaciones específicas previstas en el art. 26 en relación con los animales de compañía; respetar las prohibiciones, también específicas, del art. 27; atenerse a las obligaciones previstas en el art. 28, en relación con los animales de compañía en espacios abiertos, en el art. 29, respecto a su acceso a medios de transporte, establecimientos y espacios públicos, y en el art. 30, a propósito de la tenencia de perros.

<sup>37</sup> Lo subraya en la doctrina portuguesa SOTTOMAYOR, «Ad art. 1793º A CC», en *Código civil*, Libro IV, *Direito da família* (corr. C. Sottomayor), Anotado, 2ª ed., Almedina, Coímbra, 2022, p. 588.

<sup>38</sup> CLAVIJO SUNTURA, «La custodia», cit., p. 2137, considera, con razón, que esta alternativa, en la que es el mismo progenitor, quien asume, tanto la custodia de los menores, como el cuidado del animal, «es la que representa un mayor beneficio para los hijos en función de tiempo».

<sup>39</sup> Cfr. EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz: «El destino», cit., p. 552.

<sup>40</sup> Cfr. RIBEIRO CARDOSO PEREIRA, *O destino*, cit., p. 38; y SIMÕES COSTA, *Conceito de bem-estar animal para efeitos da lei nº 8/2017, de 3 de março* (tesis de maestría), Lisboa, 2020, p. 31.

<sup>41</sup> Cfr. PEDROSO GUEDES, «O destino», cit., p. 56; RIBEIRO CARDOSO PEREIRA, *O destino*, cit., p. 38; y SIMÕES COSTA, *Conceito*, cit., p. 31.

<sup>42</sup> Lo constata SIMÕES COSTA, *Conceito*, cit., pp. 30-31.

en el campo de la salud y sea aconsejado por un profesional para mejorar su desarrollo cognitivo<sup>43</sup>, o cuando, por ejemplo sufra un trastorno del espectro autista.

b) Pero el interés de los menores no será el único digno de protección, ya que, junto a él, habrá de valorarse el de los cónyuges<sup>44</sup> (sean, o no, propietarios de la mascota) a conservar la relación de afecto con el animal de compañía, en particular, cuando sea tan intensa, que su ruptura pueda ocasionales un daño emocional<sup>45</sup>.

Habría, pues, que realizar una ponderación de sus respectivos intereses para determinar cuál es el más merecedor de protección, teniendo en cuenta, por ejemplo, el grado de apego a la mascota, la dedicación a la misma<sup>46</sup> o, incluso, su necesidad de compañía, cuando la misma sea, por ejemplo, conveniente para tratar una depresión<sup>47</sup> (p. ej., en casos de perros terapia).

En esta ponderación habrá que valorar la particular función que el animal pueda prestar a uno de los cónyuges; así, los perros guía, de alerta, de señal, de servicio o de terapia deberán ser encomendados al cónyuge, cuyas específicas necesidades atiendan<sup>48</sup>.

En la jurisprudencia francesa se ha atribuido el perro común al cónyuge que más necesidad tenía de él y al que más utilidad reportaba su presencia, esto es, al marido, que sufría de una profunda sordera, porque el animal podía advertirle de las llamadas del timbre y de los golpes dados a la puerta<sup>49</sup>.

En el caso de animales, para cuya posesión se requiera un licencia administrativa (por ejemplo, perros peligrosos), su cuidado deberá ser confiado a quien la tenga<sup>50</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. RIBEIRO CARDOSO PEREIRA, *O destino*, cit., pp. 37-38.

<sup>44</sup> El art. 1793.º-A CC portugués, fuente de inspiración del art. 94 bis CC español, se refiere, tanto al interés de los cónyuges, como al de los hijos.

<sup>45</sup> Se lo planteó la SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 7 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APZ:2024:634) en un juicio entre convivientes, para negar confiar el cuidado del animal al no propietario, negando que se hubiera constatado que la necesidad de éste de acudir a terapia tuviera «su origen determinado en la falta de contacto o compañía» de la perra, considerando revelador que «ya acudía a sesiones de terapia con anterioridad».

<sup>46</sup> Cfr. RIBEIRO CARDOSO PEREIRA, *O destino*, cit., p. 36.

<sup>47</sup> Así lo considera RIBEIRO CARDOSO PEREIRA, *O destino*, cit., p. 36, quien llama la atención, no sólo sobre la necesidad que tiene el cónyuge de tener la compañía del perro que le asiste, sino también sobre la circunstancia de que en estos casos los propietarios crean relaciones de afecto más profundas que el otro cónyuge, por lo que la separación del animal origina momentos de ansiedad para ambos.

<sup>48</sup> Cfr. así RIBEIRO CARDOSO PEREIRA, *O destino*, cit., p. 36.

<sup>49</sup> CA de Douai (7, Sección 1ª) de 16 de mayo de 2002, *Jurisdata* n° 2002-195626.

<sup>50</sup> Cfr. en tal sentido PEDROSO GUEDES, «O destino», cit., p. 54.

c) El «bienestar del animal»<sup>51</sup> es un concepto indeterminado, difícil de precisar apriorísticamente, por lo que deberá ser apreciado en atención a las circunstancias del caso concreto<sup>52</sup>.

Ciertamente, habrá que valorar la salud del animal, por lo que no deberá ser confiado a una persona descuidada o negligente, que, previsiblemente, no lo fuera a alimentar debidamente o a prestarle la asistencia sanitaria que pudiese necesitar<sup>53</sup>; y, en este orden de cosas, habrá que tener en cuenta la dedicación pasada de cada cónyuge a la atención del animal<sup>54</sup>.

Sin embargo, también habrá que ponderar la relación de afecto que la mascota tuviera con los cónyuges<sup>55</sup> en orden a atribuir su cuidado a uno de ellos o a ambos<sup>56</sup>, para lo cual se podrá acudir a la prueba de testigos que conozcan la relación entre el animal y los miembros de la familia<sup>57</sup>, al reconocimiento judicial<sup>58</sup> o a la opinión de expertos, como el veterinario que trató al animal<sup>59</sup> o el profesional que lo adiestró<sup>60</sup>.

<sup>51</sup> El art 3 k) de la Ley 7/2023 define el «bienestar animal» como el «estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en que vive y muere, en los términos definidos por la Organización Mundial de Sanidad Animal».

<sup>52</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Crisis familiares*, cit., pp. 239 y ss., sostiene una sugerente tesis, postulando que los animales domésticos son parte de la vivienda familiar, por lo que propone que su cuidado se asigne al cónyuge a quien se atribuya el derecho de uso sobre la misma».

<sup>53</sup> No puede dejar de evidenciarse que el vigente art. 92.7 CC, modificado por la Ley 17/2021, prevé que, a los efectos de acordar el régimen de custodia de los hijos, se aprecie «la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas». Sobre esta cuestión, *vid.* GONZÁLEZ LACABEX, «Maltrato animal y custodia de menores en el artículo 92.7 del Código civil español», *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal*, 10 (2022), pp. 115-135.

<sup>54</sup> Así lo entienden SOTTOMAYOR, «Ad art. 1793º A CC», cit., p. 588; o SIMÕES COSTA, *Conceito*, cit., p. 31.

CHAPARRO MATAMOROS, «El cuidado», cit., p. 18, nota 10, observa, no obstante que «Podría pensarse que existe una correlación entre la dedicación al animal y la estima y afecto que éste profesa a los cónyuges; sin embargo, una mayor dedicación no implica *per se* que el animal muestre mayor simpatía hacia el cónyuge que más atenciones y cuidados le presta».

Comparto esta apreciación. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la asignación del cuidado del animal a quien más afecto profesa la mascota no siempre implica un mayor bienestar para ella. Si en materia de menores se puede establecer un sistema de custodia distinto al querido por el menor, para proteger mejor su superior interés, lo mismo podrá hacerse respecto del cuidado del animal de compañía, siendo posible encomendarlo al cónyuge menos querido por el animal para proteger mejor su bienestar.

<sup>55</sup> Sobre este extremo llama la atención SIMÕES COSTA, *Conceito*, cit., p. 31.

<sup>56</sup> Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2021, la SAP de Málaga (Sección 6ª) de 24 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APMA:2016:2937) atribuyó la convivencia con la perra común a los dos cónyuges divorciados, por periodos trimestrales alternos, en atención a «los fuertes lazos emocionales entre ambos litigantes con la perra, y de ésta respecto de sus dos dueños», considerando «intrascendente a los efectos de esta litis la titularidad administrativa del animal».

<sup>57</sup> Lo propone PEDROSO GUEDES, «O destino», cit., pp. 56.

<sup>58</sup> CLAVIJO SUNTURA, «La custodia», cit., p. 2131, propone este medio de prueba, de modo que el juez, *in situ*, podrá comprobar el estado del animal, «así como sus reacciones cuando se encuentra en compañía de cada uno de los miembros de la familia», precisando que, «en caso de duda, resulta aconsejable recurrir a un especialista en psicología de animales, o bien a un veterinario, con la finalidad de obtener un criterio técnico objetivo especializado».

<sup>59</sup> *Vid.* SJPI de Murcia, nº 4, de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:93) recaída, no obstante, en un juicio entre comuneros en el que se discutía la propiedad de un perro.

<sup>60</sup> *Vid.* SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 7 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APZ:2024:634).

En la jurisprudencia portuguesa, en un caso en que el juez no acertaba a llegar a una solución clara sobre a quién debía confiar el cuidado de una perra, recurrió a una entidad especialista en comportamiento animal, la cual hizo un test de obediencia y vínculo en local público, un test para valorar la frustración causada por la ausencia de uno de los cónyuges y un test de interrupción del vínculo, concluyendo que el animal tenía un vínculo estable y equilibrado con los dos cónyuges, lo que contribuyó a que se les confiara el cuidado de la perra a ambos por periodos alternos<sup>61</sup>.

A mi parecer, deberá también valorarse la relación de afecto que pudiera existir entre los animales de compañía, cuando sean varios, pudiendo realizarse una atribución conjunta del cuidado de todos ellos, con el fin de evitar que la separación pueda causarles un daño emocional<sup>62</sup>.

Deberán, igualmente, tenerse en cuenta las características de la vivienda en la que residan o vayan a instalarse los cónyuges<sup>63</sup>, por ejemplo, si tiene un jardín para el esparcimiento del perro

---

<sup>61</sup> Sentencia TFM de Mafra de 2 de diciembre de 2019, Processo n.º 540/18.5.T8MFR77, disponible en *O Direito dos Animais*, Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, 2020, pp. 211 a 237.

<sup>62</sup> *Cfr.* en tal sentido SIMÕES COSTA, *Conceito*, cit., p. 31.

Esta es la solución a la que en la jurisprudencia portuguesa llegó la Sentencia R. de Oporto de 29 de abril de 2021, Processo 2189/20.3T8AVR-A.P1, número convencional JTRP000, la cual afirma que, dado que el demandado no se opone a que se le confíen los animales (cuidándolos, desplazándose al domicilio familiar a tal efecto) y que la demandante sólo acepta que se le confíe el gato, consideramos que en aras de favorecer el bienestar continuado de los animales, éstos deben ser confiados provisionalmente al demandado. Por otro lado, por razones de equidad se decide que los gastos de cuidado y salud deben ser compartidos por ambos cónyuges, por partes iguales.

No obstante, la SAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) de 29 de octubre de 2012 (ECLI:ES:APIB:2012:2196) admite el pacto tácito de unos convivientes de hecho de repartir entre ellos los dos perros, uno para cada uno.

<sup>63</sup> La SAP de Guadalajara (Sección 1ª) de 23 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APGU:2023:647) deniega la pretensión de un cónyuge de que se le asignase el cuidado exclusivo del perro propiedad del otro, afirmando que el demandante no había aportado «justificación alguna de que dicho régimen de custodia sea el más idóneo, pues no hace mención a si su vivienda es adecuada y reúne las condiciones para atender adecuadamente el cuidado de la mascota o a su disponibilidad horaria para atenderla».

CHAPARRO MATAMOROS, «El cuidado», cit., p. 17, nota 8, dice que, por ejemplo, «para un perro no será lo mismo habitar en una casa de 60 m2 que hacerlo en una casa con jardín o incluso en un chalet en el campo, especialmente cuando tiene energía y vitalidad debido a su corta edad».

En la doctrina portuguesa PEDROSO GUEDES, «O destino», cit., p. 55, observa que habrá que tener en cuenta cuál de los cónyuges tiene un ambiente más adecuado para la estancia del animal.

Es curioso el razonamiento empleado por la sentencia revocada por la SAP de Navarra (Sección 3ª) de 18 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:APNA:2023:992), que había atribuido el uso de la vivienda familiar a la mujer, por «considerar el suyo como el interés más necesario de protección tanto por la diferencia económica existente como por habersele atribuido los animales». Por el contrario, la Audiencia atribuye el uso de la vivienda familiar al marido, por ser su interés el más necesitado de protección, por cuanto se ve obligado al pago de un alquiler, mientras que la mujer posee en propiedad otra vivienda.

o un establo para guardar el caballo<sup>64</sup>, o si en ella se permite la tenencia de mascotas<sup>65</sup>; la mejor aptitud de uno de los cónyuges para cuidar el animal, especialmente, si tiene conocimientos veterinarios<sup>66</sup> y la mascota se halla enferma; o su mayor disponibilidad temporal para dedicarse a ella<sup>67</sup>, pues hay profesiones o estilos de vida que comportan frecuentes ausencias del domicilio<sup>68</sup>, aunque esto último no parece un factor decisivo, pues siempre es posible, teniendo medios económicos suficientes, auxiliarse de otras personas que ayuden en su cuidado<sup>69</sup>.

Se ha planteado si existe una relación de jerarquía entre los dos criterios previstos en el art. 94 bis CC y, si la hay, en caso de conflicto entre ellos, cuál ha de prevalecer<sup>70</sup>.

---

<sup>64</sup> Téngase en cuenta que, según el art. 26 b) de la Ley 7/2023, los animales de compañía «que, por razones incompatibles con su calidad de vida tamaño o características de su especie, no puedan convivir en el núcleo familiar, deberán disponer de un alojamiento adecuado, con habitáculos acordes a sus dimensiones y que los protejan de las inclemencias del tiempo, en buenas condiciones higiénico-sanitarias de forma que se facilite un ambiente en el que puedan desarrollar las características propias de su especie y raza».

<sup>65</sup> Ello puede ocurrir porque se excluya la posibilidad de tener animales en la vivienda, bien en el contrato de arrendamiento de la misma, bien en los estatutos o reglamento de régimen interior de la propiedad horizontal.

CLAVIJO SUNTURA, «La custodia», cit., p. 2132, observa, así, que habrá que tener en cuenta si en la vivienda en la que, tras el divorcio, se vaya a instalar cada cónyuge se permite la tenencia de animales, pues, siendo así, «se puede recurrir a un régimen ampliado de visitas».

Sin embargo, FUENTES-LOJO RIUS, «Un nuevo estatuto jurídico para las mascotas: *Familienmitglied*», *Actualidad Civil*, nº 2, Febrero de 2022, considera que las prohibiciones de tenencia de animales contenidas en los contratos de arrendamientos o en los estatutos comunitarios son nulas, por oponerse al principio general del Derecho, resultante de la reforma de 2021, de protección del bienestar del animal; y añade: «Cuestión distinta es que dicha tenencia de animales genere molestias, daños, o insalubridad, en cuyo caso la ley faculta al arrendador a resolver el contrato (art. 27.2.e) de la LAU) y a la comunidad de propietarios para hacer cesar las mismas incluso mediante la privación del uso de la vivienda hasta un período máximo de tres años (art. 7.2 de la LPH)».

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «La tenencia de animales domésticos en comunidades de vecinos: una propuesta de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022, pp. 495-533, reflexiona más extensamente sobre la cuestión, con un análisis crítico de la jurisprudencia y formulando propuestas *de lege ferenda* de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal.

<sup>66</sup> CLAVIJO SUNTURA, «La custodia», cit., p. 2127, observa que los conocimientos sanitarios de los cónyuges (escribe a propósito del art. 90 bis CC) pueden contribuir a proporcionar a la mascota «la calidad de vida que la enfermedad permita».

En la jurisprudencia francesa CA de Bastia de 15 de enero de 2014, nº 12/00848, valora la circunstancia de que la mujer era veterinaria, para asignarle provisionalmente la guarda de un perro, al deducir de su profesión su capacidad para ocuparse de él perfectamente.

<sup>67</sup> Cfr. en tal sentido SAP de Guadalajara (Sección 1ª) de 23 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APGU:2023:647).

A este parámetro de valoración se refiere frecuentemente la doctrina portuguesa. Cfr. así RIBEIRO CARDOSO PEREIRA, *O destino*, cit., p. 38; SIMÕES COSTA, *Conceito*, cit., p. 31; y PEDROSO GUEDES, «O destino», cit., p. 55.

<sup>68</sup> Lo evidencia SIMÕES COSTA, *Conceito*, cit., p. 31.

<sup>69</sup> Cfr. en tal sentido SAP de Málaga (Sección 6ª) de 17 de abril de 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:1246).

<sup>70</sup> De esta cuestión se ha ocupado con profundidad la doctrina portuguesa, existiendo al respecto tres posturas.

Una primera, que no comparto, defendida por PEDROSO GUEDES, «O destino», cit., pp. 55-56, según la cual, aunque el art. 1793.º-A CC portugués no establece una jerarquía entre los criterios en él previstos, sin embargo, la resolución del conflicto que pudiera darse entre los intereses en juego debe resolverse mediante la aplicación del criterio principal del superior bienestar del animal.

En mi opinión, en principio, deberá prevalecer el interés de los miembros de la familia (los animales no son cosas, pero tampoco personas, por lo que no participan de la intrínseca dignidad del ser humano)<sup>71</sup>; y, dentro de ellos, el de los hijos menores de edad<sup>72</sup>, lo que, como se ha dicho, puede determinar que el cuidado de las mascotas, en particular, de los perros, se asigne a ambos progenitores, distribuyéndose entre ellos los tiempos de convivencia en función de los tiempos de estancia de los menores con sus progenitores en caso de custodia compartida<sup>73</sup>.

Sin embargo, como sucede en cualquier conflicto de intereses, la solución del mismo ha de realizarse de acuerdo con el principio de proporcionalidad, de modo que no se llegue a un resultado falto de razonabilidad, que suponga un sacrificio absolutamente desmesurado de uno de los intereses considerados. Así, aunque el interés de los miembros de la familia sea superior al de los animales, puede no ser aconsejable trasladar periódicamente a los que, por su especie,

---

Una segunda postura es sostenida, por ejemplo, por PEDROSO, «Animais», cit., p. 26, para quien los criterios expresados en el precepto son factores de ponderación que el legislador coloca al mismo nivel, debiendo el juez valorar en el momento de adoptar la decisión cuál de los criterios debe valorar de forma preponderante.

Una tercera posición, que me parece la más acertada, es la defendida por PASSINHAS, «O novo estatuto jurídico dos animais – A questão da colisão de direitos», en *Direito dos animais*, Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, octubre 2019, p. 78, quien para resolver la cuestión parte del art. 335º.2 CC portugués, según el cual, si los derechos fueran desiguales o de diferente especie, prevalece el que deba ser considerado superior, para concluir con el principio de prevalencia del interés superior, que no puede dissociarse de la superioridad moral de los seres humanos, del que el legislador portugués no se ha separado; pero introduce un importante matiz, observando que el ejercicio del derecho preminente tiene que discurrir por los parámetros de la adecuación y de la proporcionalidad (p. 86).

Parece que RIBEIRO CARDOSO PEREIRA, *O destino*, cit., pp. 41-42, comparte esta opinión, pues, al tratar de la cuestión, se limita a citar a dicha autora.

La comparte con seguridad, por adherirse expresamente a ella, SIMÕES COSTA, *Conceito*, cit., p. 42, que, además, añade un argumento adicional, consistente en la interpretación literal del art. art. 1793.º-A CC, entendiendo que, cuando el legislador se refiere, por un lado, a los intereses de los cónyuges y de los hijos; y, por otro, utiliza la expresión «e também o bem-estar do animal», pretende dar primacía a los seres humanos, debiendo atenderse al bienestar del animal, siempre que sea posible.

<sup>71</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Crisis familiares*, cit., p. 113, afirma la supeditación del bienestar del animal «(que, aunque ser vivo, sintiente, no deja de ser un bien singular), al interés de -cualquiera de- los miembros de la familia (por ser personas)».

EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz: «El destino», cit., p. 554, entiende que «es fundamental que ambos criterios sean ponderados y respetados»; y añade: «Ahora bien, el bienestar animal deberá estar supeditado al interés de los miembros de la familia».

<sup>72</sup> Cfr. en tal sentido CLAVIJO SUNTURA, «La custodia», cit., p. 2125; y VÁZQUEZ MUIÑA, «Y Nietzsche ganó la batalla: por fin tenemos una ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles. Crisis familiares y animales de compañía a propósito de la ley 17/2021, de 15 de diciembre», *Revista Boliviana de Derecho*, nº 34, julio 2022, pp. 742.

<sup>73</sup> CLAVIJO SUNTURA, «La custodia», cit., p. 2126, observa que «siempre que se haya constituido un vínculo afectivo entre los hijos y la mascota resulta aconsejable en función del interés de ambos que la modalidad de custodia a adoptarse coincida, especialmente, porque son los principales afectados por la desestructuración de la familia».

OLIVEIRA OLIVA, *Los animales*, cit., p. 166, entiende, sin embargo, que el interés de los menores, en este caso, se puede contraponer a «las necesidades intrínsecas de cada animal de compañía», refiriéndose a los felinos, a los que «los cambios constantes pueden causarle estrés y ansiedad».

toleren mal la alteración de su hábitat (por ejemplo, los gatos)<sup>74</sup>; y, en algunos casos, dicho traslado, aunque materialmente posible, deberá ser totalmente descartado: piénsese, por ejemplo, en los peces de un acuario o en los anfibios o reptiles de un terrario.

### 5.3. Irrelevancia de la titularidad dominical de la mascota

Según se ha dicho, el art. 94 bis CC dispone la asignación del cuidado del animal de compañía con «independencia de la titularidad dominical de este»<sup>75</sup>.

Se ha afirmado, por ello, que «Debe tenerse en cuenta que la relación emocional con los animales de compañía excede claramente del derecho de propiedad sobre las cosas y ello por cuanto se trata de seres vivos con los que se crean importantes lazos de afectividad»<sup>76</sup>.

No obstante, se ha considerado que dicho dato no es absolutamente irrelevante, pues, cuando, examinado el interés de los miembros de la familia y el bienestar de la mascota, no pueda llegarse a la conclusión de que el cuidado de ésta deba ser encomendado a uno de los cónyuges, el mismo deberá ser confiando a su dueño<sup>77</sup>.

A mi parecer, dicho criterio debe ser manejado con mucha cautela, pues implica la aplicación de un parámetro de valoración patrimonial, que si bien da seguridad jurídica, no está contemplado

---

<sup>74</sup> RIBEIRO CARDOSO PEREIRA, *O destino*, cit., p. 40, observa que los cambios de residencia pueden ser perjudiciales para los gatos, dado que, al ser animales de rutinas, no les gusta salir de su zona de confort, teniendo más dificultades para adaptarse a nuevos ambientes y a nuevas personas, por lo que considera preferible encomendar su cuidado a quien se quede en la vivienda familiar, y no separarlo de otros animales de compañía que pudieran tener los cónyuges.

Sin embargo, la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 13 de junio de 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:1639) prevé que, a petición de la menor, el gato se traslade con ella en sus desplazamientos semanales alternos.

Por el contrario, en la jurisprudencia francesa, CA de París (24ª, Sección A) de 22 de marzo de 2006, *Jurisdata* n° 2006-327188), ponderando la naturaleza mueble del animal y su carácter accesorio respecto del hogar familiar, ha decidido que la atribución de la vivienda familiar comportaba la de los bienes muebles que en ella se encuentran, incluidos los gatos.

Conviene, sin embargo, advertir de que esta sentencia se dicta antes de La Ley n° 2015-177 de 16 de febrero de 2015, que introdujo el art. 515-14 CC francés para calificar a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad.

<sup>75</sup> Lo subraya, por ejemplo, la SAP de Huelva (Sección 2ª) de 23 de febrero de 2023 (ECLI:ES:APH:2023:133), según la cual debe «primar como regla general la distribución equitativa (entre ambos cónyuges) del cuidado y tenencia del animal, así como de las cargas que ello implique, sin atender a la específica titularidad dominical del mismo».

Igualmente, la SAP de Madrid (Sección 31ª) de 30 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:18362), que observa que la posibilidad de acordar medidas previstas en el precepto no depende de la titularidad dominical del animal, lo que evidencia que se pretende salvaguardar no la propiedad sino las relaciones afectivas entre la mascota y los cónyuges. Confirma, así, la sentencia recurrida, que había encomendado el cuidado de un perro a los dos cónyuges por semanas alternas, a pesar de ser la mujer la titular legal de la mascota.

<sup>76</sup> SAP de León (Sección 1ª) de 21 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APLE:2023:463).

<sup>77</sup> SAP de Guadalajara (Sección 1ª) de 23 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APGU:2023:647).

Comparte este criterio CHAPARRO MATAMOROS, «El cuidado», cit., p. 15, quien afirma que no debe excluirse el recurso al criterio «de la titularidad dominical si la aplicación de los otros no arroja un resultado claro a efectos de la determinación del cuidado del animal».

en el art. 94 bis CC, precisamente, porque se rechaza la consideración del animal como una pura cosa, cuyo destino haya de ser determinado atendiendo a su titularidad dominical<sup>78</sup>.

En realidad, si valorados los dos parámetros previstos en el precepto, se llega a la conclusión de que el interés de ninguno de los cónyuges es superior al del otro y que el bienestar del animal se cumple de igual manera, confiando su cuidado a uno a otro, la solución más razonable es encomendar su atención a los dos cónyuges, siempre que éstos deseen ocuparse de él. Por lo tanto, la aplicación del estricto criterio dominical sólo procederá en casos muy excepcionales, cuando, por ejemplo, tras la crisis matrimonial, los cónyuges fijaran sus respectivas residencias en lugares muy lejanos entre sí, lo que dificultaría extraordinariamente el traslado del animal de un domicilio a otro.

Se suscita la cuestión de si uno de los cónyuges puede oponerse a que el juez determine el destino del animal de compañía que ha convivido de modo estable con la familia, argumentando que su propiedad pertenece a un tercero. A mi entender, no, pues, dada la claridad del tenor del art. 94 bis CC, la cuestión de la propiedad deberá ser planteada en otro proceso o discutirse en sede de ejecución; y así parece desprenderse de algunos fallos.

Se ha atribuido, así, a la mujer el cuidado de un caballo, al considerar que era un animal de compañía de la familia, a pesar de que el marido argumentaba que era propiedad de su suegro y de que el criador del caballo figuraba como su titular administrativo, sin llegar a pronunciarse de manera definitiva sobre la titularidad dominical del mismo<sup>79</sup>.

Se ha encomendado también a la mujer el cuidado de un perro, rechazando el argumento del marido de que el mismo era propiedad de un tercero, al que se lo había donado y que figuraba como titular administrativo del mismo. Tampoco se entró a resolver la cuestión de la propiedad del animal, afirmándose que se trataba de «una cuestión que más bien tiene su encaje en la problemática que puede suscitarse a la hora de ejecutar el pronunciamiento acerca de la custodia del animal contenido en la sentencia recurrida». Se decidió el pleito, teniéndose en cuenta la «relación emocional» que su mujer mantenía con el perro, afirmándose que tal solución debía «prevalecer, atendiendo al bienestar del animal, frente a la formal titularidad administrativa, siendo por todo ello que, en definitiva, procede la desestimación del recurso de apelación, donde más parece incidirse en la imposibilidad de ejecución in natura de la atribución de la custodia del perro»<sup>80</sup>.

#### 5.4. Formas de asignación del cuidado

---

<sup>78</sup> PEGUERO CARRERO, «Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021 de 15 de diciembre de 2021», *Diario La Ley*, nº 10177, Sección Tribuna, 24 de noviembre de 2022, evidencia que «el hecho de que ya no se tenga en cuenta la titularidad dominical del animal es consecuencia de que han dejado de ser considerados como cosas, porque ya no se atenderá a quien ostente la misma como criterio de atribución del animal».

<sup>79</sup> SAP de Málaga (Sección 6ª) de 10 de enero de 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:466).

<sup>80</sup> SAP de Segovia (Sección 1ª) de 9 de abril de 2024 (ECLI:ES:APSG:2024:159).



El cuidado de los animales sólo puede encomendarse a los cónyuges, y no, a otras personas distintas<sup>81</sup>.

Se ha rechazado, en consecuencia, la pretensión del marido de que el cuidado del perro fuera atribuido a la hija, con el argumento de que había sido comprado con la finalidad de regalárselo a aquélla, afirmándose que el art. 94 bis CC dice que «la autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y no a terceras personas»<sup>82</sup>.

Es posible confiar el cuidado de los animales a uno solo de los cónyuges o a los dos, por períodos sucesivos alternos (normalmente, por semanas).

Veamos la práctica jurisprudencial.

#### *a. Asignación a uno de los cónyuges*

La protección del interés de los menores a mantener su relación de afecto con las mascotas hace que, en casos de custodia monoparental, sea deseable asignar el cuidado del animal al cónyuge custodio<sup>83</sup>.

Por ello, se ha atribuido a la madre custodia el cuidado de un perro, valorando que el mismo siempre había estado «en compañía del hijo pues fue adquirido para mejorar sus habilidades emocionales»<sup>84</sup>; y, así mismo, se ha previsto que el animal pueda ser trasladado, junto con los menores, al domicilio del no custodio, en los periodos de estancia con él<sup>85</sup>.

No habiendo hijos menores, junto al bienestar del animal, habrá que ponderar el interés los cónyuges a obtener el cuidado de la mascota.

---

<sup>81</sup> En la doctrina portuguesa DIAS, «O divórcio», cit., p. 76, dada la dicción del art. 1793.º-A CC portugués, que, como el español, sólo prevé que se pueda encomendarse los animales de compañía a uno o a ambos cónyuges, se pregunta qué sucedería si ninguno de ellos lo quisiese o el bienestar del animal exigiera otra solución, respondiendo que la ley no ha previsto la posibilidad de confiar el animal a un tercero o a los hijos de la pareja.

PEDROSO GUEDES, «O destino», cit., p. 53, se limita a constatar dicho problema, sin proponer una solución al mismo.

<sup>82</sup> SAP de Madrid (Sección 31ª) de 30 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:18362).

<sup>83</sup> Vid. en tal sentido SSAP de Madrid (Sección 22ª) de 11 de abril de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:6190) y de León (Sección 1ª) de 15 de junio de 2023 (ECLI:ES:APLE:2023:837).

<sup>84</sup> En estos términos se manifiesta la sentencia de primera instancia confirmada por la SAP de Madrid (Sección 22ª) de 11 de abril de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:6190).

Probablemente es la misma la razón por la que la sentencia de primera instancia, revocada por la SAP de Soria (Sección 1ª) de 8 de abril de 2024 (ECLI:ES:APSO:2024:184), había dispuesto que el perro quedara en la vivienda familiar, cuyo uso había sido atribuido a la madre custodia del menor. La Audiencia estableció, en cambio, la custodia compartida y atribuyó el uso de la vivienda familiar al marido, que era propietario de la misma. Sin embargo, no se pronunció sobre el cuidado del animal, al no haber sido recurridas en apelación las medidas adoptadas en relación con el mismo.

La SAP de Badajoz (Sección 3ª) de 5 de abril de 2024 (ECLI:ES:APBA:2024:463) confirma, al no haberse discutido en el recurso de apelación, la medida adoptada respecto de una perra, destacando la condición de propietaria de la mujer, pero también la de custodia de la menor, razón por la cual se le impone el abono de los «gastos derivados del cuidado y mantenimiento del animal».

<sup>85</sup> Esta es la solución prevista en la sentencia de primera instancia, confirmada en este punto por la SAP de Málaga (Sección 6ª) de 7 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APMA:2023:4055).

Se ha asignado el cuidado de los animales (tres perros y siete gatos) a la mujer, dada la actitud de ésta, que había manifestado su predisposición a cuidar de los mismos, y la posición mantenida por el marido, «que, ni siquiera mencionaba a los animales en su demanda ni ha mostrado en ningún caso disposición a tenerlos en su compañía», por lo que se ha estimado que «lo más adecuado para su bienestar es que sigan al cuidado» de quien venía atendiéndolo, que así lo acepta y es quien, por otro lado, está asumiendo actualmente su cuidado y «también parece ser la persona que más se ha dedicado a dicha atención»<sup>86</sup>.

#### *b. Asignación a los dos cónyuges*

En los casos de custodia compartida es frecuente encomendar el cuidado de los animales a los cónyuges, en función de los tiempos de convivencia de los hijos con sus padres<sup>87</sup>; y ello, porque se entiende que «lo más conveniente para ellos es que puedan estar siempre acompañados de la mascota», «cuando estén con uno u otro progenitor, tanto en el régimen ordinario de custodia compartida, como en los periodos vacacionales»<sup>88</sup>.

Los menores se irán, pues, desplazando, junto con los animales, a los domicilios de los padres durante los periodos de tiempo en que deban estar con ellos; a no ser que se haya establecido que el menor permanezca en la vivienda familiar y sean los progenitores los que cambien de residencia, en cuyo caso el animal quedará en la vivienda en compañía de los hijos, correspondiendo su cuidado al progenitor al que en cada momento corresponda estar con el menor<sup>89</sup>.

El desplazamiento de las mascotas con los menores, que presupone siempre el apego de éstos a aquéllas, parece especialmente adecuado, en el caso de los perros, pero, como ya he dicho, en

---

<sup>86</sup> SAP de León (Sección 1ª) de 21 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APLE:2023:463).

<sup>87</sup> Siempre -claro está- que ambos cónyuges deseen ocuparse del animal, pues, si uno de ellos no lo desea y el otro sí, será a éste a quien se encomiende su cuidado (existirá un acuerdo implícito entre ellos), tal y como sucedió en el caso resuelto por la SAP de Navarra (Sección 3ª) de 18 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:APNA:2023:992).

Establecen el sistema de cuidado compartido de los animales, con períodos de convivencia acordes con los previstos respecto de los hijos menores en los regímenes de custodia compartida, por ejemplo, SSAP de Madrid (Sección 22ª) de 26 de junio de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:10191) y de Madrid (Sección 24ª) de 16 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:5462). Así mismo, las sentencias de primera instancia confirmadas por las SSAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 24 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APZ:2023:778), de Castellón (Sección 4ª) de 7 de junio de 2023 (ECLI:ES:APCS:2023:626) y de Asturias (Sección 6ª) de 12 de abril de 2024 (ECLI:ES:APO:2024:675).

La sentencia de primera instancia, confirmada por la SAP de Valencia (Sección 10ª) de 30 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:APV:2022:3953), deja en manos de la hija menor la decisión de llevarse consigo su mascota (conejo). Dice, así, que, el caso de que la «la niña quiera estar con su mascota (conejita), la madre deberá procurar que el padre pueda acudir al domicilio familiar materno para recoger al animal. Animal que deberá devolver cuando la niña vuelva a estar con la madre».

<sup>88</sup> SAP de Madrid (Sección 22ª) de 26 de junio de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:10191).

En el mismo sentido se orienta la SAP de Madrid (Sección 24ª) de 16 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:5462), que considera «que el animal es de toda la unidad familiar, y su bienestar pasa por que esté con las menores, y en consecuencia con cada una de las partes litigantes, en los periodos que les corresponda estar con sus hijos, según el régimen de custodia compartida establecida».

<sup>89</sup> Vid. en tal sentido SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 12 de enero de 2023 (ECLI:ES:APBI:2023:222).

otros supuestos, como el de los gatos, suscita dudas, dado que éstos pueden sufrir tensiones con los traslados.

No obstante, se ha decidido que el gato pudiera estar con la hija, «siempre que la menor lo requiera», acompañándole, pues, en sus cambios semanales de residencia<sup>90</sup>.

La inexistencia de hijos menores no es obstáculo al establecimiento de un sistema de cuidado común, atendiendo, tanto al interés de los cónyuges, como al bienestar de las mascotas<sup>91</sup>.

Se ha dicho, incluso, que, «siendo notorio el rápido (por no decir inmediato) cariño -y consiguiente vínculo afectivo- que surge respecto a cualquier animal de compañía cuando se convive con él [...] debe primar como regla general la distribución equitativa [...] del cuidado y tenencia del animal, así como de las cargas que ello implique, sin atender a la específica titularidad dominical del mismo [...], como tampoco a que esa convivencia haya podido ser más o menos amplia, a salvo que concurren circunstancias de gravedad y entidad suficientes para propiciar excepción a tal regla general». En consecuencia, se ha atribuido el cuidado de dos perros a los dos cónyuges, que no tenían hijos, por períodos de alternancia semanal<sup>92</sup>.

Se ha encomendado también el cuidado de un perro a ambos cónyuges por periodos semanales alternos, desestimándose el argumento de la mujer de que se le confiara exclusivamente a ella, porque el marido trabajaba a tiempo completo. Frente a ello, se ha afirmado que la solución adoptada resultaba «idónea para la mascota, que ha sido animal de compañía para ambos litigantes», y, «por tanto se trata de un animal habituado a estar con ambos y a ser cuidado y atendido por los dos, y es un hecho notorio el que el cuidado y la atención cotidiana de una mascota canina no requiere de una dedicación en exclusiva durante las 24 horas del día, siendo perfectamente compatibles tales cuidados con la actividad laboral, como lo demuestra el hecho de ser hoy en día muchas las familias españolas que tienen mascotas, en concreto perros, y en las que ambos cónyuges o convivientes trabajan, y no por ello dejan de cuidar y atender a sus mascotas, amén de que nada impide que (el marido) pueda valerse de la ayuda de otra persona en caso de no poder atender en algún momento» al perro<sup>93</sup>.

Como se ha visto, el régimen de cuidado compartido implicará normalmente la atribución a los cónyuges de tiempos sucesivos alternos de convivencia con los animales<sup>94</sup>.

Cuando dicho régimen de cuidado compartido dependa del régimen de custodia de los hijos, parece lógico que la recogida de los animales se ajuste a lo previsto respecto de los menores; y,

---

<sup>90</sup> SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 13 de junio de 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:1639).

<sup>91</sup> Me parece demasiado tajante la consideración de CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, «La custodia», cit., p. 2138, de que, cuando no hay hijos, «el interés del menor es absorbida por el interés de la mascota».

<sup>92</sup> SAP de Huelva (Sección 2ª) de 23 de febrero de 2023 (ECLI:ES:APH:2023:133).

CHAPARRO MATAMOROS, «El cuidado», cit., p. 17, comparte dicho criterio, afirmando que, «en caso de que el matrimonio no haya tenido descendencia, y presuponiendo que el bienestar del animal se satisface por igual con ambos cónyuges, parece que deberá regir la regla de la distribución equitativa de los tiempos de cuidado del animal».

<sup>93</sup> SAP de Málaga (Sección 6ª) de 17 de abril de 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:1246).

<sup>94</sup> Así lo sugiere tendencialmente en la doctrina portuguesa PEDROSO GUEDES, «O destino», cit., p. 61.

cuando no los haya, que su recogida se haga en el domicilio del cónyuge al que se haya encomendado su cuidado al final de cada periodo temporal de convivencia establecido, debiendo entregarse también la documentación relativa al mismo, en particular, la cartilla veterinaria<sup>95</sup>.

El cuidado conjunto de los animales no sólo comportará un reparto de los tiempos de convivencia, sino también la necesidad de llegar a acuerdos en las cuestiones importantes que afecten a la salud y al bienestar de los mismos.

Por ello, asignado el cuidado de un perro a los dos cónyuges, se ha decidido que «Cualesquiera decisiones relativas al animal que sean de especial trascendencia como, por ejemplo, el cambio de veterinario de referencia, intervenciones quirúrgicas, pruebas diagnósticas de carácter invasivo o con sedación, tratamientos médicos de larga duración utilización de residencias caninas, etc., serán adoptadas de común acuerdo entre las partes»; y, que, en caso de desacuerdo, la decisión última corresponderá a la mujer, en cuanto «titular legal del animal»<sup>96</sup>.

Si nada se prevé en la sentencia, en el caso de desacuerdo, deberá acudir al juez para que decida.

## **6. El establecimiento de «derecho de visitas» en favor del cónyuge al que no se le haya encomendado el cuidado del animal**

El art. 94 bis CC prevé que el juez determinará «la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado (el cuidado de los animales) podrá tenerlos en su compañía»<sup>97</sup>. Se prevé, pues, la posibilidad de establecer una especie de «derecho de visitas» en favor de dicho cónyuge, que puede incluir períodos de convivencia de la mascota en su domicilio, siempre que así lo solicite; y ello, con independencia de que sea, o no, copropietario del animal, pues ya se ha dicho que las

---

<sup>95</sup> La solución propuesta es seguida por la jurisprudencia de instancia.

La SAP de Huelva (Sección 2ª) de 23 de febrero de 2023 (ECLI:ES:APH:2023:133), que, en ausencia de hijos, atribuyó a los dos cónyuges el cuidado de dos perros, por semanas alternas, lo hizo, «con recogida y reintegro de ambos los domingos a las 20.00 horas, debiendo ser sucesivamente recogidos del domicilio en que se encuentren por parte de la litigante que vaya a tenerlos consigo durante la siguiente semana».

La SAP de Madrid (Sección 31ª) de 30 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:18362), que atribuyó el cuidado del perro a los dos cónyuges (existiendo solo una hija mayor del matrimonio), lo distribuyó «alternativa y sucesivamente por periodos semanales», habiendo dispuesto que, «durante todos los periodos de vacaciones profesionales o de otro tipo de vacaciones o festivos de las partes litigantes se mantendrá el mismo régimen de estancias semanales»; y añadió que «El animal será recogido por la parte que le corresponda tener al animal, no pudiendo ser recogido por otras personas, puesto que ello sería imponer obligaciones por resolución judicial a personas que no son parte del presente procedimiento, al comienzo del periodo semanal mencionado, en el domicilio de la parte litigante donde se encuentre el animal, el día y hora indicados».

<sup>96</sup> En este sentido se orientó la sentencia de primera instancia confirmada por la SAP de Madrid (Sección 31ª) de 30 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:18362).

<sup>97</sup> En el convenio aprobado por la SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 15 de junio de 2022 (ECLI:ES:APZ:2022:1374) se preveía que el perro y las gatas quedarían en compañía del marido y que la mujer, mientras viviera el perro, podría ir a visitarlo una vez al mes, corriendo el marido con los gastos del tren de ida y vuelta Madrid/Zaragoza, debiéndole avisar con quince días de antelación para que «se pueda organizar y pueda sacar los billetes de tren que considere oportuno». Muerto el perro, se disponía que el marido debería entregar a la mujer las gatas, a las que podría igualmente visitar mientras vivieran.

medidas previstas en el precepto se adoptan «con independencia de la titularidad dominical de este».

Suele ser habitual que los períodos de compañía sean los fines de semana alternos, desde el viernes a las 18:00 horas hasta el domingo a las 20:00 horas<sup>98</sup>; y, más raramente, los siete primeros días de cada mes<sup>99</sup>.

En este caso, hay que determinar cómo distribuir la carga de traslado del animal, siendo razonable considerar<sup>100</sup> que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, la regla general es que aquél que no tenga confiado el cuidado del animal deberá recogerlo en el domicilio del que lo tenga, y, éste en el de aquél, finalizado el respectivo período de compañía<sup>101</sup>.

Cuando el cuidado de la mascota haya sido encomendado al cónyuge custodio, para mantener la relación de afecto entre el animal y el hijo menor, es conveniente que los períodos de estancia de ambos en el domicilio del no custodio coincidan<sup>102</sup>.

## 7. El reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal

---

<sup>98</sup> Vid. en tal sentido SSAP de Córdoba (Sección 1ª) de 14 de octubre de 2022 (ECLI:ES:APCO:2022:769) y de Soria (Sección 1ª) de 8 de abril de 2024 (ECLI:ES:APSO:2024:184).

<sup>99</sup> Vid. así SAP de Madrid (Sección 24ª) de 26 de enero de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:2525).

Totalmente anómala era la pretensión de la mujer de que se fijara a su favor «un régimen de visitas entre la recurrente y los perros cuya posesión retenía su cónyuge, consistente en que cada 15 días y de uno en uno de forma rotativa pudiera tener en su compañía a uno de aquellos seis perros». La SAP de Asturias (Sección 5ª) de 29 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:34889) no entró a conocer de dicha pretensión por haberse planteado extemporáneamente.

<sup>100</sup> Es la traslación del criterio jurisprudencial aplicado en materia de visitas a los hijos menores, con el que se muestra de acuerdo CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, «El cuidado», cit., p. 19.

CASAS DÍAZ Y CAMPS I VIDELLET, «Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía», *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 10/1 (2019), consideran conveniente regular la cuestión en el convenio regulador, para «hacer efectivo el derecho de visita del cónyuge con el que no conviva el animal e impedir la inmisión de la expareja en la nueva vida privada de aquel con quien esté conviviendo el animal».

<sup>101</sup> Cfr. SAP de Córdoba (Sección 1ª) de 14 de octubre de 2022 (ECLI:ES:APCO:2022:769).

<sup>102</sup> Vid. en este sentido las sentencias confirmadas por las SSAP de Toledo (Sección 1ª) de 22 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:1780) y de Asturias (Sección 6ª) de 2 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APO:2023:1498), así como la SAP de León (Sección 1ª) de 15 de junio de 2023 (ECLI:ES:APLE:2023:837).

Además del destino del animal de compañía, es necesario determinar la distribución de las cargas<sup>103</sup> derivadas de su cuidado<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Tras la reforma de 2021, se ha planteado, si, dado el tenor del art. 94 bis CC, que habla de distribución de las «cargas» asociadas al cuidado de los animales de compañía, los gastos contraídos con esta finalidad pueden ser considerados cargas del matrimonio.

Pueden verse a este respecto las extensas reflexiones de MORENO MOZO, «Animales de compañía y cargas del matrimonio», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022, pp. 359-395.

A mi parecer, los gastos asociados al cuidado de los animales de compañía son cargas del matrimonio, y no tanto, por entender como propone FUENTES-LOJO RIUS, «Un nuevo estatuto jurídico», cit., que las mascotas son miembros de la familia, sino porque mejoran la calidad de vida de los miembros de la misma (en particular, la de los menores y la de los cónyuges sin hijos), aspecto este, sobre cuya importancia llama la atención, con carácter general, el Preámbulo del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía de Estrasburgo, de 13 de noviembre de 1987.

Creo, por tanto, que estamos ante gastos destinados al «sostenimiento de la familia» y que, como tales, pueden ser englobados en el art. 1366.1º CC, número este del precepto, que, si bien se ubica en sede de gananciales, es generalmente considerado como comprensivo de los conceptos que constituyen las cargas del matrimonio en general.

La SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 13 de junio de 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:1639) parece presuponer que estamos ante cargas del matrimonio desde el momento en que para justificar el pago por el marido de 25 euros mensuales para la manutención del gato, se argumenta que se trata de «un gasto necesario ordinario más entre los que se requieren para el buen desarrollo de la menor». Dispone que este pago se realice junto a la pensión de alimentos

También la SAP de Madrid (Sección 22ª) de 28 de enero de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:492) parece presuponerlo, al tratar de los gastos de cuidado de la mascota, junto a la cuestión de los alimentos, considerando «procedente que se abonen por mitad los precisos para intervenciones quirúrgicas y tratamiento de prolongadas enfermedades que facture el veterinario».

Sin embargo, la SAP de Alicante (Sección 4ª) de 8 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APA:2023:2526) ha desestimado la pretensión de la mujer, que reclamaba incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales un derecho de crédito por el pago, por su parte, de los gastos veterinarios de animales de compañía familiares, que eran privativos suyos. La Audiencia afirma que «Con independencia de que la familia disfrutara de la compañía de los animales, y de lo establecido en el artículo 333 CC, lo cierto es que dicha partida debe ser excluida», «por no ser considerado un gasto de la sociedad de gananciales».

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «El cuidado de los animales domésticos como carga matrimonial», *Diario La Ley*, nº 10529, Sección Tribuna, 19 de junio de 2024, realiza un análisis crítico de esta última sentencia, llegando a la conclusión -que comparto- de que «por pura coherencia interna con toda la reforma, no parece descabellado concluir considerando que el cuidado del animal sea una carga de la familia, no solo tras la ruptura o crisis familiar, sino -precisamente por serlo así ya antes de cualquier posible crisis- durante la convivencia normal de la familia».

<sup>104</sup> Se trata de una cuestión que fácilmente puede dar lugar a litigios, por lo que, es conveniente incluirla en el convenio regulador.

Es interesante una resolución interpretativa de un pacto contenido en un convenio regulador, que tenía el siguiente tenor: «Los gastos por accidente o lesión de la mascota que es una perra llamada Rubi, serán a medias. La madre se hace cargo del perro asumiendo los gastos cotidianos tales como comida, limpieza u otros. El padre podrá disfrutar de la compañía del perro siempre que lo requiera, avisando a la madre con 24 horas de antelación».

El AAP de Barcelona (Sección 12ª) de 15 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:806A) revoca el auto recurrido, que había descartado incluir dentro de los conceptos que debían pagarse por mitad el gasto de veterinario, consistente en urianálisis, ecografía abdominal y Holmex, haciendo recaer el pago de su importe sobre la mujer. Por el contrario, entendiendo que el gasto veterinario cuestionado no puede calificarse como un «gasto cotidiano de comida, limpieza, etc.», la Audiencia afirma que, «interpretando lo pactado por las partes en su momento, debemos considerar que se trata de un gasto que asumieron por mitad».

### 7.1. Cuidado confiado a ambos cónyuges

Por lo general, cuando se ha encomendado a ambos cónyuges el cuidado de las mascotas (normalmente, como consecuencia del establecimiento de un sistema de custodia compartida respecto de los hijos menores), la solución ha sido la de imponer a cada cónyuge los gastos cotidianos de manutención mientras el animal conviva con ellos y distribuir entre ambos el resto de los gastos, en principio, por partes iguales<sup>105</sup>.

### 7.2. Cuidado confiado a uno de los cónyuges

Se plantea la cuestión de si, en el caso en que se atribuya el cuidado del animal de compañía a uno solo de los cónyuges, podrá el otro ser obligado a contribuir al pago de los gastos derivados del animal<sup>106</sup>.

Es evidente que, cuando el juez le conceda una suerte de «derecho de visitas», permitiéndole pernoctar en su domicilio, como mínimo, deberá correr con los gastos de manutención del animal mientras esté en su compañía<sup>107</sup>, como también -según se ha dicho- acudir a recogerlo al domicilio del cónyuge que tenga encomendado su cuidado.

Pero, incluso, en el caso de que no tenga reconocido el derecho a tenerlo en su domicilio durante un periodo de tiempo, la respuesta ha de ser positiva, dado el claro tenor del art. 94 bis CC, el cual prevé que el juez determine «el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal (...) con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado». Por lo tanto, del mismo modo en que es posible atribuir la tenencia del animal de compañía a quien sólo es copropietario del mismo e, incluso, a quien carezca de título de propiedad sobre él, es también posible imponer al cónyuge al que no se encomiende el

---

<sup>105</sup> La SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 24 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APZ:2023:778) atribuye el cuidado común del perro a los dos cónyuges, disponiendo que la mascota acompañe al hijo en sus cambios de residencia, «encargándose por tanto de los gastos básicos relativos al animal cada progenitor en la semana que lo tenga consigo, y el resto de gastos de veterinario o similares se asumirán al 50 por ciento por cada uno».

La SAP de Madrid (Sección 22ª) de 26 de junio de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:10191), así mismo, tras asignar el cuidado de la mascota a ambos cónyuges, en función de los tiempos de convivencia de los hijos con los progenitores (se había establecido una custodia compartida), distribuyó, por mitad, entre ellos, «todos los gastos necesarios para el cuidado del animal, incluyendo los tratamientos del veterinario, su alimentación, seguro, etc.».

La SAP de Málaga (Sección 6ª) de 17 de abril de 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:1246), igualmente, confió el cuidado de un perro a ambos cónyuges por periodos semanales alternos, imponiéndoles la obligación de pagar los gastos de alimentación del animal mientras estuviese en su compañía y de satisfacer por mitad los gastos veterinarios.

La SAP de Málaga (Sección 6ª) de 27 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:1283) también encomendó el cuidado de una perra a ambos cónyuges, por semanas alternas, de 8 horas, determinando que «cada uno correrá con los gastos corrientes durante la estancia, y los derivados de asistencia veterinaria, vacunas y tratamientos» serán pagados por mitad.

<sup>106</sup> CLAVIJO SUNTURA, «La custodia», cit., p. 2129, observa que es recomendable distribuir los gastos entre ambos cónyuges para evitar que se utilice la mascota «como instrumento para obtener un beneficio económico adicional».

<sup>107</sup> Vid., por ejemplo, en tal sentido SAP de Madrid (Sección 24ª) de 26 de enero de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:2525).

cuidado de la mascota (sea, o no, copropietario de ella) la obligación de contribuir a los gastos generados por ella<sup>108</sup>.

¿Se podrá imponer al cónyuge al que no se haya atribuido el cuidado del animal el pago de la totalidad de los gastos generados por su atención?

Una sentencia que había asignado el cuidado de los animales de compañía (tres perros y siete gatos) a la mujer, condenó al marido a pagar 200 euros mensuales (20 euros por cada animal), en concepto de contribución a las cargas asociadas al cuidado de los animales mientras viviesen, debiendo la mujer comunicarle el fallecimiento de cualquiera de ellos en el momento en que así sucediera, así como su supervivencia al comienzo de cada año natural<sup>109</sup>.

En esta sentencia se impuso, pues, al cónyuge al que no se había atribuido ningún período de convivencia con las mascotas (no había querido tenerlas en su compañía, ni estaba interesado en mantener relación con ellas) la obligación de pagar la totalidad de los gastos generados por las mismas, sin duda, por considerar que el cuidado cotidiano de tan ingente cantidad de animales por parte de la mujer era ya suficiente contribución al cuidado de los mismos.

Sin embargo, otra sentencia, también de instancia, mantiene que no es posible imponer al cónyuge (residente en Pakistán) al que no se atribuye ningún tiempo de convivencia con los animales la totalidad de los gastos derivados de su cuidado; en el caso litigioso, dos gatos, dos perros y un caballo. Desestima, así, la pretensión de la mujer de que el marido se hiciese cargo de todos los gastos, hasta que pudiera incorporarse al mercado laboral, momento a partir del cual se deberían satisfacer por partes iguales. Por el contrario, afirma que de la expresión «reparto» de cargas empleada por el art. 94 bis CC se deduce «que no puede quedar exento el cónyuge al que se confíe el cuidado de los animales de contribuir a las cargas asociadas a su cuidado, por lo que hemos de rechazar de plano la pretensión recurrente de que le sean impuestas las cargas asociadas al cuidado de los animales en exclusiva» al otro cónyuge, que sólo deberá pagar el 60% de los gastos generados por las mascotas<sup>110</sup>.

A mi parecer, el tenor del art. 94 bis CC, al hablar de «reparto» de las cargas, no impide que se pueda imponer a uno de los cónyuges el pago de la totalidad de los gastos generados por las mascotas, aunque no disfrute de su compañía durante ningún periodo de tiempo, cuando dicha solución resulte razonable en atención a la capacidad económica de los cónyuges y al grado de dedicación que deba asumir aquél a quien se encomiende el cuidado de los animales.

Normalmente, la jurisprudencia viene imponiendo al cónyuge al que no se encomienda el cuidado del animal que contribuya a la atención del mismo, no sólo manteniéndolo cuando se

---

<sup>108</sup> La SAP de Navarra (Sección 3ª) de 18 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:APNA:2023:992), por ejemplo, encomendó el cuidado de los animales de compañía, respecto de cuya titularidad no había prueba fehaciente, a la mujer, al no querer asumirlo el marido, que, además, sostenía que eran de propiedad exclusiva de su cónyuge y, que, por lo tanto, no debía ser obligado a contribuir a los gastos de atención de las mascotas. Frente a ello, la Audiencia considera (y esto le basta) suficientemente «acreditado que dichos animales han convivido siempre con la familia desde su adopción, haciéndolo en la vivienda familiar» y confirma la sentencia recurrida, que había establecido la contribución a los gastos en un 50%.

<sup>109</sup> SAP de León (Sección 1ª) de 21 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APLE:2023:463).

<sup>110</sup> SAP de Málaga (Sección 6ª) de 10 de enero de 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:466).



halle en su compañía (en el caso de que llegue a estarlo), sino también, asumiendo una parte proporcional de los gastos que, en relación con la mascota, deban realizarse, muy frecuentemente, el 50% de los mismos<sup>111</sup>, aunque nada impide fijar (y, de hecho, se fijan) porcentajes diferentes, en atención a la diversa capacidad económica de los cónyuges<sup>112</sup>.

Sin embargo, nada impide que, en orden a evitar tener que acreditarse la realización y procedencia de cada uno de los gastos ordinarios, su contribución pueda realizarse mediante el pago mensual de una pensión<sup>113</sup> (que se puede ingresar, junto con la de alimentos a los hijos, en el caso de existir ésta)<sup>114</sup>, sin perjuicio de que, si posteriormente surgen nuevas necesidades que deban ser atendidas (por ejemplo, tratamiento de enfermedades debidas a la longevidad del animal)<sup>115</sup>, pueda acudir a un procedimiento de modificación de medidas para aumentar la cuantía de la pensión (art. 91.I CC)<sup>116</sup>; de este modo, la contribución por porcentajes se limitará sólo a los gastos extraordinarios no periódicos<sup>117</sup>.

### 7.3. La adecuación del porcentaje de la contribución a lo establecido respecto de los alimentos pagados a los hijos

Es interesante la reciente experiencia jurídica catalana, en la cual, a pesar de no existir una normativa semejante a la estatal, se observa una tendencia a imponer un porcentaje de los gastos derivados del cuidado de la mascota al cónyuge no poseedor, con independencia de la

<sup>111</sup> *Vid.*, entre otras muchas, SAP de Toledo (Sección 1ª) de 22 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APTO:2021:1780), conforme a la cual el cónyuge al que no se le atribuye el cuidado de la mascota debe correr con «todos los gastos relacionados con el animal al 50% entre los progenitores (vacunación, veterinarios, piensos, etc.)».

<sup>112</sup> *Vid.* así, por ejemplo, SSAP de Barcelona (Sección 18ª) de 11 de enero de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:440) (70%-30%) y de 21 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:1577) (80%-20%).

<sup>113</sup> Lo prevé también para el Derecho portugués PEDROSO GUEDES, Sara Patrícia, «O destino», cit., pp. 61-62, quien observa que entre este tipo de pensión y la establecida en favor de los hijos existe la gran deferencia de que los animales nunca alcanzarán independencia y capacidad para un sustento propio, por lo que, en este caso, la pensión se deberá hasta el último día de vida del animal.

<sup>114</sup> Como hizo la SAP de León (Sección 1ª) de 21 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APLE:2023:463).

En el mismo se orienta la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 13 de junio de 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:1639), en un caso, no obstante, en el que se había encomendado el cuidado del gato a ambos cónyuges custodios, imponiendo al marido el desembolso de 25 euros mensuales para su mantenimiento, pagaderos junto con la pensión alimenticia de la hija.

<sup>115</sup> Como expone CHAPARRO MATAMOROS, «El cuidado», cit., p. 17, «La fijación de las cargas económicas que comporte la tenencia, alimentación y cuidado del animal deberá atender a las necesidades concretas de aquél, y podrá ser modificada en función de que esas necesidades se alteren en el futuro (generalmente, al alza, puesto que la longevidad del animal le hará incurrir, posiblemente, en mayores gastos de atención veterinaria)».

<sup>116</sup> CASAS DÍAZ y CAMPS I VIDELLETT, «Las crisis», consideran conveniente establecer en los convenios reguladores «pactos que actualicen o incrementen la pensión inicialmente pactada por tal concepto adecuándola efectivamente a las necesidades del animal».

<sup>117</sup> La SAP León (Sección 1ª) de 15 de junio de 2023 (ECLI:ES:APLE:2023:837) confirma la sentencia recurrida, que había impuesto al cónyuge al que no se había encomendado el cuidado de la mascota el pago 50 euros mensuales, que «ingresará conjuntamente con la pensión de alimentos en favor de la hija menor del matrimonio», y la contribución «con el 50% de los gastos extraordinarios que necesite el animal (consultas veterinarias, vacunas, tratamientos parasitarios, etc.)».

Cabe, no obstante, dudar de que todo gasto de consulta veterinaria deba ser considerado extraordinario, pues no lo será el que tenga lugar con ocasión de revisiones periódicas; y lo mismo cabe decir de las vacunaciones.

titularidad dominical del animal, fijándose los porcentajes de contribución entre los cónyuges en la misma proporción en que aquellos contribuyan a los gastos de alimentos generados por los hijos<sup>118</sup>.

#### **7.4. La proporcionalidad de la contribución en relación a los períodos de compañía establecidos**

También existen resoluciones judiciales en las que se distribuyen los gastos en proporción a los períodos de tiempo que el animal pasa en compañía de cada cónyuge, por ser dichos períodos distintos, al atribuirse el cuidado del animal a uno solo, que es al que, lógicamente, disfruta de un mayor plazo de convivencia con la mascota, reconociéndose al otro un mero «derecho de visitas».

Así lo ha hecho la sentencia que había encomendado el cuidado de una perra a la mujer y concedido al marido la compañía del animal durante los siete primeros días de cada mes, la cual dispuso que los gastos de alimentación de la perra fueran sufragados por cada una de las partes cuando estuvieran con ella, y los demás, que fueren necesarios (veterinario, vacunaciones etc.), el 75% por la mujer y el 25% por el marido, «en la misma proporción en la que les corresponde la estancia con el animal»<sup>119</sup>.

#### **7.5. Gastos que deben satisfacerse y modo en que han de ser acordados**

---

<sup>118</sup> La SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 11 de enero de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:440) revoca parcialmente la sentencia recurrida, que había establecido que los dos cónyuges pagaran por mitad los gastos de la mascota. Desestima la pretensión del marido de no satisfacer gasto alguno, porque, según él, el animal era de la mujer y vivía en su casa. Curiosamente, fundamenta su fallo invocando el art. 94 bis CC, que, claramente, no es aplicable en Cataluña. De él deduce que, si bien el marido «considera que nada debe abonar por el animal de compañía por pertenecer» a la mujer, «tratándose de la mascota familiar, su pretensión no puede estimarse a la luz del contenido del artículo» citado, siendo «lógico que los gastos del animal se repartan en la misma proporción que el resto de gastos familiares», debiendo el marido abonar el 70% de los mismos y la mujer el 30%.

La posterior SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 21 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:1577) revoca también parcialmente la sentencia que, habiendo establecido un régimen de custodia compartida respecto de la hija menor, había reconocido a ambos cónyuges la copropiedad del animal de compañía, asignándoles la guarda del mismo, de acuerdo con el régimen de custodia previsto, distribuyendo por mitad entre los cónyuges copropietarios los gastos de la mascota. Por el contrario, la Audiencia reconoce la propiedad exclusiva del animal en favor de la mujer y le atribuye su posesión. Sin embargo, a pesar de poner de manifiesto que no existe en el Código civil Cataluña una reglamentación de la distribución de las cargas asociadas al cuidado de los animales de compañía y de no ser de «aplicación las regulaciones de fondo que sobre esta cuestión se hagan en otros ordenamientos jurídicos» (debe referirse al art. 94 bis CC, deshaciendo el equívoco a que había dado la sentencia anterior), acuerda distribuir los gastos derivados de la atención de la mascota entre los cónyuges en la misma proporción que la establecida para los alimentos. Utiliza el argumento de que «ha quedado acreditado que la mascota fue un regalo de los padres a su hija, y que aunque en el registro consta a nombre de la (mujer) es evidente que constante el matrimonio han sido ambas partes quienes han decidido su adquisición y quienes se han encargado de las necesidades materiales del animal, por lo que ahora en el momento de la separación, y teniendo en cuenta que la mascota se adquirió para el disfrute de la hija, dado que los gastos de los hijos se han distribuido en la proporción 80% para el padre y 20% para la madre, y que (está última) tendrá que ocuparse íntegramente de su cuidado material, se debe fijar que los gastos que genere la mascota se abonen en el mismo porcentaje».

<sup>119</sup> En este sentido se pronunció la sentencia recurrida, confirmada por la SAP de Madrid (Sección 24ª) de 26 de enero de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:2525).

De lo expuesto resulta que la jurisprudencia suele limitarse a establecer una distribución proporcional de las cargas, a través de porcentajes, sin explicitar con mucho detalle los concretos gastos que deben satisfacerse y cómo han de ser contraídos.

Sí lo ha hecho una sentencia, la cual, como es habitual, había establecido que cada parte asumiría «los gastos ordinarios de comida y alojamiento del animal durante el periodo que se encuentre en su compañía», pero especificando que se pagarían «por mitad e iguales partes los gastos ordinarios relativos a vacunas, medicación para desparasitación habitual (cada 3 meses), collares antiparasitarios (máximo una unidad cada 3 meses) y pipetas antiparasitarias (máximo una unidad al mes), así como las consultas veterinarias, las pruebas diagnósticas complementarias prescritas por el veterinario habitual del animal [...] los medicamentos igualmente prescritos, la peluquería (máximo una vez al mes) y el seguro de responsabilidad civil obligatorio, en su caso». Respecto de los gastos extraordinarios, dispuso que serán «abonados por mitad e iguales porcentajes entre las partes litigantes, siempre que exista acuerdo previo expreso sobre el concepto y la cuantía, salvo casos de urgente necesidad»<sup>120</sup>.

A mi parecer, habrá que distinguir, ciertamente, entre gastos ordinarios y extraordinarios, según que los mismos sean periódicos y, por lo tanto, previsibles en el tiempo, o, por el contrario, puntuales; y, así mismo, habrá que distinguir dos cuestiones: de un lado, cómo se distribuyen los gastos, ordinarios o extraordinarios, entre los cónyuges; y, de otro, cómo se ha de decidir realizarlos.

Creo que, a falta de acuerdo y de previsión judicial, son razonables las siguientes reglas:

a) En el caso de cuidado compartido, los cónyuges asumirán el coste periódico de la alimentación del animal mientras se encuentre en su compañía.

El resto de los gastos ordinarios que sean necesarios (peluquería, vacunación, collares y pipetas antiparasitarias, control veterinario habitual) se distribuirá entre ambos, conforme a los porcentajes establecidos en la sentencia, pudiendo decidir contraerlos, de acuerdo con su habitual periodicidad, el cónyuge que, en el momento en que hayan de ser hechos, tenga encomendado el cuidado de la mascota<sup>121</sup>.

Los gastos extraordinarios deberán ser satisfechos en la misma proporción, pero, salvo razones de urgencia (por ejemplo, la necesidad perentoria de asistencia médica ante una enfermedad puntual), habrán de ser previamente acordados por los cónyuges (por ejemplo, el ingreso en una residencia canina, la realización de un curso de adiestramiento o la compra de un accesorio no necesario de considerable valor). Por ello, antes de realizarse, deberán ser notificados al otro cónyuge y, acreditado que la notificación ha llegado a su conocimiento, si ésta no es respondida en un tiempo razonable, podrá llegarse a la conclusión de que quien la ha recibido no se opone al gasto comunicado.

---

<sup>120</sup> En tal sentido se orientó la sentencia de primera instancia confirmada por la SAP de Madrid (Sección 31ª) de 30 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:18362).

<sup>121</sup> Me parece excesivamente restringida la solución a la que llegó la sentencia de primera instancia revocada por la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 28 de abril de 2023 (ECLI:ES:APBI:2023:598), la cual había establecido que «Los gastos de los animales que excedan de la mera alimentación y no sean estrictamente necesarios deberán ser consensuados por ambos para su abono por mitad. En caso contrario, serán abonados por aquel que haya que decidido el gasto de forma unilateral».

La revocación se debe a que la pretensión relativa a los animales de compañía había sido introducida en el acto de la vista, causando indefensión a la parte demandada.

b) Si el cuidado del animal se encomienda a uno de los cónyuges, éste podrá realizar los gastos ordinarios necesarios, sin el previo consentimiento del otro, mientras que, por el contrario, deberá acordar con él los gastos extraordinarios que no tengan carácter urgente.

El importe de ambos tipos de gastos deberá ser distribuido de conformidad con lo previsto en la sentencia, que, según se ha dicho, a mi parecer, puede establecer que todos los gastos sean satisfechos por el cónyuge a quien no se haya encomendado el cuidado de la mascota, solución que, sin embargo, en la práctica es excepcional.

En el caso de que, encomendado a uno de los cónyuges el cuidado del animal, se prevean períodos de convivencia con el otro, éste deberá hacerse cargo de su manutención y alojamiento mientras se halle en su compañía<sup>122</sup>.

## **8. La posesión de los animales de compañía en las uniones de hecho: la aplicación de las normas de la comunidad de bienes**

Dado que la normativa expuesta no se aplica a las uniones de hecho, en ellas, la posesión de los animales de compañía va unida a la propiedad o copropiedad de los mismos.

En consecuencia, los convivientes interesados en mantener el contacto con el animal deberán ejercitar una acción declarativa del dominio o una acción reivindicatoria, reclamando para sí la propiedad (y, con ella, la posesión) exclusiva de la mascota; o bien deberán hacer valer su derecho de copropiedad sobre ella (si es discutida), mediante el ejercicio de la acción declarativa de dominio, para obtener un periodo de convivencia con la misma.

### **8.1. La prueba de la propiedad**

En principio, ha de partirse de la regla de que el animal será propiedad de quien aporta los fondos para adquirirlo (principio de subrogación real) o de aquél a quien se le ha donado quien lo compra.

La donación será más fácil de demostrar cuando quien la efectúa sea una persona que no conviva con el animal (por ejemplo, un pariente de uno de los componentes de una unión de hecho), quien podrá declarar con más imparcialidad a quién quiso hacer la liberalidad.

Así ocurrió en un caso, en el que la tía de una de las convivientes declaró como testigo que había regalado el perro litigioso «en exclusiva a su sobrina», valorándose que la misma «apareciese como la titular de dicho animal en el Registro de Identificación de Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid, así como en la cartilla sanitaria y de identificación oficial de animales de compañía de dicha misma Comunidad Autónoma». Se precisa que el hecho de que la otra conviviente hubiera pagado gastos de dicho animal resultaba propio del período de convivencia común entre las partes; y que la circunstancia de que, tras la ruptura de la convivencia, la propietaria del perro «permitiera a la actora pasar períodos de tiempo con

---

<sup>122</sup> La SAP de Córdoba (Sección 1ª) de 14 de octubre de 2022 (ECLI:ES:APCO:2022:769), que había concedido al cónyuge al que no se había encomendado el cuidado de dos perros un período de compañía con ellos, le impone el pago de los gastos relativos a comida y a peluquería «durante su periodo de posesión», disponiendo que los «gastos de atención sanitaria, veterinario, vacunas y otros extraordinarios, serán sufragados al 50% por las dos partes».

dicho animal en modo alguno supone ni un reconocimiento ni una voluntad de hacer común dicho bien que le pertenece en exclusiva»<sup>123</sup>.

La donación será mucho más difícil de probar cuando tenga lugar entre las personas que componen la misma unidad familiar. Resultará, así, complejo decidir si quién adquiere el animal, aunque sea con fondos propios, lo compra, exclusivamente, para sí, o con la intención de donarlo a un familiar (por ejemplo, a un hijo como regalo) o con el propósito de hacerlo común, es decir, de compartir su propiedad con el conviviente de hecho, mediante la constitución entre ambos de una comunidad tácita sobre él.

Se ha revocado una sentencia que había entendido que la propiedad del perro litigioso correspondía al hijo al que su padre se lo había regalado. Por el contrario, dando especial relevancia (a mi parecer, excesiva) a la circunstancia de que en el Registro Informatizado de animales de compañía apareciera como titular de la mascota el padre, se afirma que el hecho de que el mismo «adquiera el animal con una finalidad concreta -que fuera animal de compañía de su hijo- no equivale a que hubiera una donación del animal a su hijo», pues existen «un sinfín de bienes que los padres pueden adquirir con la finalidad de que sean usados por sus hijos -es cierto que coloquialmente se habla de regalos -y que van desde vehículos, viviendas, a otros enseres, tipo teléfonos móviles, consolas u ordenadores... etc., sin que ello implique una renuncia a la titularidad del bien»; y se concluye «que el animal fue adquirido por el apelante y que le pertenece a él como propietario independientemente de la finalidad con la que fue adquirido»<sup>124</sup>.

Puede, lógicamente, haber cambios sobrevenidos en la propiedad del animal, como aconteció en un caso en el que el conviviente que había adquirido la perra, rota la convivencia, accedió a cambiar la titularidad de la mascota, «haciéndolo constar él mismo en el registro de identificación de animales, encargándose desde entonces la recurrida de atender a la perrita de manera exclusiva», de lo que se dedujo que pasó a ser de propiedad exclusiva de ésta, rechazándose el argumento del recurrente de que existía una copropiedad sobre el animal de compañía<sup>125</sup>.

## 8.2. La titularidad formal resultante de los Registros administrativos autonómicos

El certificado de titularidad resultante de los Registros administrativos autonómicos no es prueba definitiva de la propiedad de los animales, pues, por un lado, en dichos Registros no se permite inscribir titularidades conjuntas<sup>126</sup>; y, por otro, la inscripción en favor del adquirente no excluye el ánimo de donación de éste y su posible voluntad de constituir una comunidad de bienes con otro miembro de su familia. A lo sumo, de dicho certificado se desprenderá una presunción *iuris tantum* de propiedad<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> SJPI de Madrid, nº 40, de 12 de marzo de 2013 (ECLI:ES:JPI:2013:44).

<sup>124</sup> SAP de Granada (Sección 4ª) de 17 de junio de 2020 (ECLI:ES:APGR:2020:607).

<sup>125</sup> SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 7 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APZ:2024:634).

<sup>126</sup> Lo constata en la doctrina LÓPEZ TUR, TERESA, «La guarda», cit., p. 82; y en la jurisprudencia SJPI de Valladolid, nº 9, de 27 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:88), SJPI de Murcia, nº 4, de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:93) y SAP de Asturias (Sección 4ª) de 21 de junio de 2017 (ECLI:ES:APO:2017:1845).

<sup>127</sup> Cfr. en tal sentido SAP de Granada (Sección 4ª) de 17 de junio de 2020 (ECLI:ES:APGR:2020:607).

Se ha afirmado que no puede «entenderse que el hecho de que el animal este inscrito a su nombre en el Registro Informatizado de Animales de Compañía, pueda deducirse sin más el dominio sobre el bien, pues si en relación a los bienes inmuebles su inscripción solo es una presunción iuris tantum del dominio a favor de la persona a cuyo favor está inscrita la finca, el hecho de que el animal este inscrito a nombre del actor en un registro administrativo puede ser un dato a tener en cuenta a fin de resolver sobre el dominio del animal, pero en modo alguno de un dato esencial a tal fin»<sup>128</sup>.

### 8.3. La práctica jurisprudencial

Veamos algunos casos, extraídos de la práctica jurisprudencial.

Se ha considerado que una perra era propiedad exclusiva del varón, desestimándose la pretensión de la mujer de que se le declarara copropietaria de la misma, porque era él quien figuraba como titular de la misma en el Colegio de Veterinarios y en una clínica veterinaria; todos los gastos acreditados habían sido satisfechos por el conviviente, sin que la mujer hubiera acreditado, «haber realizado pago alguno, con su dinero, de algún gasto generado» por la mascota; por último, una testigo, vecina del marido, había declarado que «era este quien cuidaba del perro cuando era un cachorro, ayudándole ella, a sacarlo al parque y cuidarlo, cuando no podía hacerlo»; declarando, además, que la relación de la mujer con la perra «no era buena, y que incluso en alguna ocasión, vio como le golpeaba con la mano», viéndola muy pocas veces sacarla a pasear<sup>129</sup>.

Se ha desestimado también la pretensión de que se declarase la copropiedad de un perro, formulada por un conviviente de hecho, el cual había estado en compañía de la mascota durante ocho meses, hasta que se había roto la convivencia *more uxorio*. Se ha considerado a la mujer propietaria exclusiva del animal, con base en los siguientes elementos de prueba: la falta de constancia de que el demandante se hubiera «encargado del cuidado del animal, costeadando los gastos del veterinario», habiendo presentado sólo 2 facturas veterinarias frente las 19 de la demandada, la cual figuraba como titular en el pasaporte para animales de compañía; después del cese de la convivencia el demandante había disfrutado «del animal en escasas y esporádicas ocasiones»; el veterinario del perro había declarado que el animal tenía «un apego muy fuerte» con la demandada y que, en caso de separación, sufriría «ansiedad» y que trasladarlo a la residencia del demandante «sería en su opinión maltrato animal, por el carácter y la edad del perro»; por último, del reconocimiento practicado en el acto de la vista no se desprendía que el animal tuviera «afecto alguno hacia» él, habiéndose mostrado «nervioso y temeroso cuando trataba de acariciarlo»<sup>130</sup>.

Por el contrario, se ha considerado prueba de la existencia de una comunidad sobre un perro abandonado, adoptado por dos convivientes, la circunstancia de que ambos tuvieran cartillas

---

<sup>128</sup> SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 10 de julio de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:8157).

La SAP de Málaga (Sección 6ª) de 24 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APMA:2016:2937) considera «intrascendente a los efectos de esta litis la titularidad administrativa del animal» (se discutía sobre la atribución de la posesión de la perra común a los cónyuges).

<sup>129</sup> SAP de Asturias (Sección 4ª) de 21 de junio de 2017 (ECLI:ES:APO:2017:1845).

<sup>130</sup> SJPI de Murcia, nº 4, de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:93).

veterinarias del mismo animal y de que existiesen fotografías que ponían de manifestó la posesión compartida del animal, estableciéndose que la tenencia de la mascota se dividiera entre ellos por periodos sucesivos temporales de seis meses, por aplicación de las normas generales de los arts. 393 y 394 CC, al presumirse la igualdad de las cuotas en la comunidad<sup>131</sup>.

Igualmente, se ha declarado la copropiedad de un perro comprado por ambos convivientes de hecho, valorándose que el precio de compra se había pagado con dinero cargado a nombre de la cuenta bancaria de la mujer; que el hombre figuraba como titular en el sistema de identificación de animal de compañía de la comunidad autónoma; que existían fotografías de ambos con la mascota y que los dos se habían ocupado de pagar los gastos del perro y del cuidado del mismo. Por consiguiente, se ha establecido en favor de los comuneros un período de posesión y disfrute del animal por periodos alternativos de seis meses, con apoyo en el art. 394 CC<sup>132</sup>.

#### 8.4. Distribución igualitaria de los tiempos de convivencia y bienestar del animal

Hay que preguntarse si el modo de proceder de la jurisprudencia, aplicando las normas de los arts. 393, 394 y 398 CC, y, en consecuencia, atribuyendo la tenencia de los animales de compañía a los dos convivientes, por idénticos periodos de tiempo sucesivos, presuponiendo que sus cuotas en la comunidad son idénticas, es adecuado, después de la entrada en vigor de la Ley 17/2021.

A mi parecer, no es ya posible una aplicación mecánica de estas normas, prescindiendo del examen del bienestar del animal, cuya protección es hoy un principio general del Derecho que debe guiar la actuación judicial, principio que tiene su especificidad cuando se trata de mascotas, respecto de las cuales ha de procurarse evitar aquellas relaciones de convivencia que puedan causarles un daño, no sólo ya físico, sino también emocional<sup>133</sup>.

Por lo tanto, deberá valorarse si el reparto igualitario de tiempos de convivencia con la mascota es acorde a dicho principio y, más precisamente, con la sensibilidad del animal; y, si no lo es, habrá de llegarse a otra solución, que sí lo sea: podrá, en mi opinión, acordarse la asignación de su cuidado a uno solo de los comuneros, si la protección de su bienestar así lo exige (por ejemplo, porque muestra hostilidad o rechazo hacia el otro, y, naturalmente, en el caso de que uno de los partícipes lo maltrate)<sup>134</sup>. El juez no puede permitir situaciones posesorias que

<sup>131</sup> SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 10 de febrero de 2011 (ECLI:ES:APBA:2011:104).

<sup>132</sup> SJPI de Valladolid, nº 9, de 27 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:88).

<sup>133</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «El bienestar animal como ser sintiente: un nuevo principio general para el Derecho de los animales», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022, pp. 121-122, afirma certeramente que el bienestar del animal es un principio de orden público y que, como tal, ha de servir «para informar -o inspirar [...] al propio aplicador de la norma ya vigente, reformada o no, tanto si es para interpretarla, como si es para integrar alguna laguna legal [...], aunque ello pueda tener como resultado -interpretativo, siempre- la modificación -extensiva o restrictiva- o incluso la derogación -siempre tácita ex art. 2.2 CC- de la norma en cuestión, siempre que su letra no sea ya conforme a su espíritu, renovado este desde aquel nuevo principio del bienestar animal».

<sup>134</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «El bienestar animal», cit., pp. 122 ss., se interroga extensamente sobre el significado del «bienestar del animal», observando «que no parece que el bienestar del animal tenga que ver, sin más, con su propia vida», «ni siquiera con su propia salud», de modo que, «presupuesta la vida

posibiliten que un copropietario ejerza sus deberes de cuidado de la mascota sin respetar «su cualidad de ser sintiente» (art. 333.2 bis CC) y sus especificidades en cuanto animal de compañía<sup>135</sup>.

Si tras la modificación del art. 404 CC, realizada por la Ley 17/2021, que añade al precepto dos nuevos párrafos, en defecto de acuerdo, la división de la comunidad sobre el animal de compañía ha de realizarse mediante la adjudicación a uno de los partícipes<sup>136</sup>, valorando,

---

-saludable- del animal, su bienestar está más estrechamente relacionado, no con su vida, sino con su sensibilidad».

<sup>135</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Crisis familiares*, cit., se pregunta si en orden a los actos de administración del animal el juez no podría seguir aplicando el art. 398.III CC, «más conjugándolo con los criterios que le otorga el art. 404 CC», en su párrafo tercero, a pesar de reconocer que dicho precepto está pensado para la división.

Estoy de acuerdo en que hay que conjugar la aplicación del art. 398 CC, como también la de los arts. 393 y 394 CC, con los criterios expresados en art. 404.III CC. Pero, a mi parecer, esto no significa que este precepto deba aplicarse, por analogía, para distribuir el cuidado del animal fuera del ámbito de la división de la cosa común, sino que lo que debe aplicarse es el principio general del Derecho del bienestar del animal, en particular, del de compañía, del que son manifestación (entre otras normas) los párrafos segundo y tercero del art. 404 CC: no se trata, pues, de un caso de analogía *legis*, sino de analogía *iuris*; y, por cuanto concierne al criterio del «interés de los dueños», va de suyo que el juez tiene que tenerlo en cuenta al decidir la cuestión del disfrute del animal común.

<sup>136</sup> Con anterioridad a la reforma de 2021, la división de animales de compañía debía realizarse a través de las modalidades previstas en lo que hoy es el art. 404.I CC, de modo, que, en defecto de acuerdo de los comuneros adjudicando el animal a uno de ellos y compensando a los demás, debía proceder a su venta con admisión de licitadores extraños, si así lo pedía uno de los partícipes.

Esta solución, según observa OLIVEIRA OLIVA, *Los animales*, cit., p. 34, «no atendía ni al bienestar ni a la dignidad del animal».

Pero tampoco atendía a lo pretendido por los comuneros, ya que suponía la pérdida para ambos de la propiedad del animal, y, con ella, de su posesión.

En consecuencia los comuneros, interesados en mantener el contacto con la mascota, por lo general, acudían a la acción declarativa del dominio o a la acción reivindicatoria, reclamando para sí la propiedad (y, con ella, la posesión) exclusiva de la mascota; o bien hacían valer su derecho de copropiedad sobre ella, también mediante una acción declarativa de dominio, para obtener un periodo de convivencia con la misma.

Era original la posición mantenida por GARCÍA HERNÁNDEZ, «El animal de compañía como objeto jurídico especial», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 21/2017, p. 85, para la cual la comunidad sobre el animal de compañía era indivisible «pues no puede privarse a ninguno de los comuneros de la mascota sin vulnerar su derecho al libre desarrollo de la personalidad»; y añadía: «Así la comunidad ordinaria habría de persistir pero con una dinámica de disfrute distinta -en lugar de simultáneo, por turnos».

En la actualidad, conforme al nuevo art. 404.II CC, «En caso de animales de compañía, la división no podrá realizarse mediante su venta, salvo acuerdo unánime de todos los dueños», lo que excluye que uno de los comuneros pueda imponer a los otros la venta forzosa del animal con intervención de terceros.

Por lo tanto, a falta de dicho acuerdo unánime, no siendo posible la división material del animal, la única forma de llevarla a cabo será mediante su adjudicación a uno de los partícipes, compensando al resto en metálico (piénsese que hay animales de compañía, como los caballos o algunas razas de perros, que pueden alcanzar un elevado precio).

Sin embargo, Díez ALABART, «De los animales en el Código civil», *Revista de Derecho Privado*, 2022-1, enero/febrero, p. 16, entiende que el precepto parece permitir al juez «decidir el destino del animal adjudicándolo a uno solo de los dueños (...) sin compensación para los demás copropietarios», tesis que no comparto, lo que, a juicio de la autora «contraviene totalmente la esencia de la propiedad».



además de los intereses de los comuneros, el bienestar del animal<sup>137</sup>, no parece que este último pueda dejar de ponderarse para decidir a quién corresponde la tenencia del animal durante la vigencia de la comunidad de bienes<sup>138</sup>; y, dado el proceder de la jurisprudencia, que suele atribuir periodos alternativos de convivencia muy extensos con el animal (por semestres), parece también razonable que quien no lo tiene en su compañía, pueda relacionarse con él para mantener la relación de afecto con la mascota: no se trata aquí de aplicar analógicamente el art. 94 bis CC o el art. 404.III CC, sino el principio general de bienestar del animal (no estamos, pues, ante un caso de analogía *legis*, sino de analogía *iuris*).

Es, pues, correcto que, establecido en favor de los comuneros un período de posesión y disfrute del animal por periodos alternativos de seis meses (*ex art.* 394 CC), se haya previsto un derecho de «comunicación» con él de un fin de semana al mes (desde el viernes por la tarde hasta el domingo tarde), en los periodos en que no se esté en su compañía, mediante el traslado al lugar de residencia de la mascota; como también me parece conforme a la equidad, que se haya dispuesto, además, que los «gastos de atención sanitaria, veterinario, vacunas y otros extraordinarios, serán sufragados al 50 % entre los 2 propietarios, previa justificación documental de los mismos», y los «relativos a comida/peluquería, cada parte asumirá los mismos durante su periodo de posesión»<sup>139</sup>.

## 9. Bibliografía

ARRIBAS ATIENZA, Patricio, «El nuevo tratamiento civil de los animales», *Diario la Ley*, nº, 9136, Sección Tribuna, 9 de Febrero de 2018.

BASTANTE GRANELL, Víctor, «Parejas de hecho y animales de compañía», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022.

BATALLER I RUIZ, Enric, «La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, ¿hasta qué punto es trasunto de la frustrada proposición de ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Popular durante la Legislatura XII (2016-2019)?», *Revista Boliviana de Derecho*, nº 34, julio 2022, pp. 716-731.

CASAS DÍAZ, Laura, y CAMPS I VIDELLET, Xavier, «Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía», *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 10/1, pp. 76-83.

<sup>137</sup> Conforme al art. 404.III CC, introducido también por la Ley 17/2021, «A falta de acuerdo unánime entre los condueños, la autoridad judicial decidirá el destino del animal, teniendo en cuenta el interés de los condueños y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute y cuidado del animal si fuere necesario, así como las cargas asociadas a su cuidado».

<sup>138</sup> CHAPARRO MATAMOROS, «El cuidado», *cit.*, p. 20, entiende que «aun no admitiendo la aplicación analógica con carácter general del art. 94 bis CC a las uniones de hecho, debería valorarse la conveniencia de desplazar el criterio de la titularidad dominical por el del bienestar del animal cuando ello fuere necesario en determinadas circunstancias palmarias (por ejemplo, en caso de maltrato animal)».

<sup>139</sup> SJPI Valladolid, nº 9, 27 mayo 2019, rec. nº 1068/2018 (ECLI:ES:JPI:2019:88).

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España», *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 2021, vol. 12/2, pp. 39-53.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *Crisis familiares y animales domésticos*, 2ª ed., Reus, Madrid, 2022.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «El bienestar animal como ser sintiente: un nuevo principio general para el Derecho de los animales», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «La tenencia de animales domésticos en comunidades de vecinos: una propuesta de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, «El cuidado de los animales domésticos como carga matrimonial», *Diario La Ley*, nº 10529, Sección Tribuna, 19 de Junio de 2024.

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, «Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022.

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, «El cuidado de los animales de compañía en defecto de acuerdo tras la crisis conyugal. Breve comentario al nuevo art. 94 Bis CC», *Familia Sucesiones ICAV*, nº 29, febrero 2024, pp. 14-20.

CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, «La custodia de los animales de compañía en la Ley 17/2021», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, nº 798, pp. 2119-2143.

DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja, «El nuevo estatus jurídico de los animales y su incidencia en los casos de separación y divorcio», *Diario la Ley*, nº 9207, Sección Doctrina, 29 de Mayo de 2018.

DIAS, Cristina, «O divórcio e o destino dos animais de companhia», en *Direito dos animais*, Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, abril 2022.

DÍEZ ALABART, «De los animales en el Código civil», *Revista de Derecho Privado*, 2022-1, enero/febrero, pp. 3-29.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *La Ley 17/2021, sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica*, Reus, Madrid, 2022.

EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz: «El destino de los animales de compañía en las situaciones de crisis familiares», en *Entre persona y familia* (dir. J.R. de Verda y Beamonte), Reus, Madrid, 2023.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro, «Un nuevo estatuto jurídico para las mascotas: *Familienmitglied*», *Actualidad Civil*, nº 2, Febrero de 2022.

GARCÍA MAYO, Manuel, «El concepto de animal doméstico y de compañía», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Joaquina, «El animal de compañía como objeto jurídico especial», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 21/2017, pp. 50-89.

GARCÍA PRESAS, Isabel, «El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios», *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 8 bis, 2018, pp. 124-139.

GIMÉNEZ-CANDELA, Marita, «Estatuto jurídico de los animales en el Código civil. La esperada descosificación animal», *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 2021, vol. 12/2, pp. 7-22.

GONZÁLEZ LACABEX, María, «Maltrato animal y custodia de menores en el artículo 92.7 del Código civil español», *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal*, 10 (2022), pp. 115-135.

LÓPEZ TUR, Teresa, «La guarda y custodia de los animales de compañía», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 18/19, 2021, pp. 73-94.

MORENO MOZO, Fernando, «Animales de compañía y cargas del matrimonio», en *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (dir. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. Manuel García Mayo), Reus, Madrid, 2022.

MORO ALMARAZ, María Jesús, «Las modificaciones en materia de Derecho de Familia por la Ley 7/2021 sobre el régimen jurídico de los animales», *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal*, 10 (2022), pp. 95-114.

OLIVERA OLIVA, Myriam, *Los animales de compañía en las crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel, «Reflexiones en torno a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: la protección de los animales como *seres sintientes*», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 17, agosto 2022, pp. 400-425.

ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel, «El régimen jurídico de los animales domésticos en las crisis familiares», en *GPS Familia* (dir. José Ramón de Verda y Beamonte), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

PASSINHAS, Sandra, «O novo estatuto jurídico dos animais – A questão da colisão de direitos», en *Direito dos animais*, Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, octubre 2019, pp. 67-102.

PEDROSO, Anabela, «Animais e(m) família», en *Direito dos animais*, Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, octubre 2019, pp. 9-34.

PEDROSO GUEDES, Sara Patrícia, «O destino/confiança dos animais de companhia nos casos de separação conjugal», *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Año 18, nº 35, 2021, pp. 41-66.

PEGUERO CARRERO, Beatriz, «Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021 de 15 de diciembre de 2021», *Diario La Ley*, nº 10177, Sección Tribuna, 24 de Noviembre de 2022.

RIBEIRO CARDOSO PEREIRA, Maria Manuela, *O destino dos animais de companhia em caso de dissociação familiar* (tesis de maestría), Coimbra, enero, 2022.

SILLERO CROVETTO, Blanca, «Animales de compañía y crisis matrimoniales: marco normativo y decisiones judiciales», *Diario La Ley*, nº 9532, Sección Doctrina, 5 de Diciembre de 2019.

SIMÕES COSTA, Madalena, *Conceito de bem-estar animal para efeitos da lei nº 8/2017, de 3 de março* (tesis de maestría), Lisboa, 2020.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, y SOSPEDRA BELTRÁN, María Sofía, «Comentarios del régimen jurídico de los animales regulado en la ley 17/2021, de 15 de diciembre», *Aranzadi digital*, nº 1/2021, BIB 2021\5901.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, «Ad art. 1793º A CC», en *Código civil*, Libro IV, *Direito da família* (corr. C. Sottomayor), Anotado, 2ª ed., Almedina, Coímbra, 2022.

TRUJILLO VILLAMOR, Elena, «Vale, aceptamos pulpo como animal de compañía. Una modificación animal del Código Civil», *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2022.

VÁZQUEZ MUIÑA, Tania, «Y Nietzsche ganó la batalla: por fin tenemos una ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles. Crisis familiares y animales de compañía a propósito de la ley 17/2021, de 15 de diciembre», *Revista Boliviana de Derecho*, nº 34, julio 2022, pp. 732-763.

VÁZQUEZ MUIÑA, Tania, «Parejas de hecho y animales de compañía tras la Ley 17/2021, de 15 de diciembre», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 17 bis, diciembre 2022, pp. 2608-2631.

## 10. Jurisprudencia

### 10.1. Jurisprudencia española

*a. Sentencias del Tribunal Supremo*

STS 1015/2914 (Civil) de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4146).

*b. Sentencias de Audiencias Provinciales*

SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 10 de febrero de 2011 (ECLI:ES:APBA:2011:104).

SAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) de 29 de octubre de 2012 (ECLI:ES:APIB:2012:2196).

SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 10 de julio de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:8157).

SAP de Málaga (Sección 6ª) de 24 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APMA:2016:2937).

SAP de Asturias (Sección 4ª) de 21 de junio de 2017 (ECLI:ES:APO:2017:1845).

SAP de Granada (Sección 4ª) de 17 de junio de 2020 (ECLI:ES:APGR:2020:607).

SAP de Toledo (Sección 1ª) de 22 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APTO:2021:1780).

SAP de Asturias (Sección 5ª) de 29 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:34889).

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 28 de enero de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:492).

SAP de La Rioja (Sección 1ª) de 3 de junio de 2022 (ECLI:ES:APLO:2022:246).

SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 15 de junio de 2022 (ECLI:ES:APZ:2022:1374).

SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 13 de junio de 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:1639).

SAP de Córdoba (Sección 1ª) de 14 de octubre de 2022 (ECLI:ES:APCO:2022:769).

SAP de Valencia (Sección 10ª) de 30 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:APV:2022:3953).

SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 12 de enero de 2023 (ECLI:ES:APBI:2023:222).

SAP de Huelva (Sección 2ª) de 23 de febrero de 2023 (ECLI:ES:APH:2023:133).

SAP de Madrid (Sección 24ª) de 16 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:5462).

SAP de León (Sección 1ª) de 21 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APLE:2023:463).

SAP de Asturias (Sección 6ª) de 2 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APO:2023:1498).

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 11 de abril de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:6190).

SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 28 de abril de 2023 (ECLI:ES:APBI:2023:598).

SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 24 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APZ:2023:778).

SAP de Castellón (Sección 4ª) de 7 de junio de 2023 (ECLI:ES:APCS:2023:626).

SAP de León (Sección 1ª) de 15 de junio de 2023 (ECLI:ES:APLE:2023:837).

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 26 de junio de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:10191).

SAP de Málaga (Sección 6ª) de 7 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APMA:2023:4055).

SAP de Alicante (Sección 4ª) de 8 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APA:2023:2526).

SAP de Guadalajara (Sección 1ª) de 23 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APGU:2023:647).

SAP de Madrid (Sección 31ª) de 30 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:18362).

SAP de Madrid (Sección 24ª) de 26 de enero de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:2525).

SAP de Málaga (Sección 6ª) de 10 de enero de 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:466).

SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 11 de enero de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:440).

SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 7 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APZ:2024:634).

SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 21 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:1577).

SAP de Málaga (Sección 6ª) de 27 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:1283).

SAP de Badajoz (Sección 3ª) de 5 de abril de 2024 (ECLI:ES:APBA:2024:463).

SAP de Soria (Sección 1ª) de 8 de abril de 2024 (ECLI:ES:APSO:2024:184).

SAP de Segovia (Sección 1ª) de 9 de abril de 2024 (ECLI:ES:APSG:2024:159).

SAP de Málaga (Sección 6ª) de 17 de abril 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:1246).

*c. Sentencias de Juzgado de Primera Instancia*

SJPI de Madrid, nº 40, de 12 de marzo de 2013 (ECLI:ES:JPI:2013:44).

SJPI de Valladolid, nº 9, de 27 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:88).

SJPI de Murcia, nº 4, de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:93).

SJPI de Madrid, nº 68, de 19 de septiembre de 2024, procedimiento de juicio verbal nº 1014/2023.

## **10.2. Jurisprudencia francesa**

*a. Sentencias de la Corte de Casación*

Cass. (Civil, Sala 1ª) de 20 de noviembre de 2013, nº 12-29.174.

*b. Sentencias de Cortes de Apelación*

CA de Douai (7ª Cámara, Sección 1ª) de 16 de mayo de 2002, *Jurisdata* nº 2002-195626.

CA de Dijon de 15 de junio de 2006, *Gaz. Pal.* 2006 nº 234, p. 13.

CA de Bastia de 15 de enero de 2014, RG nº 12/00848.

CA de Riom (Sección de Familia 2ª) de 28 de junio de 2016, RG nº 15/01277.

CA de Rouen (Sección familia) de 5 de enero de 2017, RG nº 15/04272.

### **10.3. Jurisprudencia portuguesa**

#### *a. Sentencias de Tribunales de Segunda Instancia*

Sentencia R. de Oporto de 29 de abril de 2021, Proceso 2189/20.3T8AVR-A.P1, número convencional JTRP000.

Sentencia R. de Coímbra de 26 de abril de 2022, Proceso 320/23.3T8CTB.C1, nº convencional JTRC.

#### *b. Sentencias de Tribunales de Familia y Menores*

TFM de Mafra de 2 de diciembre de 2019, Processo n.º 540/18.5.T8MFR77.

## The judicial annulment of awards in Spain: A statistical study of 1.229 judgments

### Sumario

-  
*El estudio realiza un análisis estadístico de las 1.229 sentencias dictadas en España -por los Tribunales Superiores de Justicia españoles en la última década 2022-2013- sobre la acción de anulación contra el laudo arbitral, y lo hace desde la doble perspectiva de la eficacia y eficiencia de esta acción: (a) la eficacia, examinando el índice de estimación de las acciones de anulación -y los motivos por los que generalmente se estima dicha anulación-; y (b) la eficiencia, verificando la duración de este procedimiento judicial de anulación de laudos arbitrales. La conclusión alcanzada es altamente positiva a favor del arbitraje, dada la baja tasa de estimación de las demandas de anulación y la celeridad del procedimiento judicial a través del que se resuelven dichas demandas.*

### Abstract

-  
*The study performs a statistical analysis of the 1.229 judgments handed down in Spain -by the Spanish High Courts of Justice in the last decade 2022-2013- on the judicial annulment claim against the arbitration award, and does so from the dual perspective of the effectiveness and efficiency of this claim: (a) effectiveness, by examining the rate at which claims for annulment are upheld -and the grounds on which such annulment is generally upheld; and (b) efficiency, verifying the duration of this judicial procedure for the annulment of arbitration awards. The conclusion reached is highly positive in favor of arbitration, given the low rate of estimation of claims for annulment and the speed of the judicial procedure in which such claims are examined.*

**Título:** *La anulación judicial de laudos en España: estudio estadístico de 1.229 sentencias*

-  
**Palabras clave:** *Anulación de laudos, España, Tribunales Superiores de Justicia, análisis estadístico*

**Keywords:** *Annulment of awards, Spain, High Courts of Justice, statistical analysis*

-  
**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i4.02



4.2024

Recepción  
22/7/2024

-  
Aceptación  
4/10/2024

## Summary

-

**1. Introduction: five topics in Spanish arbitration**

**2. On the well-known exceptional nature of the action for annulment of the award**

**3. Study of the area of judicial annulment claims against the arbitration award in Spain**

3.1. Duration of legal proceedings for the annulment of an award

3.2. Degree of judicial review of annulment action

3.3. Grounds for granting the action for annulment

**4. Conclusions**

**5. Appendices**

5.1. Judgements by year and Spanish Superior Court of Justice


5.2. Average duration of proceedings to set aside awards

5.3. Degree of judicial recognition of actions for annulment in Spanish High Courts of Justice

5.4. Degree of judicial estimation of the annulment action by year

**6. Bibliography**

-

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

## 1. Introduction: five topics in Spanish arbitration\*

This study statistically analyses one of the great topics in Spanish arbitration. Specifically, that which affects the effectiveness and efficiency of the judicial annulment of arbitration awards in Spain. Briefly, arbitration is characterised by the following five main features:

First, is a method of conflict resolution that is constitutionally valid<sup>1</sup>.

Second, it is subject only to the free will of the parties, both as to its initiation and conclusion, and as to the manner in which its procedural course is determined<sup>2</sup>.

Third, the national procedural rules (LEC, LOPJ, etc.) are not directly applicable to it<sup>3</sup>.

Fourth, the award terminating it is not subject to appeal before the courts<sup>4</sup>.

---

\* This work is part of the recognised, consolidated and funded research Group «Challenges of Procedural Law» (2021SGR00991) of the AGAUR, and of the R&D Project «New Technological Challenges in Evidence Law» (PID2020-115304GB-C21) of the Spanish Ministry of Science and Innovation. The author would like to thank Professor Carlos de Miranda Vázquez for his help in carrying out this study and for his wise observations, which have undoubtedly enriched the final result of the work.

Abbreviations: art. article; EC: Spanish Constitution; HCJ: High Court of Justice; LA: Spanish Arbitration Act; LEC: Spanish Civil Procedure Act; LGDCU: General Law for the Defence of Consumers and Users in Spain; UNCITRAL ML: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; LOPJ: Organic Law of the Judiciary; S: judgement; SS: judgements; STC: judgement of the Spanish Constitutional Court; STS: judgement of the Spanish Supreme Court; SHCJ: judgement of the High Court of Justice; and TC: Spanish Constitutional Court; TS: Spanish Supreme Court.

<sup>1</sup> In general, on the constitutionality of arbitration, FERRERES COMELLA, *The Constitution of Arbitration*, Cambridge University Press, 2021, is fundamental. And with regard to arbitration in the Spanish case, STC 174/1995, of 23 November, is very categorical when it states that: «[...] the arbitration institution is compatible with the Constitution [...] without doubt, it is, and we have recognised this in Rulings 43/1988, 233/1988 and 288/1993». And, from this perspective, the TC consistently repeats that arbitration is a «jurisdictional equivalent» to state judicial proceedings. The aforementioned STC 174/1995, of 23 November, considers «arbitration to be a jurisdictional equivalent, by means of which the parties can obtain the same objectives as with civil jurisdiction (that is, by obtaining a decision that puts an end to the conflict with all the effects of *res judicata*)». Subsequently, it has been clarified that this equating of arbitration as a jurisdictional equivalent «must be understood only in reference to the equivalence of its effects in terms of *res judicata* and enforceability» (SSTC 79/2022, of 27 June; and 50/2022, of 4 April).

<sup>2</sup> In this sense, the aforementioned STC 174/1995 stresses the idea that: «arbitration is a means for the resolution of conflicts based on the autonomy of the will of the parties, implying a renunciation of state jurisdiction by the arbitrator or arbitrators»; and STC 176/1996 insists that arbitration is a «heteronomous means of settling disputes which is based on the autonomy of the will». Consequently, the basis of arbitration must be sought in the right to freedom of art. 10 EC. Thus, STC 79/2022, of 27 June, emphasises that the basis of arbitration «is none other than the autonomy of will ex art. 10.1 CE».

<sup>3</sup> In this order of ideas, for example, the SHCJ of Madrid 77/2021 of December 10th is very clear when it states: «Regardless of even the international nature of the arbitration followed, it is clear that subjection to the precepts and institutions of our Civil Procedure Act cannot be claimed, as then, evidently, this would over complicate the arbitration procedure, making it an authentic exercise *contra natura*, denaturing the flexibility inherent to this channel and submitting to procedural rigidity which, precisely, is one of the aspects that tries to be oriented in the alternative mode of dispute resolution in which arbitration (whether domestic or international) consists.»

<sup>4</sup> By mandate of art. 43 LA, according to which: «The award has the effect of *res judicata* and only an action for annulment may be brought against it».

Fifth, a legal action for annulment can only be brought against such an award in a very exceptional manner<sup>5</sup>. And, in order to ensure the maximum effectiveness of the arbitration, such action should not succeed.

As I indicated earlier, our study is going to focus on the fifth topic, on the analysis of the degree of efficiency and effectiveness of the judicial claims for annulment of awards. And we will do so by examining all the judgments handed down in award annulment proceedings by the Spanish SHCJs in the decade 2013-2022<sup>6</sup>, namely 1.229 judgments<sup>7</sup>.

The final objective of the study is to statistically verify the reality of the judicial proceedings for the annulment of awards in Spain from the perspective of their duration and effectiveness.

## **2. On the well-known exceptional nature of the action for annulment of the award**

The action for annulment of the award is legally and jurisprudentially configured as an exceptional mechanism of judicial control to guarantee solely and exclusively that the arbitration procedure complies with the provisions of its rules and respects the essential inalienable principles guaranteed constitutionally or admitted internationally. This exceptionality translates into: (a) the impossibility for the court to review the establishment of the proven facts and the application of substantive law in this action, so that it cannot, in any case, be considered a second instance of judgment<sup>8</sup>; and (b) the limited nature of the legal grounds for such an action, which must therefore be interpreted restrictively.

From the legal perspective, both at the international and domestic level, we find this restrictive regulation of the action for annulment of the award:

- a) At the international level, art. 34 UNCITRAL ML provides for the so-called «Application for setting aside recourse against arbitral award» in a very exceptional manner, with a very short expiry period (three months) and only on the grounds specifically provided for in the aforementioned rule. And recently, the «Ibero-American Model Law on Commercial Arbitration», approved on 18 May 2023 by the General Assembly of the Ibero-American Institute of Procedural Law, also provides for the so-called «setting aside recourse against the award» in art. 50, which can only be based on the grounds set out in art. 52.

---

<sup>5</sup> Only on the grounds specified in art. 41 LA, i.e. to denounce defects in the valid constitution of the arbitration tribunal, fundamental defects in the conduct of the arbitration proceedings (infringement of the principles of equality, defence and contradiction) or infringement of constitutional public order.

<sup>6</sup> Since 2011 (with the reform of the LA by Law 11/2011 of May 20th), the HCJs have had sole authority to rule on actions for annulment of awards rendered in their area of jurisdiction (art. 8.5 LA).

<sup>7</sup> The High Courts that handed down the most rulings were those of Madrid, with 536; Galicia, with 127; Andalusia, with 113; Catalonia, with 112; and the Basque Country, with 75. The judgments have been obtained from two legal databases: CENDOJ and ARANZADI-LA LEY. All judgments of these High Courts correspond to their civil and criminal chambers.

<sup>8</sup> SSTC 79/2022, of 27 June; 50/2022, of 4 April; 65/2021, of 15 March; 55/2021, of 15 March; 17/2021, of 15 February; and 46/2020, of 15 June, and, similarly, cf. SSTC 76/2012, of 16 April; 65/2009, of 9 March; and 9/2005, of 17 January.

- b) And at the Spanish domestic level, art. 40 LA establishes «*Judicial annulment claim against the arbitration award*: an action for annulment may be brought against a final award under the terms provided for in this title»; and the following article establishes the grounds for annulment of the award (which coincide with those established in the aforementioned art. 34 UNCITRAL ML).

And this exceptional nature is consistently reiterated by the case law of the TC: «such control has a very limited content and does not allow a review of the merits of the matter decided by the arbitrator, nor should it be considered as a second instance, able to be based exclusively on the grounds set forth in the law, and none of them - not even those relating to public order - can be interpreted in such a way as to subvert this limitation.»

Finally, at this point we must emphasise the existence of two common elements in arbitration legislation around the world: (a) the provision of a brief (quick) judicial procedure in which to debate the possible annulment of the award; and (b) its processing before a court at the highest jurisdictional level of the country. Both circumstances are present in Spain: (a) the «oral trial», which is the judicial procedure in which the annulment of the award is discussed (art. 42 LA)<sup>9</sup>; and (b) the court competent to rule on this judicial request is the High Court of Justice of the Autonomous Community where the award was made (art. 8.5 LA)<sup>10</sup>.

### 3. Study of the area of judicial annulment claims against the arbitration award in Spain

This study will analyse two parameters of the effectiveness of the annulment of the award: (a) the average duration of the annulment proceedings - in relation to the time legally provided for; and (b) the degree of judicial recognition of the annulment action - as well as the most frequent grounds for the recognition of the annulment of the award.

#### 3.1. Duration of legal proceedings for the annulment of an award

As indicated above, the claim for annulment of an award is dealt with by the simplest ordinary procedure provided for in Spanish law, namely the oral trial, with some minor particularities (art. 42 LA).

The average duration, in general, of oral trials in Spain, according to statistics provided by the General Council of the Judiciary, was 8.9 months in 2022 (and 9.6 months in both 2021 and 2020)<sup>11</sup>. And the average duration of oral proceedings involving an application to set aside an award was 3.4 months in 2022, 5 months in 2021 and 6 months in 2020<sup>12</sup>.

Two conclusions can be drawn from this statistical data: (a) the duration of oral proceedings to resolve an application for annulment of an award is significantly shorter than the average

<sup>9</sup> This is the shortest and quickest Spanish civil judicial procedure.

<sup>10</sup> There are 17 HCs, as Spain is territorially divided into 17 Autonomous Communities.

<sup>11</sup> Source: Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 2023 (corresponding to the year 2022), p. 461 [cfr <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPI/Memorias/Memoria-anual-2023--correspondiente-al-ejercicio-2022->]. Accessed on: 11-04-2024.

<sup>12</sup> See Appendix 5.2 for overall data.

duration of oral proceedings in any Spanish court (this is undoubtedly due to two factors: firstly, that this procedure is resolved by a court with few judicial powers, which means that it has more time than the rest of the state courts, which are more overloaded with work, and secondly, that in ordinary oral proceedings, on most occasions, there is a hearing for the taking of evidence, a hearing that normally does not take place in oral proceedings to annul awards because the only evidence is usually documentary evidence); and (b) in three years it has been possible to reduce the duration of oral proceedings to annul awards by almost half.

Years	Oral proceedings (declaratory)	Oral proceedings (for annulment of an award)
2022	8.9 months	3.4 months
2021	9.6 months	5 months
2020	9.6 months	6 months

Table 1 (prepared by the author)

If we analyse the average duration of award annulment proceedings in the period 2022-2013, we observe that those with the longest durations are the High Court of Madrid (258 days) and the High Court of Catalonia—based in Barcelona—(256 days); and those with the shortest durations are the High Court of La Rioja (93 days) and the High Court of Extremadura (96 days)<sup>13</sup>. This is due to the fact that the HCJs of Madrid and Catalonia hear substantially more applications for annulment of awards than the other two HCJs<sup>14</sup>.

HCJ	Duration (2022)
HCJ of Madrid	258 days
HCJ of Catalonia	256 days
HCJ of Extremadura	96 days
HCJ of La Rioja	93 days

Table 2 (prepared by the author)

### 3.2. Degree of judicial review of annulment action

Of the 1.229 rulings handed down by all the Spanish High Courts analysed in this study, 301 upheld the claim and declared the award null and void, which represents 24.5% of the rulings<sup>15</sup>. By year, we note a favourable trend towards the dismissal of actions to set aside awards in the last four years (in 2019, 64.8% of applications filed; in 2020, 71.6%; in 2021, 82%; and in 2022, 83.5%)<sup>16</sup>.

	Years			
	2022	2021	2020	2019
<b>Judgments</b>	97	121	74	91
Dismissal	81 (83.5 %)	99 (82 %)	53 (71.6 %)	59 (64.8 %)

<sup>13</sup> See Appendix 5.2 for overall data.

<sup>14</sup> The number of judgments on annulment of awards in the HCJ of Madrid was 536 and in the HCJ of Catalonia 112, while the HCJ of Extremadura and La Rioja handed down only 11 and 3 judgments respectively.

<sup>15</sup> See Appendix 5.3 for overall data.

<sup>16</sup> See Appendix 5.4 for overall data.

Upholding	16 (16.5 %)	22 (18%)	21 (28.4 %)	32 (35.2 %)
-----------	----------------	-------------	----------------	----------------

Table 3 (prepared by the author)

And of the five most important High Courts in Spain, in terms of the volume of judgments they have handed down, the one with the highest number of upheld judgments is Galicia (with 36.2% of its judgments), followed by Madrid (with 26.5%), Andalusia (with 23.9%), Catalonia (with 17%) and, finally, the Basque Country (with only 14.7%)<sup>17</sup>.

Specifically, these are the data obtained by HCJs in the period 2022-2013<sup>18</sup>.

HCJ	Judgments	
	Dismissal	Upholding
<b>A</b> (113)	86 (76.1 %)	27 (23.9 %)
<b>Ar</b> (12)	9 (75 %)	3 (25 %)
<b>C</b> (112)	93 (83%)	19 (17%)
<b>Can</b> (33)	26 (78.8 %)	7(21.2 %)
<b>Cant</b> (2)	1 (50 %)	1 (50 %)
<b>CL</b> (22)	5 (81.5 %)	27 (18.5 %)
<b>CLM</b> (23)	3 (88.5 %)	23 (11.5 %)
<b>CV</b> (56)	47 (83.9 %)	9 (16.1 %)
<b>E</b> (11)	7 (63.6 %)	4 (36.4 %)
<b>G</b> (127)	81 (63.8 %)	46 (36.2 %)
<b>IB</b> (19)	16 (84.2 %)	3 (15.8 %)
<b>LR</b> (3)	2 (66.7 %)	1 (33.3 %)
<b>M</b> (536)	394 (73.5 %)	142 (26.5 %)
<b>N</b> (11)	8 (72.7 %)	3 (27.3 %)
<b>PA</b> (21)	13 (61.9 %)	8 (38.1 %)
<b>PV</b> (75)	64 (85.3 %)	11 (14.7 %)
<b>RM</b> (45)	36 (80 %)	9 (20 %)

Table 4 (prepared by the author)

In order to evaluate the effectiveness of this action, we will take as a comparative element the degree to which the action for the judicial annulment of final judgements (known in Spain as the «review of final judgements») has been upheld<sup>19</sup>, as both serve to attack the *res judicata* of the final decision (award or judgement) and are decided by courts that are the pinnacles of the Spanish judicial organisational system<sup>20- 21</sup>. Continuing with the previous criterion, if we take the

<sup>17</sup> The first was the HCJ of Castilla La Mancha, as only 11.5% of its rulings upheld claims for annulment of awards.

<sup>18</sup> Abbreviations in the following table: A: Andalucía; Ar: Aragón; Can: Canarias; Cant: Cantabria; C: Cataluña; CL: Castilla y León; CLM: Castilla La Mancha; CV: Comunitat Valenciana; E: Extremadura; G: Galicia; IB: Illes Balears; LR: La Rioja; M: Madrid; N: Navarra; PA: Principado de Asturias; PV: País Vasco; and RM: Región de Murcia.

<sup>19</sup> Regulated in arts. 509 to 516 LEC.

<sup>20</sup> The courts competent to rule on the action for annulment of final judgments may be the TS or the HCJ (art. 509 LEC).

<sup>21</sup> In addition, and with respect to judgments, in Spain there are two other extraordinary judicial remedies for denouncing vices or defects similar to those foreseen for the annulment of the award: (a) the «action for rescission

last four years as a reference, we come to the conclusion that relatively fewer awards are annulled than final judgments, which reaffirms the effectiveness of arbitration. Specifically, the data are as follows:

Dismissal judgements	2022	2021	2020	2019
Annulment of awards	97 (83.5%)	121 (82 %)	74 (71.6 %)	91 (64.8 %)
Review of final judgments	25 <sup>22</sup> (56 %)	19 <sup>23</sup> (78.9 %)	9 <sup>24</sup> (33.3 %)	20 <sup>25</sup> (40 %)

Table 5 (prepared by the author)

### 3.3. Grounds for granting the action for annulment

It should be made clear that we are not going to refer here to the grounds most frequently invoked in applications for annulment of awards (since it is impossible to know them), but to the specific grounds on which the courts base their decisions to uphold such applications.

These grounds are those that appear exhaustively in art. 41.1 LA and, in general terms, coincide with those of art. 34 UNCITRAL ML.

The statistics are clear: out of the upheld judgments, the most frequently used reason is breach of public policy (art. 41.1.f LA), with 47.99%, far ahead of the rest. This is followed, by a considerable distance, by the non-existence or invalidity of the agreement (art. 41.1.a LA) with 17.95%, deficiencies in the procedural acts of communication (art. 41.1.b LA) with 16.85%, the decision on matters not subject to arbitration (art. 41.1.e LA) with 8.42%. Very discreetly present are the reasons relating to the appointment of the arbitrator or the conduct of the proceedings contrary to what was agreed (art. 41.1.d LA) with 5.13% and the arbitrators exceeding the scope of the decision entrusted to them (art. 41.1.c LA) with 3.66%.

Reason for estimation	Number of judgments
Art. 41.1.a LA	49 (17.95 %)
Art. 41.1.b LA	46 (16.85 %)
Art. 41.1.c LA	10 (3.66 %)
Art. 41.1.d LA	14 (5.13 %)
Art. 41.1.e LA	23 (8.42 %)

of a final judgment at the request of the defendant» (arts. 501 to 505 LEC); and (b) the «appeal in cassation» to denounce procedural infringements provided that there is «interest in the case for the court to hear the case» (art. 477.2 LEC). However, it is impossible to analyse the degree to which the claim (in the first case) or the appeal (in the second) is upheld, since the claim for rescission of a final judgment at the request of the defaulting party is brought before the same court that handed down the judgment in absentia, and there is no statistical data on the number of this type of claim; and with regard to appeals in cassation, the official statistics do not differentiate between when the appeal is based on infringement of substantive or procedural rules, so it is very difficult to know how many appeals are successful only on the grounds of infringement of procedural rules.

<sup>22</sup> 24 from the TS and 1 from the HCJ of Catalonia.

<sup>23</sup> All from the TS.

<sup>24</sup> 8 of the TS and 1 of the HCJ of Galicia.

<sup>25</sup> 19 of the TS and 1 of the HCS of Catalonia.

Art. 41.1.f LA	131 (47.99 %)
----------------	---------------

Table 6 (prepared by the author)

We will now highlight the main assumptions that make up each of the grounds for estimation:

- a) The first ground (art. 41.1.a LA) is: «That the arbitration agreement does not exist or is invalid.» Obviously, an award based on a non-existent or invalid arbitration agreement renders it null and void. The casuistry is very diverse, and here we find cases of invalidity of said agreement for being drafted «in excessively small print, which makes it difficult to read, and in an unintelligible and rambling manner»<sup>26</sup>, or for not including the signature of the arbitrator or the arbitrator's representative, or the signature of the party to the agreement is lacking<sup>27</sup> or is forged<sup>28</sup>. The arbitration clause must be «patent, perceptible, clear and conclusive», although it is not essential for it to be explicit, as it can be deduced from unequivocal and conclusive acts, otherwise in *dubio pro Iurisdictione*<sup>29</sup>. Similarly, the submission to arbitration may be made by reference, i.e. in documents which do not contain the arbitration agreement but which are closely related to others in which the AC does appear<sup>30</sup>, or refer in their interpretation to another document containing the arbitration clause<sup>31</sup>. The problem of submission to arbitration in «adhesion» contracts arises here. Is it possible? It is not in the realm of consumer contracts, and thus the arbitration clause is considered unfair, unless it is in favour of consumer arbitration (arts. 10, 57.4, 80, and 90.1 LGDCU; and 9.2 LA). And between entrepreneurs or competitors, the arbitration clause could also be considered unfair if there is evidence of a «significant imbalance imposed between the parties», and an «abuse of a dominant position», that is to say, one that violates the principle of equality between the parties<sup>32</sup>.
- b) The second ground (art. 41.1.b LA) is: «That the arbitrator has not been duly notified of the appointment or of the arbitral proceedings, or has not been able, for any other reason, to assert his rights.» Logically, for the arbitration to be valid, it is essential that the parties have been duly notified of the appointment of the arbitrator<sup>33</sup>.
- c) The third ground (art. 41.1.c LA) is: «That the arbitrators have ruled on issues not submitted to their decision». Normally, Spanish courts tend to examine this problem as the last of the grounds, on the basis that the award infringes «public policy», since the arbitrator's exceeding of his powers means that his award is incoherent.
- d) The fourth ground (art. 41.1.d LA) is: «That the appointment of the arbitrators or the arbitration procedure has not been in accordance with the agreement between the

<sup>26</sup> SHCJ of Madrid 18/2020, of 30 June.

<sup>27</sup> SHCJ of Catalonia 25/2022, of 13 May; or SHCJ of Madrid 18/2020 of 30 June.

<sup>28</sup> SHCJ of Madrid 26/2020, of 10 November.

<sup>29</sup> SHCJs of Madrid 28/2019, of 12 September and 75/2016, of 13 December.

<sup>30</sup> SHCJ of Catalonia 9/2014, of 6 February.

<sup>31</sup> SHCJ of Catalonia C 41/2012, of 28 June.

<sup>32</sup> SHCJs of Madrid 29/2019, of 12 September, 50/2016, of 28 June, 47/2014, of 16 July, 42/2014, of 25 June and 22/2014, of 29 April; or SHCJ of Catalonia 69/2012, of 19 November.

<sup>33</sup> As well as substitution of the same (SHCJ of Madrid 20/2020, of 2 October).



parties, unless such agreement was contrary to a mandatory rule of this Law, or, in the absence of such agreement, that they have not been in accordance with this Law.» The arbitration procedure or the procedure for appointing the arbitrator is not subject to any restrictions and can be very simple, as long as the principles of equality and contradiction are respected<sup>34</sup>. The number of arbitrators is fundamental in the functioning of arbitration, as it must always be an «odd number» by mandate of art. 12.1 LA, so that the award is null and void if, taking advantage of the non-appearance of one arbitrator, the other two arbitrators make the ruling<sup>35</sup>, and is also null and void if rendered by four arbitrators or another even number (despite the will of the parties or the rules of the arbitral tribunal)<sup>36</sup>.

- e) The fifth ground (art. 41.1.e LA) is: «That the arbitrators have ruled on matters not subject to arbitration.» And, in this regard, art. 2 LA establishes that the matters subject to arbitration are all those «freely disposable according to law».<sup>37</sup> Consequently, if the award rules beyond this sphere of competence, it will be null and void.
- f) And, finally, the sixth ground (art. 41.1.f LA), and the one most frequently used by the courts to annul awards is: «That the award is contrary to public policy.» The «public order» is an indeterminate legal concept in which case law includes, in addition to the fundamental rights of the EC, the «set of essential principles and rules that inspire the political, social and economic organisation» of Spain<sup>38</sup>. The most frequent cases of breach of public policy are: violation of the due independence or impartiality of the arbitrator<sup>39</sup>; breach of the principle of equality between the parties<sup>40</sup>; the complete lack

---

<sup>34</sup> SHCJ of Catalonia 29/2020, of 13 October.

<sup>35</sup> SHCJ of Madrid 23/2019, of 28 June.

<sup>36</sup> SHCJs of Madrid 36/2020 of 23 December, 25/2019 of 2 July, 9/2019 of 11 March, 8/2019 of 8 March and 1/2019 of 2 January.

<sup>37</sup> However, when the arbitration is international and one of the parties is a state (or a company, organisation or enterprise controlled by a state), it cannot invoke the prerogatives of its own law to avoid the obligations arising from the arbitration agreement (art. 2.2 LA).

<sup>38</sup> SSTC 17/2021 of 15 February and 46/2020 of 15 June; SHCJs of Catalonia 17/2020 of 9 June, 2/2019 of 14 January and 96/2016 of 28 November; or SHCJs of Madrid 32/2020 of 15 December and 26/2016 of 1 March.

<sup>39</sup> SHCJs of Madrid 49/2020, 16 September; 28/2019, of 12 September; 6/2019, of 18 February; 5/2019, of 15 February; and 76/2016, of 13 December; and SHCJs of Catalonia 36/2020, of 4 November; 32/2020, of 20 October; 38/2019, of 23 May; 50/2014, of 14 July; 78/2012, of 13 December; 69/2012, of 19 November; or 29/2012, of 10 May.

<sup>40</sup> SHCJs of Madrid 29/2019 of 12 September, 6/2019 of 18 February, 52/2016 of 5 July and 47/2014 of 16 June.

of motivation<sup>41-42</sup> or coherence of the award<sup>43</sup>; the indefensibility of one of the parties;<sup>44</sup> and the infringement of the right to the use of evidence appropriate to their defence<sup>45</sup>.

#### 4. Conclusions

The rate of judicial annulment of awards, which has been decreasing in recent years, is low: a mere 16.5% of the claims filed is not a high figure compared to, for example, annulments of final court judgments (review action), which have a rate of 44%, i.e. almost three times as many annulments. As a result, arbitration is still much more effective than state courts, as its decisions are less frequently overturned than those of state courts. Even so, it would be a positive development for arbitration if the rate of annulment of awards were to continue to fall (as it seems to be looking at the evolution of annulments in the last four years: from 2018 to 2022).

Moreover, the procedure for annulment of awards is efficient as, in practice, it is fast-tracked: 161 days is very little time if we take into account that (a) the judgment is delivered by a court at the highest jurisdictional level in Spain (a High Court of Justice) and (b) it takes almost one third of the time it takes to obtain the annulment of final court judgments.

#### 5. Appendices

##### 5.1. Judgments by year and Spanish Superior Court of Justice

YEAR	A	AR	C	CAN	CANT	CL
2022	5	3	17	7	0	0
2021	12	1	11	4	0	6
2020	12	0	10	2	0	1
2019	3	2	5	2	0	4
2018	12	0	9	1	0	3
2017	10	2	8	6	0	3
2016	17	2	12	3	0	3
2015	13	0	12	3	0	4
2014	17	1	15	1	0	0
2013	12	1	13	4	2	3
<b>TOTAL</b>	<b>113</b>	<b>12</b>	<b>112</b>	<b>33</b>	<b>2</b>	<b>27</b>

<sup>41</sup> STC 17/2021, of 15 February; SHCJs of Madrid 4/2020, of 8 January; 52/2016, of 5 July; 46/2016, of 2 June; 4/2014, of 7 February; and SHCJ of Catalonia 50/2014, of 14 July.

<sup>42</sup> Consequently, it is not possible to allege: (1) the erroneous application of the substantive law, (2) the greater or lesser correctness of the award, or (3) the correct or incorrect interpretation of the legal rules (STC 17/2021, of 15 February; SHCJs of Catalonia 32/2020, of 20 October; 38/2019, of 23 May; 9/2019, of 11 February; 6/2019, of 18 February; and SHCJs of Madrid 6/2020, of 4 February; 4/2020, of 8 January; 30/2019, of 12 September; 29/2019, of 12 September; 27/2019, of 19 July).

<sup>43</sup> SHCJ of Catalonia 6/2022, of 31 January; and SHCJs of Madrid 29/2020, of 19 November; 48/2016, of 15 June and 15/2016, of 9 February.

<sup>44</sup> SHCJs of Madrid 12/2020 of 3 March, 18/2014 of 1 April, 10/2014 of 24 February and 7/2014 of 17 February.

<sup>45</sup> When the undue inadmissibility of evidence absolutely fundamental to accrediting the disputed fact, and of «decisive influence» for the award, is alleged and reasoned (SHCJs of Catalonia 17/2020, of 9 June; 64/2019, of 17 December; 37/2014, of 22 May; and SHCJs of Madrid 77/2016, of 20 December; 25/2016, of 1 March; 15/2016, of 9 February; 33/2014, of 3 June and 30/2014, of 22 May).

YEAR	CLM	CV	E	G	IB	LR
2022	3	0	3	0	2	0
2021	5	1	1	8	1	0
2020	2	2	2	7	1	0
2019	4	3	2	12	3	1
2018	1	0	0	9	0	0
2017	0	15	0	5	3	2
2016	6	7	1	13	3	0
2015	1	11	0	38	1	0
2014	1	13	1	24	2	0
2013	3	4	1	11	3	0
<b>TOTAL</b>	<b>26</b>	<b>56</b>	<b>11</b>	<b>127</b>	<b>19</b>	<b>3</b>

YEAR	M	N	PA	PV	RM	TOTAL
2022	40	0	5	9	3	97
2021	64	0	1	5	1	121
2020	22	2	1	6	5	75
2019	33	2	1	8	6	91
2018	36	0	5	4	4	84
2017	56	1	3	9	2	125
2016	57	1	1	8	8	142
2015	77	1	1	10	3	175
2014	66	2	3	9	8	163
2013	85	2	0	7	5	156
<b>TOTAL</b>	<b>536</b>	<b>11</b>	<b>21</b>	<b>75</b>	<b>45</b>	<b>1229</b>

## 5.2. Average duration of proceedings to set aside awards

YEAR	A	AR	C	CAN	CANT	CL
2022	121	228	208	210	0	0
2021	189	210	233	190	0	124
2020	238	0	365	165	0	147
2019	116	178	185	404	0	142
2018	122	0	193	124	0	140
2017	155	254	263	130	0	107
2016	137	148	313	184	0	164
2015	131	0	236	106	0	119
2014	158	131	279	231	0	0
2013	152	161	280	206	155	114
<b>TOTAL</b>	<b>152</b>	<b>174</b>	<b>256</b>	<b>195</b>	<b>155</b>	<b>106</b>

YEAR	CLM	CV	E	G	IB	LR
2022	187	0	116	0	95	0
2021	167	87	104	242	268	0
2020	199	236	177	273	283	0
2019	224	248	198	204	126	0
2018	234	0	0	274	0	98
2017	0	140	0	204	115	0
2016	158	173	176	186	187	91
2015	94	145	0	173	196	0
2014	90	166	101	204	160	0
2013	195	180	90	216	109	0
<b>TOTAL</b>	<b>179</b>	<b>138</b>	<b>96</b>	<b>198</b>	<b>154</b>	<b>93</b>

YEAR	M	N	PA	PV	RM	AVERAGE
2022	186	0	107	104	179	102
2021	311	0	128	112	179	150
2020	327	103	115	135	317	181
2019	251	144	174	157	277	178
2018	227	0	136	114	219	111
2017	190	53	119	142	237	124
2016	216	143	42	119	168	153
2015	264	193	221	138	195	130
2014	300	122	220	196	204	151
2013	303	399	0	109	161	166
<b>TOTAL</b>	<b>258</b>	<b>116</b>	<b>126</b>	<b>133</b>	<b>206</b>	<b>161</b>

### 5.3. Degree of judicial recognition of actions for annulment in Spanish High Courts of Justice

YEAR	A		AR		C		CAN		CANT		CL	
	NO	YES	NO	YES	NO	YES	NO	YES	NO	YES	NO	YES
2022	3	2	2	1	13	4	6	1	0	0	0	0
2021	10	2	1	0	10	1	4	0	0	0	3	3
2020	10	2	0	0	9	1	2	0	0	0	1	0
2019	3	0	1	1	2	3	2	0	0	0	2	2
2018	8	4	0	0	8	1	1	0	0	0	3	0
2017	10	0	1	1	7	1	4	2	0	0	3	0
2016	15	2	2	0	11	1	2	1	0	0	3	0
2015	6	7	0	0	11	1	2	1	0	0	4	0
2014	12	5	1	0	13	2	0	1	0	0	0	0
2013	9	3	1	0	9	4	3	1	1	1	3	1
<b>TOTAL</b>	<b>86</b>	<b>27</b>	<b>9</b>	<b>3</b>	<b>93</b>	<b>19</b>	<b>26</b>	<b>7</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>22</b>	<b>5</b>

YEAR	CLM		CV		E		G		IB		LR	
	NO	YES	NO	YES	NO	YES	NO	YES	NO	YES	NO	YES
2022	3	0	0	0	3	0	0	0	1	1	0	0
2021	5	0	1	0	0	1	6	2	1	0	0	0
2020	1	1	2	0	1	1	6	1	1	0	0	0
2019	3	1	3	0	2	0	7	5	3	0	1	0
2018	1	0	0	0	0	0	9	0	0	0	0	0
2017	0	0	15	0	0	0	5	0	3	0	1	1
2016	6	0	6	1	0	1	9	4	1	2	0	0
2015	1	0	7	4	0	0	13	25	1	0	0	0
2014	1	0	10	3	0	1	19	5	2	0	0	0
2013	2	1	3	1	1	0	7	4	3	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>23</b>	<b>3</b>	<b>47</b>	<b>9</b>	<b>7</b>	<b>4</b>	<b>81</b>	<b>46</b>	<b>16</b>	<b>3</b>	<b>2</b>	<b>1</b>

YEAR	M		N		PA		PV		RM	
	NO	YES	NO	YES	NO	YES	NO	YES	NO	YES
2022	36	4	0	0	4	1	9	0	1	2
2021	53	11	0	0	0	1	4	1	1	0
2020	10	12	1	1	0	0	6	0	3	2
2019	18	15	2	0	0	1	6	2	4	2
2018	26	10	0	0	2	3	4	0	3	1
2017	31	25	1	0	2	1	8	1	2	0
2016	40	17	1	0	1	1	6	2	6	2
2015	54	23	0	1	1	0	6	4	3	0
2014	53	13	1	1	3	0	9	0	8	0
2013	73	12	2	0	0	0	6	1	5	0
<b>TOTAL</b>	<b>394</b>	<b>142</b>	<b>8</b>	<b>3</b>	<b>13</b>	<b>8</b>	<b>64</b>	<b>11</b>	<b>36</b>	<b>9</b>

#### 5.4. Degree of judicial estimation of the annulment action by year

	2022	2021	2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
<b>Judgments</b>	97	121	74	91	84	125	143	175	163	156
<b>Dismissal</b>	81 (83,5 %)	99 (82 %)	53 (71,6 %)	59 (64,8 %)	65 (77,4 %)	93 (74,4 %)	109 (76,2 %)	109 (62,3 %)	132 (81 %)	128 (82 %)
<b>Upholding</b>	16 (16,5 %)	22 (18%)	21 (28,4 %)	32 (35,2 %)	19 (22,6 %)	32 (25,6 %)	34 (23,8 %)	66 (37,7 %)	31 (19 %)	28 (18 %)

## 6. Bibliography

For the consultation of studies about the judicial annulment of awards in Spain see:

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La anulación del laudo arbitral: el proceso arbitral y su impugnación*, Comares, Granada, 1996.

CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup> Pía, «La geometría en el diseño de la acción de anulación ¿una figura por completar?», en ARIAS, David (ed.), *Miguel Ángel Fernández-Ballesteros. Liber amicorum*, T.I, CEIA-La Ley, Madrid, 2024, pp. 373-425.

CAMPO CANDELAS, Jesús, *La anulación del laudo por infracción del orden público*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2019.

ESCANDÓN VALVIDARES, Eduardo, «El concepto de orden público como causa de nulidad del laudo arbitral», *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 12, 2022, pp. 1-14.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *Diario La Ley*, núm. 8537, 2015, pp. 1-16.

FERRERES COMELLA, Víctor, *The Constitution of Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, «Algunas consideraciones sobre el control jurisdiccional del laudo arbitral y el orden público», en ARIAS, David (ed.), *Miguel Ángel Fernández-Ballesteros. Liber amicorum*, T.I, CEIA-La Ley, Madrid, 2024, pp. 975-1008.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis, «La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje», en GONZÁLEZ MONTES, José Luis (ed.), *Estudios sobre el arbitraje*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 223-282.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis, *El control judicial del arbitraje*, La Ley, Madrid, 2008.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, «Nuevas perspectivas de la acción de anulación de los laudos arbitrales», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, núm. 8, 2021, pp. 50-94.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*, Edersa, Madrid, 1991.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *La anulación del laudo arbitral remedio subsidiario*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2022.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, *El recurso de anulación del laudo arbitral en el arbitraje doméstico e internacional*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2022.

NADAL ARCE, Santiago, «Límites al “orden público”, como excusa para anular un arbitraje: Sentencias del Tribunal Constitucional», *Diario La Ley*, núm. 10076, 2022, pp. 1-7.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, «La revisión judicial sobre el fondo del laudo: ¿hasta qué punto es lícito y conveniente llegar?», en CACHÓN CADENAS, Manuel y PÉREZ DAUDÍ, Vicente (eds.), *El enjuiciamiento civil y penal hoy*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 157-178.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El control judicial sobre el fondo del laudo*, Marcial Pons, 2017.

ROCA MARTÍNEZ, José María, «La anulación del laudo: del control a la injerencia», en CALAZA LÓPEZ, Sonia/ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (eds.) *Externalización de la Justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 217-255.

SANCHO GARGALLO, Ignacio, «La acción de anulación del laudo y su alcance», en VÁZQUEZ ALBERT, Daniel/TUSQUETS TRIAS DE BES, Francisco (eds.), *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 209-224.

SENÉS MONTILLA, Carmen, *La intervención judicial en el arbitraje*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2007, pp. 101-144.

SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, «Acción de anulación del laudo y tutela de terceros», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 58, 2022, pp. 1-23.

VALIÑO CES, Almudena, «La nulidad del laudo arbitral y la vulneración del orden público», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 62, 2024, pp. 1-27.

VIRZI, Fabio, «Vulneración del orden público como causa de anulación del laudo arbitral», *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 16, 2023, pp. 1-7.

VIRZI, Fabio, «El orden público procesal y la nulidad de los laudos arbitrales», *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 9, 2021, pp. 1-9.

## La responsabilidad civil de los centros docentes de enseñanza no superior por los daños causados por sus alumnos menores de edad

### Sumario

-  
*Se analiza en este trabajo la responsabilidad civil de las personas o entidades titulares de centros docentes de enseñanza no superior por los daños ocasionados por los alumnos que se encuentran bajo la vigilancia y control de los profesores del centro docente cuando están realizando actividades escolares, extraescolares o complementarias. Se trata de un ámbito que plantea numerosos interrogantes que alcanzan desde la elección de la normativa aplicable (civil, penal o administrativa) hasta la determinación de la naturaleza de la responsabilidad, sujetos responsables... Todo ello aconseja clarificar la configuración de la citada responsabilidad a fin de poder dar solución a aquellos conflictos que se planteen, lo que favorecerá no solo que los afectados puedan defender judicialmente y con éxito sus intereses, sino también que lleguen a acuerdos consensuados. La inseguridad jurídica aleja a los ciudadanos de una gestión adecuada a sus conflictos especialmente necesaria cuando nos encontramos ante cuestiones que afectan a menores.*

### Abstract

-  
*This paper analyses when owners of non-higher education centres shall be liable for the damages caused by its underage students during the periods in which the latter are under the control or supervision of the Centre's teaching staff, or while conducting school, extracurricular or complementary activities. This area raises many questions: applicable legislation (civil, criminal or administrative law), nature of liability, person who shall be obliged to repair the damages caused... For this reason it is advisable to clarify the configuration of the liability in order to be able to resolve any conflicts which will help those affected to successfully defend their interests in court, and also to reach consensual agreements. Legal uncertainty alienates citizens from a proper management of their conflicts, which is especially necessary when it comes to issues involving underage students.*

**Title:** Liability of the owners of non-higher education centres for the damages caused by its underage students

-  
**Palabras clave:** Alumnos menores de edad, centros docentes de enseñanza no superior, responsabilidad civil, daños, mediación.

**Keywords:** Underage students, non-higher education centres, civil liability, damages, mediation

-  
**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i4.03



4.2024

Recepción  
30/07/2024

-

Aceptación  
06/10/2024

-

## Índice

-

### **1. Introducción**

### **2. La responsabilidad civil de centros docentes de enseñanza no superior, privados y concertados, por los daños ocasionados por sus alumnos menores en casos de ilícitos civiles**

- 2.1. Sujetos y régimen de responsabilidad
- 2.2. Centros docentes privados y concertados como sujetos responsables de los daños ocasionados por sus alumnos menores de edad
- 2.3. Imputabilidad y presupuestos de la responsabilidad por daños causados por alumnos menores
  - a. La imputabilidad del menor
  - b. Acción, omisión y daño como presupuestos de la responsabilidad
  - c. Relación de causalidad
  - d. Culpabilidad
- 2.4. Los profesores como sujetos responsables
- 2.5. Otros posibles sujetos responsables

### **3. Centros docentes públicos y daños ocasionados por sus alumnos menores de edad**

- 3.1. Presupuestos de la responsabilidad
- 3.2. La concurrencia de otros sujetos responsables

### **4. Responsabilidad civil de los centros docentes por los daños causados por sus alumnos menores de edad en supuestos de ilícitos penales**

- 4.1. El menor como sujeto responsable: presupuestos de la responsabilidad
- 4.2. Los centros docentes como sujetos responsables
- 4.3. Otros sujetos responsables y la solidaridad
- 4.4. La moderación de la responsabilidad.

### **5. El aseguramiento de la responsabilidad**

### **6. Responsabilidad civil de los centros docentes y entorno digital**

### **7. Sobre la necesidad de favorecer la resolución negociada y consensuada de los conflictos: la mediación**

### **8. Bibliografía**

-

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

## 1. Introducción

El estudio de cuestiones jurídicas relativas a personas menores de edad, es una tarea compleja que incluso se proyecta sobre la denominación a utilizar para identificar a las personas a las que nos queremos referir. El uso del término persona menor (en adelante, menor) puede resultar insuficiente al aplicarse a situaciones personales que pueden ser muy diferentes entre sí en atención a la distinta madurez, lo que ha llevado a la utilización, en diversos ámbitos, de las palabras “infancia y adolescencia”. No obstante, en este trabajo se utilizará el vocablo “menor” pues permite hacer referencia a todas las personas de menos de dieciocho años que son merecedoras de una misma normativa protectora<sup>1</sup>, lo que justifica un tratamiento unitario. Con el uso del término “menores”, se pone el foco de estudio en el eje conductor común: personas menores de dieciocho años que merecen especial protección, lo que no impide asumir la existencia de situaciones dispares que, en ocasiones, aconsejarán distinguir entre las distintas fases que transcurren desde la infancia hasta la adolescencia.

Partiendo de la denominación “menor”, se abordará una materia compleja cual es la responsabilidad civil del titular de un centro docente de enseñanza no superior por los daños ocasionados por los alumnos menores de edad cuando se encuentran a cargo o bajo la vigilancia y cuidado de los profesores de dicho centro. Esta responsabilidad, pese a que no exista justificación objetiva, puede ser regulada por distintas normativas en atención a si el-la alumno-a (en adelante, alumno) se encuentra escolarizado en un centro público, privado o concertado, o bien el daño provenga de un ilícito civil o penal; siendo de aplicación, según el caso, el Código civil (en adelante, CC), Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores (en adelante, LORRPM).

La concurrencia de las citadas regulaciones plantea numerosos problemas pues implica la aplicación de regímenes con específicas singularidades que se extienden desde los sujetos responsables hasta incluso la naturaleza de la propia responsabilidad. Todo ello aconseja diferenciar al estudiar el estado de la cuestión, entre los distintos regímenes de responsabilidad aunque como ya se ha expuesto, se entiende que esta multiplicidad de regulaciones no está justificada. Por eso parece conveniente que mientras no se acometa una reforma legislativa de la materia, se favorezcan, al menos, soluciones que uniformen las interpretaciones de la normativa aplicable cuando ello sea posible.

El análisis de la responsabilidad civil de los centros docentes por los daños de los alumnos menores nos llevará también a profundizar en la responsabilidad civil del propio menor y su imputabilidad, aunque ésta no sea precisa, en todo caso, para que el titular del centro docente responda. Ello se relaciona estrechamente con el principio de protección del interés del menor<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> En la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de ratificación BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990) se señala en su art. 1: «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

<sup>2</sup> GONZÁLEZ AGUDELO afirma expresamente: «A partir de la Convención de Derechos Humanos, se van produciendo cambios jurídicos que acompañan una nueva forma de ver y entender la infancia y sus derechos. Así conviven en

que no debería implicar, exclusivamente, la sustitución de su voluntad y capacidad de ejercicio de derechos para garantizar su protección. El interés del menor debe favorecer también que los menores puedan ejercitar sus derechos en atención a su madurez, lo que llevará necesariamente a que éstos asuman gradualmente las correspondientes responsabilidades por sus actos. No en vano la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM) en su art.9 bis obliga a los menores a «cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y ejercicio de los derechos que tienen reconocidos».

## **2. La responsabilidad civil de centros docentes de enseñanza no superior, privados y concertados, por los daños ocasionados por sus alumnos menores en casos de ilícitos civiles**

Los daños nacidos de ilícitos civiles cometidos por alumnos menores que se encuentran bajo el control y vigilancia de profesores de un centro docente de enseñanza no superior privado o concertado, provocan una responsabilidad de naturaleza poliédrica dada la multitud de sujetos que pueden ser llamados a responder pues junto al titular del centro docente pueden responder los propios alumnos menores, sus progenitores, otras instituciones de protección o de reforma, o incluso los profesores que tienen encomendada su concreta vigilancia y control. Todo ello ocasiona la necesidad de reflexionar sobre los presupuestos de la responsabilidad, su naturaleza y la relación entre los responsables.

En cualquier caso, partimos de que los alumnos menores a los que nos referimos son los menores no emancipados y ello por una interpretación integradora del art. 1903 CC. A este respecto hemos de señalar que si bien estando los menores emancipados, el tenor literal del art. 1903 CC hace que no respondan sus padres al no tener su guarda, ni sus tutores al no vivir bajo su autoridad, parece que el mismo tratamiento debe recibir la entidad que sea titular del centro docente. No tendría sentido que el titular del centro docente respondiese por daños ocasionados por un menor emancipado cuyos padres sin embargo no tuviesen que responder por esta circunstancia. Por ello, si el menor está emancipado, la entidad titular del centro docente no debe responder civilmente por los daños que hubiese causado dicho menor.

### **2.1 Sujetos y régimen de responsabilidad**

Los alumnos menores de edad pueden estar escolarizados en distintos centros que según la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación (LO 2/2006) pueden ser públicos, privados y concertados<sup>3</sup>. Según el tipo de centro donde el menor se encuentre, los daños que se ocasionen

---

nuestras sociedades dos tendencias paradójicas, no necesariamente contradictorias: la protección (principio general tuitivo) y el reconocimiento de derechos, lo que da lugar a diferentes tendencias caracterizadas por el paso del adultocentrismo al paidocentrismo (proceso más o menos avanzado según la sociedad), que pone al niño en el centro, reconociendo sus derechos, y más allá, solidificando una postura antropocéntrica bastante discutida»<sup>3</sup>. «La construcción jurídica de la “minoridad” en el marco del sistema penal y su traducción en la Ley Orgánica 5/2000», en *Peligrosidad, sanción y educación. Veinte años de la Ley orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores*, GUARDIOLA GARCÍA (coord.), edit. Tirant Lo Blanch, 2023, p.67. Ello justifica que en nuestro ordenamiento convivan reglas en las que las personas menores de dieciocho años deben actuar a través de sus representantes legales, y otras que les reconocen plena capacidad para tomar decisiones y asumir sus consecuencias

<sup>3</sup> Según el art. 108 LOE, en sus apartados 1ª a 4ª: «1. Los centros docentes se clasifican en públicos y privados. 2. Son centros públicos aquellos cuyo titular sea una administración pública. 3. Son centros privados aquellos cuyo

tendrán un marco jurídico diferente siendo aplicable la LRJSP para los centros docentes públicos y el CC para los centros docentes privados.

Cuestión singular es aquella que se plantea cuando los menores se encuentran escolarizados en el centro concertado pues es preciso clarificar si su régimen será el propio de los centros privados o de los públicos. Defiende ATIENZA NAVARRO<sup>4</sup> la asimilación en cuanto a la responsabilidad entre los centros concertados y los privados pues ello encuentra justificación en los trabajos parlamentarios que llevaron a la modificación del art. 1903 CC por la Ley 1/1991 y porque «el régimen de conciertos contemplado en la LOE<sup>5</sup> ha seguido el modelo francés del “contrato simple”» que implica una menor integración con la Administración.

Pero cabe adoptar otra posición, partiendo del art. 108.4 de la LO 2/2006 donde expresamente se señala que «La prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados». Así, si en los centros privados concertados se presta un servicio público, debería la Administración responder por los daños ocasionados por sus alumnos menores. No obstante, parece que es opinión mayoritaria la identificación de los centros privados concertados con centros privados a la hora de articular la responsabilidad aplicándoseles los artículos correspondientes del Código civil<sup>6</sup>.

## **2.2 Centros docentes privados y concertados como sujetos responsables de los daños ocasionados por sus alumnos menores de edad**

Cuando el menor que ocasiona daño por ilícito civil se encuentra escolarizado en un centro docente privado o concertado es de aplicación el vigente art. 1903.VI CC donde se señala que son responsables de los «daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo que se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro... las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior». Obsérvese que esta redacción se debe a la reforma operada por la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado (en adelante, Ley 1/1991). El texto que se derogó tras la citada reforma señalaba que «Son por último responsables los maestros y directores de artes y oficios respecto de los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices mientras permanezcan bajo su custodia». Por tanto, la reforma

---

titular sea una persona física o jurídica de carácter privado y son centros privados concertados los centros privados acogidos al régimen de conciertos legalmente establecido. Se entiende por titular de un centro privado la persona física o jurídica que conste como tal en el Registro de centros de la correspondiente Administración educativa. 4. La prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados...».

Debe destacarse que la normativa aplicable al derecho de educación más relevante junto a la LO 2/2006 es la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho de Educación parcialmente vigente (LOE); y la LO 8/2013, de 9 diciembre para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

<sup>4</sup> ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, edit. Comares, 2001, pp. 43 y 44.

<sup>5</sup> Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

<sup>6</sup> Vid. DEL OLMO GARCÍA, en «Comentarios a los arts. 1903 y 1904», en *Comentario al Código civil*, AAVV de Tirant lo Blanch, 2023, p. 8482.

implicaba un cambio significativo al trasladar la responsabilidad, de los profesores a los titulares de los centros docentes<sup>7</sup>.

Para entender adecuadamente la reforma se debe partir de que fue motivada por las demandas del sector del profesorado que valoraban como excesivamente gravosas las reglas que regulaban la responsabilidad. De ello se hizo eco la propia la Ley 1/1991 que expresamente señaló:

«El régimen de responsabilidad que para los profesores y maestros establecen los artículos 22 del Código Penal y 1.903 del Código Civil<sup>8</sup> no se ajusta a la realidad social de nuestros días. Se trata de normas con fundamento en la llamada «culpa in vigilando», concebidas en momentos en que existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el discurrir diario de la vida docente.

Ello induce a modificar el régimen de responsabilidad a fin de establecer que quien responda de los daños ocasionados por sus alumnos sean las personas o entidades titulares de los centros, que son quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización, sin perjuicio de que en supuestos tasados, y a ello obedece la reforma del artículo 1.904 del Código Civil, el titular puede reclamar al personal docente la cantidad satisfecha».

No obstante, del citado texto y del tenor del art. 1904 CC se desprende que los profesores no han sido totalmente excluidos del sistema de responsabilidad pues el titular de centro docente puede exigir a los profesores las cantidades que haya satisfecho como indemnización cuando se den los presupuestos requeridos legalmente.

No plantea duda que en virtud del actual art. 1903.VI CC<sup>9</sup> los responsables sean los titulares de los centros docentes de enseñanza no superior y no sus directores, pues como pone de manifiesto ATIENZA NAVARRO<sup>10</sup> la intención del legislador fue la de excluir de la responsabilidad a los directores pues «Aunque los directores de los colegios y otros cargos próximos (como el jefe de estudios) pueden adoptar medidas de organización, lo hacen sobre la base de las líneas directrices marcadas por el titular del centro de enseñanza que es el que tiene el poder de organización de las actividades que en el mismo se realizan».

Dado que en virtud del art. 1903.VI CC deben responder «las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior», se hace necesario determinar qué hemos de entender por centro docente de enseñanza no superior, lo que nos lleva con carácter previo a dilucidar si cabe una interpretación extensiva o restrictiva del mencionado concepto.

Entendemos que una interpretación teleológica de la norma debe propiciar una interpretación extensiva que sería la más acorde con favorecer la indemnización de quien sufra daños

<sup>7</sup> Sobre los antecedentes históricos del derecho vigente, vid. MORENO MARTÍNEZ, *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, edit. McGraw-Hill, 1996, pp.1-26.

<sup>8</sup> Se referían a contenidos de estos preceptos derogados.

<sup>9</sup> Según el art. 1903.VI CC: «...Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias...»

<sup>10</sup> ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, 2001, p. 40.

ocasionados por un alumno menor mientras se encuentra bajo la vigilancia o control de personas físicas o jurídicas que realizan actividades relacionadas con la docencia. El principio de protección de la víctima debería justificar esta interpretación. Por tanto, aceptar una interpretación extensiva de centro docente de enseñanza no superior, implica incluir dentro de su ámbito a todos aquellos centros donde el menor se incorpore por razones educativas ya se traten de enseñanzas regladas o no. Coincidimos por tanto con FUENTES LORCA<sup>11</sup> al incluir en su concepto «...los colegios e institutos de enseñanza primaria y secundaria y de formación profesional. Sin embargo la concepción de centro docente se ha de interpretar desde un punto de vista amplio, es decir, no sólo incluye las ya citadas instituciones sino que también son centros docentes, en opinión de la doctrina más generalizada, guarderías infantiles y centros de educación preescolar, granjas-escuela, internados y residencias estudiantiles y demás centros que desempeñen actividades educativas, siempre y cuando cumplan el requisito de ser de enseñanza no superior»<sup>12</sup>. Podríamos por tanto incluir en general los centros de enseñanza no superior reglada como son los conservatorios, centros de enseñanza de música, danza, diseño y artes plásticas...

Llegados a este punto, cabría plantearse si también se podría incluir en el concepto de centros docentes de enseñanza no superior, a aquellos que no son reglados pues existen actividades susceptibles de aprendizaje y de organización docente que se desarrollan en estos centros como son las actividades de refuerzo y apoyo en determinadas materias escolares, las academias de idiomas, talleres de pintura... entre otros. Opinamos que partiendo de una interpretación extensiva del art. 1903.VI CC se debería extender la aplicación del precepto a estos centros pues donde no distingue la norma, tampoco debe distinguir el aplicador de las mismas sobre todo cuando con dicha extensión se favorece la indemnización de las víctimas y se incentiva el adecuado “control y vigilancia” de los menores en dichos centros. Sobre este tema, GRIMALT SERVERA aunque tiene dudas sobre integrar en el concepto de centro escolar cualquier centro que desarrolle actividades formativas extraescolares sin embargo le «parece razonable entender que las academias, albergues o campamentos (muy especialmente estos últimos), al acoger a menores de edad, asumen un especial deber de vigilancia sobre ellos y si no responden por el párrafo quinto del art. 1903 CC, podrían responder ex art. 1903, párrafo cuarto, CC o directamente por el art. 1902 CC si el obligado a la vigilancia material de los menores es el propio titular de la academia, albergue, campamento o similar»<sup>13</sup>.

### **2.3 Imputabilidad y presupuestos de la responsabilidad por daños causados por alumnos menores**

---

<sup>11</sup> FUENTES LORCA, «La responsabilidad civil de los centros docentes privados por los hechos dañosos de los menores», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, diciembre 2016, <http://revistas.um.es/analesderecho>, p. 19.

<sup>12</sup> En similar línea lo había manifestado PEÑA LÓPEZ cuando señala que en el término centro docente de enseñanza no superior «se pueden incluir tanto a los colegios en sentido estricto como a cualquier institución en la que se impartan enseñanzas de esta índole: guarderías, campamentos, centros de educación especial etc.». «Comentarios al art. 1903 CC», en ÁLVAREZ LATA et al., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código civil (edición en línea)*, 5ª edic., edit. Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

<sup>13</sup> GRIMALT SERVERA, «La responsabilidad civil de los centros escolares de enseñanza no superior por los daños causados por sus alumnos», en ATAZ LÓPEZ/ COBACHO GÓMEZ (dir.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*. Tomo II, edit. Aranzadi, 2021, p.1280.

Para apreciar si existe o no responsabilidad por los daños causados por los alumnos es preciso atender a la imputabilidad del menor y valorar si concurren o no los presupuestos de la responsabilidad, es decir, la acción u omisión, daño, relación de causalidad y criterio de imputación. Y ello aunque la imputabilidad del menor no sea en todo caso presupuesto de la responsabilidad del titular del centro docente.

Dado que el estudio de los presupuestos de la responsabilidad en general es una materia muy amplia, en este trabajo se abordará exclusivamente aquellas cuestiones que plantean singularidad en relación a las reglas generales.

#### *a. La imputabilidad del menor*

La imputabilidad es la capacidad para ser sujeto de responsabilidad. Su concepto no es un tema pacífico, aunque siguiendo a GÓMEZ CALLE<sup>14</sup> cabe afirmar que la «Imputabilidad es capacidad de culpa, o capacidad de discernimiento para comprender el alcance de los propios actos y actuar en consecuencia (madurez intelectual y volitiva, en fin) ». De ello se deduce que solo responderá aquel que tenga imputabilidad civil.

El CC guarda silencio sobre si el menor es imputable lo que ha propiciado la existencia de distintas posiciones doctrinales. No obstante, una abundante línea jurisprudencial considera que un menor si tiene madurez es imputable y especialmente cuando es adolescente. Así lo señalan las SSTs 29/1991, Civil, de 22 de enero (ECLI:ES:TS:1991:13359); 334/1994, Civil, de 12 de abril (ECLI:ES:TS:1994:22223), sentencias que aunque no se refieren especialmente a responsabilidad civil de centros docentes, sin embargo se pronuncian reconociendo la imputabilidad del menor cuando tiene madurez.

El marco normativo actualmente vigente, permite afrontar el tema con mayor claridad reconociendo en determinados casos la imputabilidad del menor. Así la LOPJM en sus arts. 9 bis, 9 ter, 9 quáter y 9 quinquies<sup>15</sup>, reconoce la capacidad del menor para actuar en todos los ámbitos donde puede proyectar su personalidad (familiar, escolar y social), y acompaña a dicho reconocimiento, como no puede ser de otra forma, con la correspondiente responsabilidad por sus actos<sup>16</sup>. Ahora bien, ello sucederá cuando dicho menor tenga la capacidad natural o madurez suficiente para comprender el alcance de sus actos.

Llegados a este punto, se hace preciso clarificar cuándo un menor tiene madurez pues nos permitirá determinar cuándo será imputable. Para ello, podemos acudir en una interpretación integradora del ordenamiento, a la LORRPM donde se distingue entre los menores de catorce años y más, y los menores de esa edad. Según art. 61.3 LORRPM los menores de catorce hasta los

---

<sup>14</sup> GÓMEZ CALLE, «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno», en *Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil*, edit. Thomson Reuters - Aranzadi Instituciones, BIB 2014/136, 2014, p. 22.

<sup>15</sup> Vid. art. 1.4 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>16</sup> Dice el art. 9 bis LOPJM en su apartado primero «Los menores, de acuerdo con su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social».

dieciocho años siempre responden civilmente cuando con ocasión de cometer un delito, producen daños. De ello se debe deducir que el menor de catorce años es imputable pues tiene suficiente madurez. Así si por ilícitos penales se responde civilmente a partir de los catorce años, también se debe responder a esa misma edad por daños procedentes de ilícitos civiles.

Pero si los menores a partir de los catorce años deben ser imputables civilmente, procede ahora analizar si también lo pueden ser los niños y niñas menores de catorce años. A este respecto es significativo el art. 9.2 LOPJM donde se señala rotundamente que «Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos» y se sostiene que incluso con anterioridad pueda tenerla. Señala MUÑOZ GARCÍA<sup>17</sup> que « La madurez, que habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto en cuestión, no requerirá de esta estimación, cuando haya cumplido los doce años».

De lo expuesto, podemos observar la existencia de un doble criterio para determinar la imputabilidad civil de los menores: un criterio biológico a partir de la edad de 12 años donde siempre es imputable y un criterio psicológico para los menores de 12 años donde habrá de valorarse si tiene o no madurez. Coincidimos así con MUÑOZ GARCÍA<sup>18</sup>, en que los menores de 12 años deben ser siempre imputables pues «Es incuestionable que los términos de la ley aproximan la madurez del menor al cumplimiento de los doce años. Y que al efecto del ejercicio de sus derechos, cualquiera de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores habrá de ser interpretada “de forma restrictiva”».

Por tanto, si un menor mayor de 12 años e incluso menor es imputable si tiene suficiente madurez, podrá ser sujeto de responsabilidad si se dan los presupuestos para que exista responsabilidad civil y ello aunque en el art. 1902 CC no existe referencia alguna a la imputabilidad.

Ahora bien, si el menor que ha causado daños no es imputable, ¿el perjudicado debe cargar con las consecuencias del daño? Como señala Díez-Picazo<sup>19</sup> el daño es un infortunio que nos lleva «a decidir si el que experimenta el daño no tiene otra posibilidad que la resignación (lo sufre él) o si puede esperar algo de los demás y mejor, si tiene derecho a ello». Parece notorio que cuando el menor no imputable es un alumno que se encuentra bajo el control y la vigilancia del profesorado del centro, el perjudicado tendría derecho a obtener la indemnización del daño ocasionado aunque el menor no sea imputable, siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad. Ello justifica la existencia del art. 1903.VI CC donde se manifiesta una responsabilidad directa de las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza<sup>20</sup> y junto con ellos

---

<sup>17</sup> MUÑOZ GARCÍA, «La responsabilidad civil de los grandes menores a la luz de las últimas reformas», *Diario La Ley*, nº 8719, Sección Doctrina, 10 de Marzo de 2016, Ref. D-102, p. 5.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, edit. Civitas, Madrid, 1999, p. 41.

<sup>20</sup> Señala MUÑOZ GARCÍA que entender como lo hace la Exposición de Motivos de la LORRPM que « las infracciones de los menores de catorce años, son «generalmente irrelevantes», y que en los casos extremos «cabe una respuesta» adecuada en los ámbitos familiares y asistenciales, que no precisan de la intervención judicial, me parece completamente equivocado. El problema se plantea, a mi entender, en dos ámbitos: 1) cuando los hechos que no les son imputables penalmente al menor son de tal gravedad que aconsejan la adopción de medidas en el ámbito civil; y 2) cuando se producen daños atribuibles al menor, que habrán de ser objeto de reclamación para



también mencionan el art. 1903 II y III a los padres y tutores. En concreto, las personas o entidades titulares de los centros docente son responsables directos de los daños ocasionados si se dan los presupuestos de la responsabilidad y deberán responder aunque no sea imputable el menor que ha provocado el daño, siempre que concurren los presupuestos de la responsabilidad como ya se ha señalado.

*b. Acción, omisión y daño como presupuestos de la responsabilidad.*

Para que exista responsabilidad del titular del centro docente, deben darse todos los presupuestos generales de la responsabilidad y entre ellos es preciso que exista una acción u omisión determinante del daño que debe proceder del alumno menor de edad, pero por las razones antes expuestas no se exige que éste sea imputable para que el titular del centro docente responda. Ahora bien el menor responderá cuando sea imputable, siendo en este caso aplicable el art. 1902 CC.

A los efectos de la responsabilidad civil de la persona o entidad que sea titular de un centro docente, la acción u omisión del alumno menor debe materializarse en el marco dibujado por el art. 1903.VI CC, es decir, se precisa que los citados alumnos se «hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro», mientras realicen «actividades escolares, extraescolares o complementarias». Estas menciones del precepto deben ser interpretadas de forma flexible siguiendo la línea antes indicada. Así el término “profesor” incluirá cualquier persona encargada de la guarda y vigilancia de los alumnos como pueden ser los monitores, educadores, vigilantes de transporte escolar... Por otra parte, cuando el art. 1903 CC se refiere a actividades escolares, extraescolares o complementarias ha de entenderse según la jurisprudencia “toda la jornada lectiva”<sup>21</sup>.

Merece ser destacado que la jurisprudencia viene señalando que la acción u omisión del alumno menor causante del daño se debe calificar de peligrosa para ser relevante, lo que permitiría conectar la acción u omisión exigida al alumno con la instada al titular del centro docente. Así se desprende de la STS 1266/2001, Civil, de 28 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:10425) donde se indica que no se puede atribuir una responsabilidad cuando los menores « practicaban un juego sin riesgo y de general uso entre las niñas de esa edad, por lo que no se puede apreciar actitud omisiva de la vigilante del recreo de las niñas ( SS. 10 de octubre de 1995, 10 de marzo de 1997, 8 de marzo de 1999 y 11 de marzo de 2000). Supuestos distintos serían cuando los juegos o actividades lúdicas fueran peligrosos y entrañaren algún riesgo, como es el caso contemplado en las sentencias de esta Sala de 18 de octubre de 1999 y 11 de marzo de 2000». Precizando más la cuestión, señala la STS 509/2008, Civil, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2008:3284) que: «... el elemento decisivo para apreciar la responsabilidad del Centro es el peligro que entraña la actividad de los menores al suceder los hechos, peligro que puede o no derivar a su vez del

---

su reparación en el contexto del Derecho de daños. La respuesta será competencia de los Tribunales civiles». *Diario La Ley*, nº 8719, Sección Doctrina, 10 de Marzo de 2016, Ref. D-102, p. 3.

<sup>21</sup> Vid. BELUCHE RINCÓN «La responsabilidad por hecho ajeno», Epígrafes 1 a 6 y 9, en SOLER PRESAS/DEL OLMO GARCÍA (coords.), *Practicum. Daños. 2017*, edit. Aranzadi, pp. 355 y 356, donde menciona fechas de sentencias que específicamente se refieren a los recreos, momentos previos a la entrada al centro, los de salida, los desplazamientos en el autobús escolar, los intercambios de clase, excursiones organizadas por el centro...

instrumento o instrumentos utilizados por los niños, pues éstos pueden servirse de un tenedor en la comida o un bolígrafo durante la actividad escolar, objetos ciertamente capaces de causar daño, sin que por ello el centro venga obligado a disponer la presencia de un educador junto a cada niño para evitar un uso inapropiado ( SSTS 21-11-90 y 10-3-97), pero también pueden dedicarse a una actividad peligrosa sin servirse de instrumento alguno, como golpearse con los puños o los pies».

Sobre la existencia del daño, no existe singularidad derivada de este tipo de responsabilidad que sea merecedora de ser abordada en este trabajo. No obstante, ello no implica que no se reconozca la trascendencia del daño pues solo sí existe daño existe responsabilidad civil, siendo por tanto el daño presupuesto ineludible de la responsabilidad.

#### *c. Relación de causalidad*

Es notorio que para que exista responsabilidad civil debe existir una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño; además habrá que valorar la existencia de criterios de imputación objetiva que permitirán determinar entre los antecedentes causales, cuál de ellos es relevante como causante del daño. Tampoco ahora procede analizar la relación de causalidad ni los criterios de imputación objetiva, al tener estos un carácter general que escapan a la naturaleza de este trabajo. No obstante, se hace preciso detenernos en una singularidad que se manifiesta específicamente en este caso.

Para que se plantee la aplicación del art. 1903.VI CC es preciso que se valore una doble relación de causalidad. Por un lado, debe existir un daño causado por la acción u omisión de un alumno menor mientras se encontraba bajo la vigilancia y control de los profesores del centro docente. Así debe existir esta previa relación de causalidad entre acción u omisión y daño como presupuesto necesario de la aplicación del art. 1903 .VI CC.

Pero para que la persona o entidad titular del centro docente sea responsable además debe plantearse la existencia de otra u otras relaciones de causalidad en función de que el daño además se conecte bien con la falta de organización del propio centro o bien con el dolo o culpa grave de los profesores del centro. Por tanto, deben darse ambas relaciones de causalidad para que exista responsabilidad.

Lo expuesto encuentra su razón de ser en el hecho notorio de que el art. 1903.IV CC dibuja una responsabilidad que es directa y a la vez una responsabilidad por hecho ajeno. Ello provoca la necesidad de que exista esa doble relación de causalidad que habrá de valorarse para que exista responsabilidad.

Ahora bien, debe aclararse en relación a la primera relación de causalidad apuntada, es decir, la existente entre la acción u omisión del alumno menor y el daño, que no precisa para que pueda operar la imputabilidad del menor.

#### *d. Culpabilidad*

La naturaleza de la responsabilidad que deriva del art. 1903.VI CC es una cuestión muy debatida, lo que no extraña dada la falta de claridad de las normas.

En una primera aproximación, el tenor literal del art. 1903.VI y VII CC se desprende que el titular del Centro docente responde «*durante los períodos de tiempo en que los alumnos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro*», pero dicha responsabilidad puede incluso cesar cuando se pueda acreditar que el titular del centro empleó «*toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*». La lectura conjunta de estos párrafos conduce a valorar que la responsabilidad es subjetiva.

Sin embargo, una interpretación sistemática de los preceptos (arts. 1903.VI y 1904.II CC) nos puede llevar a otra conclusión. Resulta sorprendente observar como la persona o entidad titular del centro docente que ha respondido vía art. 1903 CC, puede repetir en el profesor las cantidades satisfechas cuando el daño proceda de la culpa grave o dolo del profesor (vid 1904.II CC). Si entendemos, que puede repetir en estos casos la totalidad de las cantidades satisfechas, ello conduciría a que el titular del centro docente pueda responder a pesar de no ser culpable y por ello el ordenamiento le favorece con una acción de regreso. Se podría interpretar que nos encontraríamos cercanos a un fundamento objetivo de la responsabilidad. Como nos recuerda BELUCHE RINCÓN<sup>22</sup> «hay una clara inconsistencia entre el art. 1903 CC y el 1904 CC, y de priorizar este último, no resulta insensato afirmar que... estamos... ante una responsabilidad vicaria, esto es, una responsabilidad objetiva por el comportamiento culposo de la persona de quien se ha de responder. El principal, que no tiene por qué ser culpable, responde porque es garante y hace frente a una deuda ajena que puede repetir frente al autor culpable de los daños». Aunque continúa la autora señalando que «parece no obstante, que esta tendencia objetivadora de la responsabilidad por hecho ajeno se está superando en algunos casos (v.gr. responsabilidad de centros docentes...) y el Tribunal Supremo vuelve a interpretar el art. 1903 CC en sus justos términos de responsabilidad por culpa».

Ante este panorama, resulta lógico que las posiciones de los autores no sean coincidentes. Algunos defienden que nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva. Es el caso de ATIENZA NAVARRO<sup>23</sup> que considera que la “desarmonía” existente entre el art. 1903 CC in fine y el art. 1904.II CC no puede llevar a una interpretación que implique el contenido de una de una norma sacrifique el otro contenido de la otra. Afirma la autora citada que «es aconsejable interpretar flexiblemente el art. 1904.II CC (y entender que donde habla de cantidades satisfechas no se refiere a la totalidad de las mismas, sino a la parte proporcional que corresponda al grado de participación de cada uno de los responsables indirectos -titular, profesor- en la causación del daño) que vaciar, por completo, de contenido el último párrafo del art. 1903 CC».

---

<sup>22</sup> BELUCHE RINCÓN, en SOLER PRESAS/DEL OLMO GARCÍA (coords.), *Practicum. Daños*. 2017, pp. 321-322.

<sup>23</sup> ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, 2001, pp. 122 y 123. Además añade la autora que «Es más, aunque se interpretara que el criterio de imputación es objetivo, no se salvarían los problemas que plantea el tenor literal del art. 1904 CC. Si el titular del centro docente o el empresario responden con base en el riesgo empresarial, ¿por qué se les concede la posibilidad de repetir por la totalidad contra el dependiente o profesor, cuando los costes de estas indemnizaciones se ven reflejados en el precio final del servicio o producto, y, en definitiva, son pagados por sus consumidores o usuarios?».

Pero también se ha defendido por otro sector doctrinal la tesis de que existe responsabilidad objetiva. Es el caso de ZELAYA ECHEGARAY<sup>24</sup> que argumenta al respecto que «Cabe entender que una responsabilidad estricta fundada en el principio del riesgo de empresa posibilita la responsabilidad directa del titular de un Centro docente aunque, de hecho, éste no persiga fines de lucro... El hecho de que la entidad demandada persiga fines de lucro, es un poderoso argumento para hacerla responder objetivamente en base al citado principio *cuius commoda*, pero cuando no los persigue- como puede ser el caso del titular del centro docente- no hay obstáculo para fundar dicha responsabilidad estricta en el principio de la distribución social del daño (*spreading theory*), es decir, debe responder la entidad porque está en mejor posición para distribuir socialmente el costo económico del daño a través de los precios o del seguro. Además es claro que actualmente el titular del centro es el que mejor puede controlar el riesgo respectivo y organizar las cosas de manera de evitar al máximo la repetición de futuros daños».

Ante el panorama doctrinal, la Jurisprudencia se ha decantado principalmente por la existencia de responsabilidad subjetiva aunque con diversos fundamentos<sup>25</sup>. Hay Sentencias que fundamentan la culpa en la falta de organización necesaria tal y como señala la STS 510/2009, Civil, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4488)<sup>26</sup>, mientras en otras sentencias (STSJ Navarra Sala de lo Civil y Penal, de 4 de diciembre de 1995, recurso 12/1995) se basan en la culpa in vigilando. En concreto se señala en la última sentencia citada que «dicha responsabilidad no puede de ningún modo objetivarse y desligarse de la imputación y prueba efectiva de una conducta culpable, pues no se trata de asumir socialmente un daño consecuencia de una actividad de riesgo, como sucede en los daños acaecidos en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, o en aquellos otros correspondientes a actividades empresariales industriales, sino de extremar los deberes de vigilancia y cuidado consustanciales a la misma actividad educativa, y acentuados por la especial dependencia y vulnerabilidad de los niños y menores encomendados a los centros educativos (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 noviembre 1990 y 20 mayo 1993). Por lo que deben rechazarse los argumentos incidentales del escrito de recurso sobre responsabilidad objetiva».

---

<sup>24</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, « La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código civil español», *Revista Jurídica de Navarra*, n 16, 1993, pp. 102.

<sup>25</sup> Se manifiesta a favor de una responsabilidad subjetiva STS 1266/2001, Civil, de 28 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:10425)

<sup>26</sup> Los hechos que motivan esta sentencia versan sobre un empujón propinado a una niña por otro alumno, que le hizo perder el equilibrio y golpearse contra un banco fracturándose el lado izquierdo del cráneo lo que determinó lamentablemente su fallecimiento. Los menores en el momento en el que acontecieron los hechos se encontraban en el recreo que se había trasladado a un espacio cubierto por estar lloviendo. Se dieron las circunstancias de que se trataba de niños de educación infantil y primaria, que se encontraban en un pasillo en forma de L de 200 m2 y donde coincidían unos trescientos niños bajo la vigilancia de solamente tres profesoras. Se concluyó en la Sentencia que « la lluvia no imponía necesariamente que los niños de varios grupos hubieran de concentrarse en el espacio común cubierto cuando se daba la alternativa de que cada grupo hubiera disfrutado del recreo en su correspondiente aula bajo la supervisión de la profesora encargada o de otra que la sustituyera durante el tiempo imprescindible para descansar, incumbiendo precisamente a la dirección del centro docente la organización necesaria para que tal solución alternativa fuera posible antes de permitir que trescientos niños se concentraran en 200 m2 en forma de L, y por tanto sin visibilidad simultánea por las tres profesoras presentes, para disfrutar del recreo, lo que por demás explica que a las tres les pasara inadvertido el empujón que a la niña le dio otro alumno». En el mismo sentido, la STS 509/2008, Civil, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4488)

No obstante, también encontramos otras sentencias que mantienen la consideración de que la responsabilidad es objetiva o cuasiobjetiva. Es el caso de la STS 210/1997, Civil, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:1997:1715) donde como *obiter dicta* se manifiesta que « La nueva redacción del artículo 1903, establece según el general sentir de la doctrina y de la jurisprudencia de esta Sala, una responsabilidad prácticamente objetiva, en cuanto señala que las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias». En la misma línea se encuentran otros pronunciamientos como es el caso de la SAP Madrid, Sección Decimoctava, de 11 de octubre de 2007 (ECLI:ES:APM:2007:13994) en la que se afirma que: «...si por una parte, el nuevo sistema parece exonerar al maestro y al profesor, por otra, supone un caso de responsabilidad objetiva. Ello se reconoce por la propia Exposición de Motivos que pone el acento en la capacidad de organización del centro. Si los titulares, personas físicas o jurídicas, son los responsables del buen funcionamiento de cuantas actividades realizadas a su amparo, las responsabilidades que se causen en el desarrollo de tales actividades han de recaer sobre tales centros, con abstracción de la culpa. Responden tales titulares en los casos que no media culpa propia y en los que exista culpa levísima, leve o grave o dolo del profesor, y todo lo más el centro podrá repetir contra éste»<sup>27</sup>.

Frente al panorama expuesto, donde se constata la existencia de una pluralidad de opiniones, se propone otra línea interpretativa que se centra en la necesidad de distinguir entre distintas hipótesis.

Siguiendo a ATIENZA NAVARRO<sup>28</sup>, en el art. 1903.VI CC tienen cabida dos hipótesis diferentes: en primer lugar, los supuestos en que a la causación del daño por el alumno contribuye el comportamiento negligente de un profesor; en segundo lugar, aquellos otros en que, sin mediar culpa alguna por parte de los docentes, las deficientes medidas organizativas del centro han sido causa indirecta del daño. Continúa la autora afirmando que el daño puede imputarse a una y otra hipótesis y ello permitiría dibujar diferentes categorías de culpa: *in vigilando*, *in educando*, *in eligendo*<sup>29</sup> y culpa relacionada con las medidas de organización que debe seguir un centro docente<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> También la SAP Madrid, Sección Décima, de 18 de diciembre (recurso 355/2008).

<sup>28</sup> ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, 2001, pp. 82 ss.

<sup>29</sup> Como señala PEÑA LÓPEZ, «Esta culpa–hecho obstativo, se suele denominar culpa *in vigilando*, *in educando*, *in custodiando* o *in eligendo*, según los casos, haciendo referencia a que consiste en un incumplimiento de los deberes de diligencia relativos a la vigilancia, educación, custodia o elección del dependiente. No se trata, por tanto, de una verdadera responsabilidad vicaria, sino por culpa propia. Pese al tenor del precepto, la jurisprudencia ha objetivado casi completamente alguno de los supuestos regulados en este artículo». En ÁLVAREZ LATA et al., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código civil (edición en línea)*, 5ª edic.

<sup>30</sup> En relación a la responsabilidad organizativa del centro escolar, señala GRIMALT SERVERA «que la responsabilidad civil ex art. 1903, párrafo quinto, CC se fundamente en la responsabilidad organizativa de los centros escolares, no excluye el deber de vigilancia de los centros escolares sobre sus alumnos, tal como se deduce del propio art. 1903, párrafo quinto, CC, al disponer que los centros escolares responderán de sus alumnos que “... se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro”... Este deber de vigilancia se integra en la responsabilidad organizativa del centro escolar...». GRIMALT SERVERA, en ATAZ LÓPEZ/ COBACHO GÓMEZ (dir.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*. Tomo II, p. 1276-1277.

De lo anteriormente expuesto, distinguimos entre dos supuestos en función de que el daño provenga de la falta de organización, cuidado y vigilancia o bien del dolo o culpa grave del profesor. En el primer caso, que será el más habitual, entiendo que la responsabilidad tiene un carácter marcadamente subjetivo. Sin embargo, cuando el daño producido se conecta con el dolo o culpa grave en el que ha incurrido el profesor en el ejercicio de sus funciones del profesor, entendemos que la responsabilidad adquiere un carácter objetivo pues éste es el motivo por el que el titular del centro responde y lo que justifica que según señala el art. 1904.II CC pueda repetirse en el profesor la totalidad de las cantidades satisfechas. Aquí incluso se podría defender una responsabilidad vicaria del centro docente.

La postura mantenida anteriormente es socialmente admisible al defender con carácter general una responsabilidad subjetiva de los centros docentes pues favorecerá adecuadamente la formación del menor (Vid. STS 686/2001, Civil, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2001:7278)<sup>51</sup>. Una responsabilidad objetiva generalizada haría que los centros docentes adoptaran muchas medidas de precaución para evitar posibles daños, lo que redundaría negativamente en los menores al limitarse en exceso el desarrollo de su personalidad. La vida implica riesgos que todos los ciudadanos deben asumir.

En cualquier caso, cuando la responsabilidad de la persona o entidad titular del centro docente sea subjetiva, procederá la inversión en la carga de la prueba de la culpabilidad. Así se desprende de la lectura del art. 1903 CC, como lo ha defendido la doctrina<sup>52</sup> y la jurisprudencia. En concreto señala la STS 510/2009, Civil, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4488) que «se atribuye la carga probatoria, por medio de la inversión de la misma, al centro educativo, siendo éste quien ha de probar que se actuó con la diligencia debida en el tiempo y en el lugar, y sin omitir deberes objetivos de cuidado».

La singularidad de la responsabilidad que analizamos exige plantear otra cuestión trascendental en materia de culpa. Para que exista la responsabilidad del titular del centro docente es preciso que el acto u omisión realizado por el menor sea objetivamente culpable y ello aunque no se precise que el menor sea imputable. No tendría sentido que se respondiera de los daños causados por un menor no imputable, cuando ese mismo acto si lo hubiera realizado un mayor imputable no hubiera sido objeto de responsabilidad<sup>53</sup>. En algunas sentencias así se ha defendido, como es el caso de la STS 1266/2001, Civil, de 28 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:10425) donde se afirma

---

<sup>51</sup> En concreto, se trataba de un caso donde una menor que jugaba al tren chu chu sufrió daños provocados por la caída sobre ella de un grupo de niñas. En la sentencia se afirma que sólo cabría evitar el daño «sometiendo a la niña a la más absoluta inactividad desde un temor ajeno a toda realidad, malo para proporcionarle la formación que le es debida, para su normal desenvolvimiento según su edad, para la confianza que debe alcanzar en sus posibilidades disfrutadas entre iguales y en sitio y ambiente adecuados».

<sup>52</sup> Señala PEÑA LÓPEZ: «El artículo 1903 establece un régimen de responsabilidad subjetiva o por culpa, sin embargo la culpa o negligencia funciona dentro del mismo como hecho impeditivo de la pretensión resarcitoria: el demandante no tiene que acreditar la culpa para obtener el resarcimiento, pero el demandado puede acreditar un comportamiento diligente para quedar exonerado de responsabilidad...». En ÁLVAREZ LATA et al., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código civil (edición en línea)*, 5ª edic.

<sup>53</sup> En concreto BELUCHE RINCÓN señala que: «Como regla, no es presuntivo de la responsabilidad ex 1903 CC la concurrencia del causante material del daño ex 1902 CC; sí es determinante que su actuación sea “objetivamente” negligente». En SOLER PRESAS/DEL OLMO GARCÍA (coords.), *Practicum. Daños. 2017*, p. 324.

rotundamente que la «... *responsabilidad... no puede exigirse con éxito en este supuesto, en el que no se aprecia culpa de las menores*»<sup>34</sup>.

## 2.4 Los profesores como sujetos responsables

Son diferentes las opiniones existentes sobre si los profesores pueden o no ser sujetos directos de la responsabilidad por los daños causados por los alumnos menores que se encuentren bajo su vigilancia y control<sup>35</sup>. Así, según GRIMALT SERVERA<sup>36</sup> cabe demandar al profesor directamente vía art. 1902 CC y solicitarle el pago de una indemnización cuando se aprecie culpa in vigilando. En la misma línea se pronuncia, ROCA I TRIAS quien defiende que si el responsable es uno de los maestros o profesores, puede demandarse directamente al que causa el daño por aplicación del art. 1902 CC<sup>37</sup>.

No obstante, defendiendo otra postura. La reforma operada por la Ley 1/1991 tenía como objetivo evitar que los profesores respondiesen por los daños que causasen los alumnos menores de edad y por ello suprimió su responsabilidad en el texto del art. 1903 CC. Por ello, en atención a dichos antecedentes legislativos, se puede sostener que con la actual regulación solo responden las personas o entidades que sean titulares de centros docentes de enseñanza no superior. Sería contrario al espíritu de la reforma normativa admitir que los profesores, vía art. 1902 CC pudiesen responder directamente por los daños que ocasionen los alumnos que están bajo su control y vigilancia.

En todo caso, el hecho de que las víctimas no puedan plantear sus pretensiones frente al profesor, no les perjudica pues siempre podrán dirigirse contra el centro docente al que se le supone mayor solvencia económica para, en su caso, indemnizar los daños ocasionados.

---

<sup>34</sup> Los hechos que motivan esta Sentencia son la reclamación por el padre de la menor Edurne del « pago solidario de veinte millones de pesetas, en concepto de indemnización por daño moral ocasionado por la pérdida del ojo derecho de su hija de cinco años, Edurne , producida cuando jugaba, en el tiempo de recreo, a saltar la comba en el colegio a cuyas clases asistía, al soltar unos de los extremos de la misma la niña María Esther de la misma edad que la lesionada con la que compartía el juego, con tan mala fortuna que dio en el ojo de la hija del que reclama la cantidad causándole lesiones en el mismo, que pese a los cuidados prestados por los servicios médicos, le produjo, tras unas cataratas traumáticas, la pérdida de la visión del mismo». Continúa la Sentencia que: « Respecto a la responsabilidad del Colegio, y a tenor de lo expuesto en relación con la doctrina de esta Sala, hay que tener presente, que no se puede atribuir una responsabilidad culposa omisiva, ya que tenía el recreo vigilado por una profesora, que fue la que atendió en el primer momento a la menor lesionada, y que de acuerdo con la prueba practicada, el accidente se produjo cuando practicaban un juego sin riesgo y de general uso entre las niñas de esa edad, por lo que no se puede apreciar actitud omisiva de la vigilante del recreo de las niñas...».

<sup>35</sup> Debe tenerse presente que ROCA I TRIAS, interpreta de forma singular el art. 1904.2 CC en el sentido de entender que «cuando sea el profesor el causante directo del daño a los alumnos o, incluso, a terceros será él el único responsable... Por tanto, la víctima del daño debería dirigirse contra el causante del mismo. Pero esta posibilidad viene interferida por lo que dispone el artículo 1904.2 CC... La explicación pienso que debe hallarse...en... que... nos hallamos ante un caso de responsabilidad viaria del titular del centro». «La acción de repetición prevista en el art. 1904. Del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, nº 1. 1998, p. 29

<sup>36</sup> GRIMALT SERVERA, en ATAZ LÓPEZ/ COBACHO GÓMEZ (dir.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*. Tomo II, p. 1307.

<sup>37</sup> ROCA I TRIAS, *ADC*, vol. 51, nº 1. 1998, p. 30.

En esta línea, la jurisprudencia parece defender de forma generalizada que el profesor no responde directamente de los daños ocasionados por los alumnos vía art. 1902 CC<sup>38</sup>, y cabe destacar pronunciamientos rotundos como es el caso de la SAP de Tarragona, Sección Primera, de 23 de mayo de 2005 (recurso de apelación 14/2005) donde se afirma «... que la responsabilidad por culpa o negligencia es exigible directamente sólo al centro docente y no al profesor», lo que no implica que este pueda responder. Efectivamente, la citada reforma producida por la Ley 1/1991 no supuso que los profesores quedasen totalmente irresponsables pues según el art. 1904.II CC el titular del centro docente puede dirigirse contra el profesor reclamándole las cantidades satisfechas como indemnización, cuando los profesores hayan actuado con culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones que fuesen la causa del daño. Así si frente al perjudicado, responde, según defendemos, exclusivamente el centro docente, éste podrá repetir en el profesor las cantidades satisfechas, si se dan las circunstancias antes señaladas. Obsérvese que contrasta este régimen legal con el de la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los daños causados por sus dependientes pues en este caso, éstos podrán repetir en sus dependientes sin exigirse que exista dolo o culpa grave. Llama también a atención, que la acción de regreso sea opcional de forma que queda al arbitrio del titular del centro docente que ha indemnizado, la posibilidad de ejercitarla.

## 2.5 Otros posibles sujetos responsables

La regulación del CC favorece que junto al titular del centro docente puedan ser responsables otros sujetos pues el art. 1903 CC señala también que los padres responden de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda y los tutores responden de los daños causados por sus pupilos que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

En relación a los padres y tutores, no extraña que ellos puedan responder junto al titular del centro docente pues una interpretación integradora fundada en otras normas llevan a esa conclusión. En concreto así se desprende del art. 1.h bis) de la LOE donde se señala «El reconocimiento del papel que corresponde a los padres, madres y tutores legales como primeros responsables de la educación de sus hijos». Por ello, si el daño provocado por el menor procede de un defecto en la educación cabría que sus padres o, en su caso, sus tutores fuesen también responsables, aunque esta responsabilidad de los padres o tutores no surgiría de forma generalizada pues solo serían sujetos de la responsabilidad en los casos en los que confluya culpa *in educando* de los padres o tutores. También favorece dicha interpretación, el texto del art. 61.3 LORRPM que permite que los tutores o padres puedan responder junto a los titulares de los centros docentes y ello aunque este precepto se aplica a la responsabilidad por daños causados por delito. Así lo aconsejaría una interpretación integradora del art. 1903 CC. No tendría sentido que en el ámbito penal pudiesen concurrir los padres y/o tutores en la responsabilidad y que sin embargo dicha concurrencia no se permitiese en el orden civil.

También favorece la postura mantenida, los más recientes pronunciamientos judiciales, aunque en un primer momento se dictaron sentencias<sup>39</sup> en las que no se hacía responsable a los padres

<sup>38</sup> Es el caso de la STS 4488/2009, Civil, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4488), STS 1052/2000, Civil, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2000:1052).

<sup>39</sup> Es el caso de la citada STS 1039 /1996, Civil, 10 diciembre (recurso casación 1771/1993) donde se afirma: «probado en autos que las lesiones se produjeron en el aula del Colegio al que asistían ambos menores, estando



cuando los daños eran causados por los menores que se encontraban bajo la vigilancia y control de los centros docentes. A modo de ejemplo podemos citar la SAP Madrid, Sección Octava, de 7 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:18270) en la que estando un menor de 11 años en un campamento donde sufre daños a consecuencia de una agresión sexual realizada por otros menores, señala que los padres «como titulares de la patria potestad, deben responder de los graves hechos de carácter sexual cometidos contra otro menor, en cuanto responsables de la educación integral que deben dar a sus hijos entre la que se incluye la educación sexual y de respeto debido a los demás, siendo una responsabilidad objetiva, que no decae por la circunstancia de que estuvieran bajo vigilancia de la Asociación en el campamento, sino que se mantiene por el hecho de ostentar la patria potestad de los menores culpables». En la misma línea cabe citar la SAP Sevilla, Sección Quinta, de 30 de noviembre de 2007 (recurso apelación núm. 5837/2007-T) donde se sostiene que aunque no existe obstáculo legal “en que junto a la responsabilidad de los titulares del centro docente, se aprecie, al mismo tiempo la de los padres, operando entonces las reglas aplicables a los casos de concurrencia de varios culpables, si se da el supuesto de que se aprecie que contribuyeron negligentemente, en alguna medida, a la producción del daño. Tal circunstancia es claro que se produce si permiten o no se preocupan de controlar que sus hijos lleven consigo al centro escolar objetos que puedan resultar en sí mismos peligrosos, con los que después resulta que causan daño a otros menores, pero se produce también cuando se aprecia que el daño se debe a una inadecuada educación imputable a los padres».

Por otra parte, llama la atención que el art. 1903 CC no mencione además de padres y/o tutores a otros sujetos que pueden tener a su cargo el menor cuando éstos causan el daño. Sobre esta cuestión existen pronunciamientos del Tribunal Supremo donde se proclama que no cabe una interpretación extensiva o analógica del art. 1903 CC no admitiendo más supuestos que los mencionados en ellos (STS 977/2003, Civil, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:6372)<sup>40</sup>. Sin embargo, no se puede obviar que se está matizando este criterio en la práctica pues existen sentencias recientes de Audiencias Provinciales en las que se extiende la responsabilidad a otros sujetos al amparo de una interpretación extensiva de la norma<sup>41</sup>.

Ante este contexto y dado el silencio de la norma, parece conveniente utilizar de nuevo como criterio de interpretación el argumento integrador el art. 61.3 LORRPM donde se desprende que cabe extender la responsabilidad a otros sujetos no mencionados en el art. 1903 CC. Efectivamente, si el virtud del art. 61.3 LORRPM se establece que en casos de responsabilidad

---

bajo vigilancia de dos profesores, la codemandada no ejercía ni podía ejercer en ese momento sus funciones de vigilancia sobre su hija menor, ya que desde el momento de la entrada en el centro hasta su salida del mismo al finalizar la jornada escolar, esas funciones de vigilancia se traspasan a los profesores y cuidadores del colegio (véase en este sentido Sentencias de esta Sala de 10 noviembre 1990, 3 diciembre 1991 y 15 diciembre 1994), por ello no puede atribuirse culpa alguna a doña Aurelia G. en la producción del evento, al amparo del artículo 1903.2.º del Código Civil ». Doña Aurelia era la madre del menor causante de las lesiones.

<sup>40</sup> Se señala en la STS citada que «La doctrina es casi unánime al afirmar que los supuestos que menciona este artículo son taxativos y no admiten ningún tipo de ampliación, criterio que inspiró la Sentencia de 30 de abril de 1969». Otra Sentencia en la que se consideran responsables a los padres, estando el menor causante del daño con su abuelo es la STS 721/2016 Sala de lo Civil, Sección Primera, de 5 diciembre (recurso casación 2987/2014).

<sup>41</sup> Obsérvese que incluso se ha llegado a considerar responsable al AMPA que organizó la actividad que produjo el daño. Vid SAP Pontevedra, Sección Sexta, de 11 julio de 2019 (ECLI:ES:APPO:2019:1603). Vid. también el apartado 2.2 de este trabajo.

civil derivada de delitos cometidos por un menor, responderá junto con el menor los padres, tutores, acogedores, guardadores legales o de hecho, no tendrían sentido que estos sujetos respondiesen civilmente solo en el ámbito derivado de los ilícitos penales. Debemos por ello entender que el tenor del art. 1903 CC permite integrar en el mismo a otros sujetos que también se encargan de forma amplia de la guarda del menor<sup>42</sup>.

En cualquier caso, si se produce una concurrencia de responsabilidades entre el centro docente y otros sujetos entre los que podría incluso encontrarse el propio menor si es civilmente imputable, se organizaría dicha concurrencia conforme al régimen de la solidaridad, cuando no sea posible individualizar la concreta participación en los hechos dañosos de cada uno de los responsables<sup>43</sup>. Esta reconocida solidaridad está en sintonía con una tendencia similar de numerosas legislaciones de nuestro entorno<sup>44</sup>. Además doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que la responsabilidad extracontractual es solidaria cuando no sea posible individualizar el alcance de la responsabilidad y ello pese a que ninguna norma del Código civil lo señala y que según el art. 1137 CC la solidaridad no se presume. Son numerosas las argumentaciones que se utilizan, destacando aquella que lo fundamenta en que la solidaridad beneficia a la víctima, pues le permite dirigirse contra el responsable más solvente sin abordar el tema de la concreta participación de los responsables en la causación del daño. Pero este argumento no es el único. Así ÁLVAREZ OLALLA defiende que el art. 1137CC que impediría la solidaridad, no es aplicable a la responsabilidad civil extracontractual pues «tiene su origen en el artículo 1202 del Código napoleónico que... se encontraba recogido en sede de obligaciones contractuales. Además el argumento está avalado por un criterio de interpretación literal puesto que los art. 1137 y 1138 contienen expresiones tales como “las obligaciones que expresamente lo determinen” o al “texto de las obligaciones”...». Por ello, continúa la autora- «Ante la

---

<sup>42</sup> C. SEUBA TORREBLANCA/ FARNÓS AMORÓS/FERNÁNDEZ CRENDE, «Daños causados por personas con trastornos mentales», consideran que «no es pacífica la cuestión sobre si el listado de personas referidas en el art. 1903 CC es un *numerus clausus o apertus*. En concreto, esto adquiere gran relevancia en la posible responsabilidad de los guardadores legales o de hecho del discapacitado. Como veremos, la jurisprudencia se ha decantado sin ninguna duda por considerarlo como un *numerus apertus* que alberga también la responsabilidad de guardadores», *InDret 2/2004*, p. 15.

BELUCHE RINCÓN nos recuerda que son dos los argumentos que permiten la extender la vigencia del art. 1903 CC «a situaciones diversas de las previstas...mediante su aplicación analógica, o a través de su interpretación extensiva». En SOLER PRESAS/DEL OLMO GARCÍA (coord.), *Practicum. Daños. 2017*, p. 326.

<sup>43</sup> Vid. SAP Madrid, Sección Octava, de 7 noviembre de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:18270).

<sup>44</sup> ÁLVAREZ OLALLA, afirma que «La solidaridad es la solución elegida en los ordenamientos que, a diferencia del francés, han abordado la cuestión de forma específica, en sede de responsabilidad civil extracontractual no derivada de delito. Así por ejemplo en el derecho alemán rige la aplicación de la solidaridad, tanto para obligaciones contractuales (parágrafo 427 BGB) como para las extracontractuales (parágrafo 840.1 BGB). En el derecho italiano, si bien el código de 1865 estableció inicialmente la regla de la mancomunidad para las obligaciones en general en el art. 1188, resulta que para las obligaciones extracontractuales el artículo 1156 establecía la regla contraria...Finalmente el código de 1942, acoge la regla de la solidaridad pasiva como regla general.... También en el derecho suizo el artículo 143 del Código suizo de obligaciones establece una presunción contraria a la solidaridad respecto a las obligaciones contractuales, sin embargo, en el art. 50.1 establece la regla contraria para las obligaciones extracontractuales cuando varios han causado juntos un daño, están obligados solidariamente a repararlo. En el derecho portugués, rige la regla de la no presunción de solidaridad en el ámbito de las obligaciones contractuales (artículo 513 del código civil portugués) y el de la solidaridad para las obligaciones extracontractuales (art. 497) presumiéndose iguales las culpas». No obstante, como señala el mismo autor, «En Inglaterra, la solidaridad se aplica en las obligaciones extracontractuales, sólo en caso de responsabilidad por hecho de otro y en caso de coautoría, en los demás casos la regla es la mancomunidad». *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, Pamplona 2015, p. 62.

existencia de una laguna legal, trataríamos de colmar dicha laguna acudiendo a métodos de integración del ordenamiento» que conducen a la solidaridad<sup>45</sup>. No obstante, hay autores que sostienen que la solidaridad puede tener consecuencias negativas pues la parte insolvente no tendrá incentivo para evitar su conducta en el futuro.

Ahora bien, la solidaridad que se predica de la responsabilidad civil extracontractual tiene perfiles diferentes a la solidaridad propia de las relaciones contractuales, lo que ha llevado a denominar la misma de forma peculiar. Así se han utilizado los términos de solidaridad impropia, obligación *in solidum*, *ex post facto* o social. Debe tenerse presente que la solidaridad de que se trata es la solidaridad pasiva en tanto que lo trascendente es que existe una pluralidad de deudores que tienen una obligación de reparar el daño.

Ahora bien, si calificamos como impropia la solidaridad, se debe determinar qué implica dicha calificación. Es notorio que la solidaridad impropia es de creación jurisprudencial y cómo señala ATAZ LÓPEZ<sup>46</sup>, ello puede tener diversos significados. «La solidaridad impropia lo es por no proceder de pacto ni de ley<sup>47</sup>... La solidaridad impropia lo es por producirse una disociación entre las relaciones externas y las internas...<sup>48</sup> y La solidaridad impropia lo es por ser una solidaridad *ex post facto*<sup>49</sup>...»

Al tratarse de una responsabilidad solidaria que es pasiva, cabría reflexionar sobre el régimen aplicable. Y en principio, al tratarse de solidaridad ello implicaría que el perjudicado podría dirigirse contra todos, algunos o uno de los posibles responsables solicitándoles el abono de la totalidad de la indemnización por el daño producido. Y una vez satisfecha la responsabilidad civil si fuesen varios o solo uno el que la ha abonado, podrá solicitar del resto la cantidad que les correspondiera. En este sentido, son dos las posibilidades existentes, o bien aplicar el régimen general de la solidaridad y por tanto el art. 1145 CC, o bien aplicar por extensión a todos los posibles casos de concurrencia en la responsabilidad, el art. 1904.II CC referido a la acción de regreso del centro docente frente al profesor que hubiere incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.

---

<sup>45</sup> En concreto menciona la autora el argumento de la “analogía legis” respecto al Código Penal y el argumento de la “analogía iuris” que se desprende de las leyes especiales. ALVAREZ OLALLA, *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, 2015, pp. 47 ss.

<sup>46</sup> ATAZ LÓPEZ, «La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», Ponencia, Cáceres 16 de noviembre de 2006, pp. 12 ss.

<sup>47</sup> Considera ATAZ LÓPEZ, op. cit. p. 12, que «El principal inconveniente que a mi modo de ver tiene esta reducción de la solidaridad impropia a la no establecida por ley o por pacto, además de la admisión de que estamos ante una cuasi-derogación jurisprudencial del artículo 1137, se encuentra en que bastaría con que una ley admitiera en ciertos casos la solidaridad que antes había sido establecida por la jurisprudencia, para que la solidaridad dejara de ser impropia y se convirtiera en propia, con lo que ello implicaría de no aplicación del régimen general de la solidaridad impropia».

<sup>48</sup> Según ATAZ LÓPEZ, op. cit. p. 15, esta tesis significa partiendo de las STS de 22 de abril de 1992 y 14 de mayo de 1992 que tuvieron como M.P. José Almagro Nosete, que : «la noción de solidaridad impropia “afecta a las relaciones internas entre los corresponsables, pero no al perjudicado o dañado”, idea en la que insiste la segunda de las sentencias, señalando que en estos casos la naturaleza solidaria es sólo externa, “mientras que internamente las relaciones de reparto o distribución de la responsabilidad resultante y las acciones de repetición que correspondan se fijan por criterios diferenciados».

<sup>49</sup> Continúa el citado autor ATAZ LÓPEZ, op. cit. p. 16, que la solidaridad sea *in solidum* implica que «es la propia sentencia la que constituye la solidaridad, pudiéndose entonces hablar de una solidaridad *ex post facto*».

Señala BELUCHE RINCÓN<sup>50</sup> que conforme nuestra mejor doctrina y por aplicación analógica del art. 1904 CC, cabría ejercitar la acción de regreso frente a los hijos y menores cuando sean imputables civilmente, por lo que siguiendo este mismo criterio esta misma vía podría ser utilizada como fundamento de la acción de regreso para otros posibles responsables.

No obstante, otra es la opinión que se defiende en este trabajo. Entendemos que una norma especial, referida específicamente a supuestos de concurrencia como responsables de los titulares de centros docentes y profesores que han actuado con culpa grave o dolo, no puede aplicarse analógicamente a casos no previstos en la misma, especialmente cuando partimos de que los profesores no pueden ser sujetos directos de la responsabilidad frente a la víctima. Por tanto, solo cabría aplicar el art. 1145.II CC «El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo». Ahora bien, estando en el ámbito de la responsabilidad del art. 1903 CC que es una responsabilidad directa sería necesario determinar previamente el porcentaje de cada uno de los sujetos implicados, en atención a su grado de participación en la producción del daño y cuando ello no sea posible se entenderá que procede la parciaridad aplicando las reglas generales.

### **3. Centros docentes públicos y daños ocasionados por sus alumnos menores de edad**

Cuando el daño provocado por el alumno menor ha nacido de un ilícito civil estando el menor escolarizado en un centro de educación público, será preciso ejercitar la acción de responsabilidad civil frente a la Administración Pública siendo de aplicación el art. 32.1 la LRJSP<sup>51</sup>. Se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

A pesar que la doctrina y jurisprudencia de forma mayoritaria considera que cuando el centro docente es concertado hay que acudir al Código civil por aplicación a los colegios concertados de la regulación propia de los colegios privados, sin embargo sería conveniente cambiar el criterio por lógica del sistema. Las reglas que se aplican a la Administración deberían extenderse a los daños producidos en centros docentes concertados pues no en vano, como ya hemos señalado, afirma el art. 108. 4 LOE que «la prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados», lo que denota que si el servicio público de educación se presta a través de centros privados concertados, la Administración también debe responsabilizarse de ellos tanto más cuando, como analizaremos, la responsabilidad civil de la Administración es objetiva. No obstante, pese a lo expuesto, es generalizada la consideración de que a los centros docentes concertados se les aplica la misma normativa que a los centros privados, es decir, el Código civil.

Resulta sorprendente que siendo de facto las circunstancias dañosas similares cuando el daño lo produce el alumno menor en un centro privado, concertado o público, sin embargo se aplique

---

<sup>50</sup> BELUCHE RINCÓN, en SOLER PRESAS/DEL OLMO GARCÍA (coord.), *Practicum. Daños. 2017*, p. 328.

<sup>51</sup> Según el art. 32.1 de la LRJSP: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico que soportar de acuerdo con la ley...».

una regulación jurídica diferente que alcanza incluso a la naturaleza de la responsabilidad, siempre objetiva cuando nos encontramos ante centros públicos.

### 3.1 Presupuestos de la responsabilidad

Para abordar los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, hemos de partir con carácter previo, de su naturaleza objetiva como se desprende del art. 32 LRJSP que señala que la Administración responde por los daños ocasionados por « funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico que soportar de acuerdo con la ley».

Así cuando el daño lo produce un menor escolarizado en un centro docente público, la Administración solo puede evitar responder en casos de fuerza mayor, respondiendo en los supuestos de caso fortuito. Pero hemos de matizar esa afirmación pues como se señala en el Dictamen 63/2008 de 2 de abril del Consejo Jurídico de la Región de Murcia «... si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico...Para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular, y que el mismo sea imputable a dicho servicio público»<sup>52</sup>.

Por tanto, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración, que es objetiva, es preciso que concurran determinados presupuestos. A estos efectos, es dable acudir, aunque parte de un contexto diferente, de la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de 4 junio 2001, (recurso contencioso-administrativo 2182/1998)<sup>53</sup> donde se dice que «los requisitos conceptuales de la responsabilidad de la administración son los siguientes a) La existencia de una efectiva lesión o daño evaluable económicamente, e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. b) El daño debe ser antijurídico o lo que es lo mismo, la persona que lo sufre no debe estar obligada jurídicamente a soportarlo. c) Existencia de una relación de causalidad directa entre el funcionamiento de la Administración y el daño. Y d) Que no haya concurrido fuerza mayor»<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> En esta misma línea, vid. SSTS 4694/2004, Contencioso-administrativo, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2004:4694); 5835/2002, Contencioso-administrativo, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2002:5835).

<sup>53</sup> Como consta en el fundamento de Derecho Primero de la citada sentencia, los hechos que determinaron la misma son: « Susana C. C.... sufrió un accidente el 13.04.98 en el C.E.I.P.... durante el horario de recreo, cuando se hallaba en el patio del centro, bajo la vigilancia del Profesorado, mientras jugaba con un grupo de alumnos tirándose piedrecitas (de menos de 1 cm de diámetro), hasta que uno de los compañeros lanzó una al aire dándole en la boca a Susana lo que le produjo la fractura del incisivo superior izquierdo, que requirió una endodoncia y una corona para su restauración con un coste de 49.000 pesetas».

<sup>54</sup> Como señala GÓMEZ DÍAZ-ROMO «No se exige individualización del agente causante para que el daño resulte imputable a la Administración, pudiendo tratarse de daños anónimos o impersonales, atribuibles a la organización». *Responsabilidad patrimonial derivada de acoso escolar*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 203.

Se trata de una responsabilidad directa lo que implica, siguiendo a MARTÍN SALAMACA<sup>55</sup> que « ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa a efecto, entre el actuar de la Administración y el daño producido. La doctrina administrativista, tratando de definir qué sea relación causal a los efectos de apreciar o no responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada».

Ahora bien, dado que estamos abordando la responsabilidad patrimonial de la administración en casos de daños provocados por un alumno menor escolarizado en un centro público, hemos de plantearnos cuándo existirá tal responsabilidad. En este sentido es significativo la SAN, Contencioso-Administrativo, de 26 de septiembre de 2002 (ECLI:ES:AN:2002:5246) donde se deduce que «tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, ya ha señalado esta Sección (sentencias de 16 de marzo de 2000 y 8 de marzo de 2001, entre otras), que no todo hecho y consecuencias producidos en un centro docente pueden imputarse al funcionamiento del servicio, sino que es necesario que sean atribuibles como propios o inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio y propios del afectado». Y con base en la citada sentencia, señala reiteradamente el Consejo Jurídico de la Región de Murcia en numerosos dictámenes y en concreto en el Dictamen 77/2023 que «la Administración titular del servicio público docente ha de responder por los daños causados por los alumnos de dichos centros cuando concurren los requisitos establecidos en los artículos reguladores de la responsabilidad patrimonial (artículos 32 y siguientes de la LRJSP), complementados en este punto por el artículo 1903, quinto... por lo que, conforme al artículo 1.903, último párrafo, del Código Civil, los titulares de los centros docentes responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando las actividades escolares» a las que podemos añadir extraescolares o complementarias. Se acude de nuevo a una interpretación integradora del ordenamiento para la correcta aplicación del art. 32 LRJSP al ámbito en estudio<sup>56</sup>, interpretación que también debe amparar trasladar aquí todas las indicaciones relacionadas con la imputabilidad del menor, de manera que no es precisa la misma para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración siempre que se den los presupuestos propios de la responsabilidad.

### 3.2. La concurrencia de otros sujetos responsables.

Dada la naturaleza de la responsabilidad que nos ocupa, cabe que junto al centro docente público, también puedan considerarse responsables otros sujetos además del propio menor como son los sujetos que asumen la patria potestad u otras funciones tutelares o de guarda. En este caso, existiría un sujeto responsable público y otro-s privado-s, lo que obliga a decidir entre la jurisdicción competente para entablar la acción y las normas aplicables. A este respecto señala el art. 9.4 LOPJ que... « Los del orden contencioso-administrativo... Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la

---

<sup>55</sup> MARTÍN SALAMANCA, «La responsabilidad por hecho ajeno». Epígrafes 7 y 8, en SOLER PRESAS/ DEL OLMO GARCÍA (coord.), *Practicum. Daños*. 2017, edit. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 367.

<sup>56</sup> Vid. DÍAZ MADRERA, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*, edit. Reus, 2007, p. 119

actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva»<sup>57</sup>. De ello se deduce que el orden jurisdiccional frente al que se ejercitará las acciones será el contencioso administrativo, independientemente que los sujetos reclamados sean privados y públicos. No obstante, el hecho de que se enjuicie en el mismo orden jurisdiccional no debe implicar que la normativa material aplicable sea la misma, pues podría ser LRJS y también el CC.

Mención especial merece cuando la conducta dolosa, culposa o negligente del personal de la Administración (profesor) también ha determinado la producción del daño causado por el alumno menor. En estos casos, según indica el art. 36 LRJSP, la Administración competente, previa instrucción de un expediente podrá exigir a dicho personal, la responsabilidad en la que hubiera incurrido y «para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso». Obsérvese que al igual que en el Código civil, los profesores que sean personal de la Administración solo responderán en caso de dolo o culpa grave, pero en este caso la Administración no reclama a su personal «las cantidades satisfechas» sino que para «dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».

#### **4. Responsabilidad civil de los centros docentes por los daños ocasionados por sus alumnos menores de edad en supuestos de ilícitos penales**

Cuando los daños producidos por los alumnos menores de edad son ilícitos penales, como nos recuerda DE LA ROSA CORTINA<sup>58</sup>, tenemos que aplicar varios reenvíos legales. De una parte el art. 1092 CC<sup>59</sup> fija un primer reenvío al Código Penal, el Código Penal<sup>60</sup> a su vez reenvía para mayores de catorce años y menores de dieciocho a la LORRPM que a su vez reenvía al Código Penal para

---

<sup>57</sup> Obsérvese que como se señala en la STS 595/2008, Civil, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2008:3583) en un tiempo anterior a la entrada en vigor de la reforma del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Leyes Orgánicas 6/1998, de 13 de julio, y 19/2003, de 23 de diciembre, cuando era preciso demandar conjuntamente con un ente administrativo, a un particular y a una entidad aseguradora, era aplicable una reiterada doctrina jurisprudencial que aplicaba «en tales casos la doctrina de la *vis attractiva* de la jurisdicción civil».

<sup>58</sup> DE LA ROSA CORTINA, «Responsabilidad civil por delitos cometidos por menores», en *Seminario de Especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas*, 2017. Accesible en internet: <https://www.fiscal.es/documents/20142/100049/Ponencia+de+la+Rosa+Cortina%2C+J.+Miguel++doc.pdf/d5bc0f8c-280a-f050-4231-c555d81fe462?t=1531139411763> (Consultado el 10/05/2024), p.3.

<sup>59</sup> El art. 1092 CC señala que «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos... se regirán por las disposiciones del Código Penal».

<sup>60</sup> Según el art. 19 CP: «Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

determinar la extensión de la responsabilidad, y, también reenvía al CC y a la LEC<sup>61</sup> para fundamentar la responsabilidad civil de los menores cuando la parte perjudicada se reserva la acción para ejercitarla en el ámbito civil. Por tanto, si el menor de dieciocho y mayor de catorce años ha cometido el delito se aplicará la LORRPM salvo cuando el perjudicado se ha reservado el ejercicio de las acciones al orden civil. Además si el menor que ha cometido el hecho materialmente delictivo es menor de catorce años no se aplica la LORRPM y la responsabilidad civil se rige por las previsiones señaladas en el Código civil. Resumiendo, se constata que existiendo daños provocados por un delito cometido por un menor cabe acudir a la vía civil derivada de los arts. 1902 y ss. o bien a la prevista por la LORRPM.

La existencia de específicas normas de responsabilidad civil en textos penales, encuentra su justificación en razones históricas. Las controversias codificadoras surgidas en el S. XIX que retrasaban la publicación del CC y que provocaron que se anticipara la entrada en vigor del Código Penal de 1822, determinaron esta incorporación al texto penal de normas que regulaban la responsabilidad civil nacida de un delito<sup>62</sup>. Pero estas razones originarias<sup>63</sup>, no deberían servir de argumento actualmente para mantener dicha la doble regulación en el CC y LORRPM, pues la respuesta del ordenamiento jurídico debería ser similar cuando el daño es provocado por un menor independientemente de que provenga de un ilícito penal o civil. Lo que se indemniza es el daño ocasionado, no la acción u omisión que haya provocado el mismo. No obstante, este no es más que un ejemplo de que en ocasiones las soluciones transitorias devienen en definitivas, lo que debería ser evitado<sup>64</sup>.

La citada doble regulación plantea numerosos problemas pues existen entre ellas diferencias notables que van desde los sujetos responsables hasta en general cuestiones significativas referidas al régimen jurídico aplicable, lo que dificulta el abordaje del tema y crea situaciones inadecuadas como las que se derivan de que la misma responsabilidad pueda ser solicitada por la LORRPM o bien por el Código civil. Todo ello aconseja proponer para el futuro, una reforma legislativa unificadora de la materia y para el presente plantear la búsqueda de soluciones que uniformen las interpretaciones de la normativa aplicable.

---

<sup>61</sup> Vid art. 61.1 LORRPM. También en el CP se encuentra una norma similar; nos referimos al art. 109.2 de CP «...El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil».

<sup>62</sup> Llama la atención que en el Código Penal de 1822 se estableciera una responsabilidad subsidiaria de lo que denominaban “jefes de colegios”. En concreto señalaba el art.27 en su tercera regla que *“los tutores y curadores, los gefes de colegios, ú otras casas de enseñanza á pupilage, los ayos, amos y maestros respecto de los menores de diez y siete años que tengan igualmente en su compañía y á su inmediato cargo, en cuanto no alcancen los bienes que á estos pertenezcan”*.

<sup>63</sup> Explica GANDÍA PÉREZ desde otra perspectiva la doble regulación. Textualmente defiende que: «coincidimos con la idea de que la presencia en el Código penal de las normas que regulan la responsabilidad civil *ex delicto* responde a una particularidad histórica que carece hoy en día de mayor fundamento. Pero discrepamos de la explicación que suele darse a esta particularidad. Y es que estamos persuadidos de que la doble regulación de la responsabilidad extracontractual no es, en realidad, causa, sino más bien consecuencia de la confusión, reinante ya en el siglo XIX, acerca de la verdadera naturaleza y origen de la responsabilidad civil derivada de delito... En nuestra opinión, la (verdadera) razón de que la responsabilidad civil derivada del delito se regule en el Código penal y no en el civil –como sería más acorde a su naturaleza– se debe al hecho de que los redactores de nuestro primer texto punitivo –...– se inspiraron, en este punto, en un proyecto de Código penal francés del año IX del calendario republicano (1801), que se hacía eco, a su vez, de algunas tesis de Domat». «La responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital», *Anuario de Derecho Civil*, 2020, pp. 484 y 486.

<sup>64</sup> También se han planteado como fundamento de la duplicidad cuestiones de economía procesal.



En cualquier caso, no se puede obviar la manifiesta diferencia existente entre la responsabilidad penal y responsabilidad civil pues esta última nace exclusivamente cuando existe daño y no le es aplicable el principio de personalidad de las penas lo que permite que se puede solicitar a otros sujetos que no han cometido el hecho delictivo (aseguradores...). Además en la responsabilidad civil rige siempre el principio dispositivo y su finalidad es meramente reparadora frente a la finalidad que persigue la responsabilidad penal recogida en el art. 25 CE<sup>65</sup>. Todo ello justifica que, si bien el principio de presunción de inocencia opera en el ámbito penal, sin embargo, no se aplica en la responsabilidad civil pues aquí el principio de protección de la víctima se convierte en el eje central<sup>66</sup> de la regulación.

Pero la distinta naturaleza de la responsabilidad civil y penal nacida del delito no impide que exista una necesaria conexión entre ellas, pues si existe responsabilidad civil nacida de delito es precisamente porque existe un daño y una condena penal sin la cual, en principio, no puede existir responsabilidad civil nacida del delito. No obstante, nos recuerda RODRÍGUEZ ALMIRÓN<sup>67</sup> que hay «situaciones donde a pesar de existir una sentencia absolutoria puede haberse originado una responsabilidad civil... Esto ocurre, por ejemplo, cuando se aprecia la eximente del artículo 20 CP por incurrir en el sujeto una alteración en la percepción, una alteración psíquica, o en el supuesto de apreciación de eximente por intoxicación plena. También habrá de pronunciarse cuando el Juez...en el supuesto en el que se haya dictado una sentencia absolutoria por concurrir a causa de inexigibilidad de miedo insuperable. Por el contrario, en aquellos casos en los que se aprecie una causa de justificación, - como ocurre con la legítima defensa... - no se generará ningún tipo de responsabilidad civil. Si surgirá la responsabilidad civil en los casos en los que se aprecie una causa de justificación incompleta - por ejemplo, en el supuesto de exceso en la defensa - siempre y cuando exista daño. Otros supuestos, como el error en su modalidad de invencible, excluyen la responsabilidad criminal pero no la responsabilidad civil»<sup>68</sup>.

Con estos mimbres es preciso tener presente que, en todo caso, cuando el daño se produce a consecuencia de un hecho tipificado como delito en el Código Penal o las leyes penales especiales resulta de aplicación la LORRPM siempre que el delito haya sido cometido por personas mayores de catorce años y menores de dieciocho y el perjudicado no se haya reservado el ejercicio de las acciones en la vía civil<sup>69</sup>. Y en esta regulación nos vamos a centrar en este apartado, al abordar la específica responsabilidad civil causada por daños de alumnos menores.

---

<sup>65</sup> Vid. RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *Aspectos jurídicos-dogmáticos y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad civil ex delicto*, edit. Dykinson, 2023, pp. 37 ss., y, MARTÍNEZ RUIZ, *La reparación del perjuicio como comportamiento postdelictivo positivo como instrumento de política criminal*, Dykinson, 2017, pp. 31 ss.

<sup>66</sup> Sobre las distintas teorías sobre la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto*, vid. RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *Aspectos jurídicos-dogmáticos y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad civil ex delicto*, 2023, pp. 25 ss.

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *Aspectos jurídicos-dogmáticos y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad civil ex delicto*, 2023, pp. 21 y 22.

<sup>68</sup> Vid. arts. 14, 20, 118 CP.

<sup>69</sup> Señala textualmente el art. 61.1 LORRPM que: «... La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercerá por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El art. 61.3 LORRPM señala «... Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden...». Con carácter previo dos cuestiones merecen ser resaltadas; por una parte, los centros docentes no son específicamente mencionados en la norma como sujetos responsables lo que justifica que se aborde esta cuestión detenidamente con posterioridad; y por otra parte, se dibuja una responsabilidad con caracteres singulares en relación a la responsabilidad dibujada en el Código civil que seguidamente se precisan.

Frente a la regulación del Código civil, se observa en la LORRPM que para que exista responsabilidad de los sujetos que se mencionan es preciso que exista previamente responsabilidad civil del mayor de catorce años y menor de dieciocho años presupuesto que no se exige en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de un ilícito civil. Así la existencia de responsabilidad civil de los propios menores es presupuesto ineludible para que puedan ser responsables, en su caso, otros sujetos responsables.

Además si es de naturaleza predominante subjetiva la responsabilidad dibujada en el art. 1903.VI CC, sin embargo el art. 61.3 LORRPM configura una responsabilidad objetiva que no obstante no impide que se tenga que valorar la posible culpabilidad a los efectos de moderar la responsabilidad de los sujetos responsables que no sean menores, cuando se den las circunstancias previstas en la norma. En este punto también se puede constatar la existencia de otra diferencia significativa pues si bien el Código civil en su último párrafo prevé la posibilidad de exoneración de la responsabilidad a que se refiere el art. 1903 CC cuando se acredite que se empleó toda la diligencia precisa para prevenir el daño, sin embargo en el art. 61.3 LORRPM solo se permite la moderación de la responsabilidad y ningún caso la exención. No obstante, esta diferenciación es solo formal pues en la práctica, como señalamos, la exención de responsabilidad apenas prospera en los tribunales.

En todo caso, es preciso tener presente que frente a los perjudicados la responsabilidad siempre se manifiesta de forma objetiva lo que lleva a que producido el daño y acreditado la relación de causalidad con el delito cometido, se tiene que responder civilmente.

#### **4.1 El menor como sujeto responsable: presupuestos de la responsabilidad**

Como puso de manifiesto IZQUIERDO TOLSADA, la LORRPM al regular la responsabilidad civil de los menores « resulta mucho más severa que las de los Códigos Civil y Penal, algo que dicen de manera explícita numerosas sentencias»<sup>70</sup> pues fija con rotundidad que los menores responden y que la responsabilidad tiene una naturaleza objetiva; además esta responsabilidad objetiva también se extiende a los sujetos a que se refiere el art. 61.3 LORRPM, padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho.

El art. 61.3 LORRPM señala claramente que el mayor de catorce años y menor de dieciocho años responde siempre; de ello se deduce que se sigue un criterio biológico para atribuir la

---

<sup>70</sup> IZQUIERDO TOLSADA, «¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015», *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 2 (2016), p. 46.

responsabilidad sin mayores exigencias. Pone de manifiesto IZQUIERDO TOLSADA que aunque «El art. 61.3 LORRPM deja, en fin, mucho que desear, pero por lo menos se puede decir que es la norma más clara del ordenamiento jurídico español en la que se proclama, sin margen de duda, que los menores son responsables. Al menos los que son mayores de catorce años»<sup>71</sup>

Para el caso en el que el hecho dañoso fuera perpetrado por un menor de catorce años, no existiría relevancia penal sin embargo podría existir responsabilidad civil del propio menor para el caso de que se considerase imputable. A estos menores que acabamos de mencionar, según el art. 3 LORRPM «... se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero».

Sobre la responsabilidad civil de los mayores de catorce y menores de dieciocho por daños derivados de la comisión por estos de un delito, no existe ninguna matización a su responsabilidad en función de la edad que tengan, y, ello aunque según el art.10 LORRPM sea necesario distinguir entre menores de catorce y quince años, y, menores de dieciséis y diecisiete años a los efectos de establecer reglas especiales de aplicación y duración de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores. Sin embargo, dicha norma es irrelevante a los efectos de determinar la responsabilidad civil que surge de la comisión de un delito en atención al daño ocasionado. Todos los menores de catorce a diecisiete años que han cometido un delito responden civilmente si han provocado un daño indemnizable.

En todo caso, al tratarse de responsabilidad civil es preciso que se den los presupuestos adaptados al supuesto que abordamos, es decir, el menor debe haber cometido un delito que supone la acción u omisión determinante del daño y debe existir una relación de causalidad entre el delito y el daño. No se precisa que haya que valorar el criterio de imputación subjetiva, pues el menor responde en el caso previsto en el art. 61.3 LORRPM por responsabilidad objetiva. Efectivamente, un importante sector doctrinal<sup>72</sup> defiende su fundamento objetivo justificándolo principalmente en una interpretación literal de la norma<sup>73</sup>.

También sostiene mayoritariamente la jurisprudencia que la responsabilidad del menor en la LORRPM es objetiva, lo que se traslada también a los otros sujetos responsables pues según

---

<sup>71</sup> IZQUIERDO TOLSADA, *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 2 (2016), p 48.

<sup>72</sup> Argumenta ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad, 2000*, pp. 164 ss. que son varios los motivos que nos indican que la responsabilidad es objetiva: la tramitación parlamentaria, los motivos que llevaron al legislador a acometer la reforma y que se recogen en la Exposición de Motivos, y, el dato legal de que el art. 61.3 LORRPM aborde el tema de la moderación de la responsabilidad, pero no de su exoneración

<sup>73</sup> Mantiene una posición contraria, LÓPEZ SÁNCHEZ cuando afirma que «Del tenor de la norma se extrae que mientras la responsabilidad del menor es de carácter subjetivo, la del resto de personas llamadas a responder es de carácter objetivo». «Delimitación de sujetos civilmente responsables veinte años después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica Reguladora de la responsabilidad penal de los Menores», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, edit Aranzadi, 2021, p. 1788.

señala la SAP Asturias, Sección Segunda, de 07 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APO:2023:1206)<sup>74</sup> que « este sistema de responsabilidad civil cumple la doble finalidad de amparar mejor los derechos de las víctimas, a las que libera de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndolas frente a la frecuente insolvencia del menor infractor; y, en segundo lugar, de conseguir una mayor implicación de los padres, tutores y guardadores en el proceso de socialización de los menores, imponiéndoles consecuencias reparadoras de las infracciones que éstos cometan<sup>75</sup>» .

Que la responsabilidad sea objetiva implica que producido el daño a consecuencia de un delito causado por una acción u omisión del menor y existiendo relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión, el menor y los sujetos mencionados en el art. 61 LORRPM responderán, según proceda, sin que exista la necesidad de probar que actuaron con culpa o falta de diligencia.

Sobre la relación de causalidad entre la acción u omisión delictual y el daño, se puede acudir a la STS 1094/2005, Penal, de 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5537), que aunque referida a persona mayor de edad puede traerse a colación. Señala la citada sentencia que aunque debe producirse causalidad natural para que exista relación de causalidad, sin embargo esta causalidad natural no es suficiente pues «la imputación del resultado requiere además verificar: 1º. Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. 2º. Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción. La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado. El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que

---

<sup>74</sup> Consideramos esta Sentencia aplicable al caso, al abordar la naturaleza de la responsabilidad, aunque se refiera al caso de un menor que cometió el delito cuando pese a estar fugado se encontraba bajo la tutela de la Junta de Andalucía.

<sup>75</sup> En la misma línea se encuentran las sentencias que se citan y que tampoco recaen específicamente en centros docentes. Nos referimos a las SAP Islas Baleares, Sección Segunda, de 15 mayo de 2020 (ECLI:ES:APIB:2020:864) y SAP Málaga, Sección Octava, de 12 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:APMA:2012:3732) . Se pone de manifiesto en la SAP Sevilla, Sección Tercera, de 12 febrero de 2020 (ECLI:ES:APSE:2020:2350) que «La responsabilidad civil que recoge la L.O. 5/00 es configurada como de naturaleza objetiva, directa y solidaria del menor y sus padres, tutores, guardadores de hecho y demás responsables de su educación y cuidado. Se ha introducido, utilizando las palabras del legislador, un principio en cierto modo revolucionario de responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos, de sus padres, tutores, acogedores o guardadores. Esta responsabilidad nacería de su propia conducta, distinta e independiente de la del menor, consistente en la omisión de su deber de educar al citado menor, no habiendo utilizado correctamente el uso de las facultades de corrección que le correspondían».

estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la “autopuesta en peligro” o “principio de la propia responsabilidad”. Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva».<sup>76</sup>

Por tanto, como fija la STS 765/2021, Penal, de 13 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3689): «Consecuentemente, el delito no produce dicha responsabilidad civil cuando existe una ruptura del nexo causal, proclamando nuestra jurisprudencia que la relación de causalidad no debe observarse desde bases exclusivamente naturales que engargen con las consecuencias jurídicas, sino que debe evaluarse la conexión a partir de la teoría de la relevancia, esto es, que además de verificarse la concurrencia de una causalidad natural, se aprecie que la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y que el resultado del comportamiento consiste precisamente en la materialización del peligro jurídicamente desaprobado (STS 1094/2005, de 26 de septiembre) ».

#### **4.2. Los centros docentes como sujetos responsables**

En relación al tema que nos ocupa, el art. 61.3 LORRPM establece como responsables solidarios de los daños y perjuicios causados por el menor que ha cometido el delito junto al propio menor, a una serie de sujetos (padres, tutores, acogedores, guardadores legales y de hecho) pero sin mencionar de forma expresa a las personas o entidades titulares de centros docentes.

La falta de mención legal a los centros docentes en la LORRPM, ha provocado la existencia de dos posiciones enfrentadas. Un sector considera que no cabe incluir en el tenor literal del art. 61.3 LORRPM a los centros docentes pues no se les mencionan. Otro sector sostiene que se pueden entender incluidos los centros docentes al amparo del término guardador de hecho que menciona la citada norma. En cualquier caso, sea cual sea la teoría seguida es preciso aclarar que por aplicación del art. 61.1 LORRPM, los perjudicados podrán instar la acción civil conforme a la regulación civil en cuyo caso sería de aplicación del art. 1903.VI CC donde se menciona específicamente a los centros docentes. Pero admitir esta opción como única vía para reclamar la responsabilidad al centro docente implicaría una victimización secundaria del perjudicado obligándole necesariamente a entablar otro procedimiento además del penal para poder reclamar la indemnización por los daños sufridos. Por ello, se defiende que conforme a un criterio hermenéutico fundado en una visión integradora de los preceptos que se refieren a esta materia, se podría interpretar el art. 61.3 LORRPM incluyendo en el término “guardador de hecho” a los centros docentes pues no tendría sentido entender que no responde civilmente el titular del centro docente cuando el daño provocado por el menor provenga de un delito, cuando responde en los casos en los que el daño procede del ilícito civil.

En la jurisprudencia podemos encontrar sentencias en las que se incluye como guardador de hecho a los centros docentes y junto a ellos por las mismas razones a los centros de reforma o de

---

<sup>76</sup> Vid. también la SSTS 630/2023, Penal, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3539) y 1494/2003, Penal, de 10 noviembre, (recurso casación 2725/2002), ambas referidas a personas mayores de edad.

protección. A este respecto es interesante traer a colación el texto de una sentencia que se dictó en relación a un delito cometido por un menor mientras disfrutaba de una salida en un periodo en el que se encontraba internado en un centro de reforma. Dice la SAP Islas Baleares, Sección Segunda, de 15 mayo de 2020 (ECLI:ES:APIB:2020:864) « Respecto al concepto de guardador de hecho la Ley reguladora no define que ha de entenderse por tal y al respecto de si los centros de reforma de menores o los docentes pueden o no estar integrados en esa categoría o grupo, la respuesta ha de ser afirmativa y ello por cuanto aunque las funciones tutelares y de vigilancia sobre el menor que ejercen los referidos centros de reforma son transitorias y no desplazan la responsabilidad de los padres, en tanto en cuanto la Disposición Final Primera de la ley reguladora dispone que “tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales”, resulta por ello de aplicación el supuesto de responsabilidad civil que consagra 120.3 del CP, referida a: “las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos... cometidos en establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido de modo que no se hubiera producido sin dicha infracción”; con la particularidad de que por efecto y aplicación directa de lo que establece el artículo 61.3, dicha responsabilidad no es subsidiaria como proclama el CP, sino que tiene el carácter de solidaria, con base al fundamento de la protección que consagra la Ley Penal del Menor dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad y el aseguramiento y amparo que concede a la víctima del delito frente a la conducta criminal del menor y su presumible falta de capacidad económica».

Por todo lo expuesto, se considera factible interpretar el art. 63. 1 LORRPM de forma que permita atribuir la responsabilidad a las personas o titulares de centros docentes al amparo del término “guardador de hecho”, aunque ello implique adoptar una categoría de guardador de hecho en cierta forma alejada de la que formalmente se desprende de los arts. 237 y 238 CC y 52 de la ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV). Se trataría entonces de seguir la línea mantenida por la SAP Málaga, Sección Octava, de 26 mayo de 2022 (ECLI:ES:APMA:2022:1921) donde se señala que «partimos de que el guardador de hecho se describe como aquella persona que, por propia iniciativa o por acuerdo con los padres o tutores, ejercita funciones de guarda de forma continuada, parece razonable incluir dentro de esta figura a los centros docentes toda vez que, además de desempeñar un papel fundamental en la formación y educación de los menores, asumen funciones de vigilancia y guarda durante la jornada lectiva de forma regular durante todo el año escolar».

A mayor abundamiento, esta interpretación sería coherente con otra que atiende a los antecedentes históricos y legislativos pues la omisión como sujetos responsables de los centros docentes del art. 61.3 LORRPM no ha sido buscada por el legislador. Así se pone de manifiesto en la SAP Cantabria, Sección Cuarta, 23 de diciembre de 2003 (ECLI:ES:APS:2003:2471) donde se afirma que aunque definitivamente en la LORRPM no se acoge esta mención sin embargo fue discutida en los debates parlamentarios «de donde se deduce que el propósito del legislador fue

el de entenderlos comprendidos en una de las categorías especificadas, como una especie dentro de un género más amplio» que sería los guardadores de hecho<sup>77</sup>.

Una vez que se entiende incluido en el art. 61.3 LORRPM a los titulares de centros docentes como guardadores de hecho, otra cuestión que hay que analizar es si existe o no alguna especialidad derivada de que nos encontremos ante un centro docente público, privado o concertado. Es notorio que si el delito que produce daños se comete por un alumno de un centro privado o concertado, la normativa aplicable es la LORRPM y ello por aplicación del art. 1092 CC. No obstante, se puede plantear dudas cuando el centro docente es público.

En los casos en que el menor que comete el delito sea alumno del centro docente público nos encontramos con dos normas que parecen ser contradictorias. Por una parte, si se considera al titular del centro docente público como guardador de hecho, sería de aplicación el art. 61.3

---

<sup>77</sup> En concreto señala la citada SAP Cantabria, Sección Cuarta, de 23 de diciembre de 2003 (ECLI:ES:APS:2003:2471) que «Puede sorprender que no aparezcan mencionadas expresamente como responsables en la Ley 5/2000 los Centros de Enseñanza, a pesar de que, por ejemplo, en el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 1995 se indicase en su artículo 37.3 que las personas o Entidades públicas o privadas que fuesen titulares o de las que dependiese un Centro de Enseñanza eran responsables civiles subsidiarios por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del Centro menores de 18 años, durante los periodos en que se hallaran bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro y estuviesen desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, siempre que existiese negligencia en dicha vigilancia, recogiendo asimismo este supuesto en la Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor presentada el 29 de noviembre de 1996; sin embargo, en el Borrador de Trabajo sobre el Proyecto de la Ley penal juvenil de 30 de octubre de 1996 y en el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997 se omite cualquier referencia a la responsabilidad del titular del Centro docente, al igual que sucede con la L.O. 5/2000. Ahora bien, la omisión de legislador no es un descuido pues, como indica López Sánchez, su presencia queda constatada durante los debates parlamentarios de donde se deduce que el propósito del legislador fue el de entenderlos comprendidos en una de las categorías especificadas, como una especie dentro de un género más amplio, habiéndose incluso presentado enmiendas en el Congreso proponiendo la expresa inclusión de las personas o entidades públicas o privadas que fuesen titulares o de las que dependiera un centro de enseñanza. En definitiva, el centro de enseñanza se va a equiparar a guardador de hecho (entendiendo por tal, en sentido amplio, aquella persona que, por propia iniciativa o por acuerdo con los padres o tutores, ejercita funciones de guarda, de forma continuada e independiente), ya que asumen por delegación las funciones de vigilancia y guarda de los menores desde su entrada en el centro hasta la salida del mismo, durante la jornada lectiva de forma regular durante todo el año escolar (sin olvidar, lógicamente, el relevante papel que desempeñan en la formación y educación del menor). En suma, hemos de partir de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participaran en el proceso de gestión educativa del menor y ejerzan sobre el mismo un control aunque sea potencial o cuasi-potencial, de su comportamiento».

Destaca por su interés el argumento de la SAP Baleares, Sección Segunda, de 18 de octubre de 2012 (ECLI:ES:APIB:2012:2335) que al analizar si los centros docentes pueden incluirse en el concepto de guardador de hecho sostiene que «la respuesta ha de ser afirmativa y ello por cuanto aunque las funciones tutelares y de vigilancia sobre el menor que ejercen los referidos centros son transitorias y meramente provisionales y no desplazan la responsabilidad de los padres, en tanto en cuanto La Disposición Final Primera de la ley reguladora dispone que “tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales”, resulta por ello de aplicación el supuesto de responsabilidad civil que consagra 120.3 del CP, referida a: “ las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido de modo que no se hubiera producido sin dicha infracción”; con la particularidad de que por efecto y aplicación directa de lo que establece el artículo 61.3, dicha responsabilidad no es subsidiaria como proclama el CP , sino que tiene el carácter de solidaria, con base al fundamento de la protección que consagra la Ley Penal del Menor dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad y el aseguramiento y amparo que concede a la víctima del delito frente a la conducta criminal del menor y su presumible falta de capacidad económica».

LORRPM, siendo la jurisdicción penal aplicable. Sin embargo, del art. 61.4 LORRPM también podría desprenderse que en estos casos se aplicaría el art. 32 LRJSP en sustitución del derogado art. 145 de la Ley 30/1992, con lo que además deberíamos acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta aparente contradicción sobre la normativa aplicable, ha sido analizada por la Jurisprudencia, como es el caso de la SAP de Tarragona 397/2005, Sección Segunda, de 12 de abril (recurso 899/2003) en la que se afirma: «la contradicción entre dichas normas solo es aparente y resultado de defectuosa técnica legislativa; esta afirmación se funda en lo siguiente: a) la norma especial es de aplicación preferente a la norma general; específicas son las normas contenidas en el Título VIII, sobre responsabilidad civil, de la Ley 5/2000, donde se atribuye la competencia a la Jurisdicción de Menores; genéricas son las normas de la Ley 30/92 sobre Régimen Jurídico de la Admón. Pública; b) en el aspecto temporal la Ley penal del menor 5/00 es posterior a la Ley 30/92; c) la colisión entre dichas normas debe resolverse del modo siguiente: los guardadores legales o de hecho del menor, sean públicos o privados, responden solidariamente con él y la jurisdicción competente es la de Menores, según el art. 64 citado; esta responsabilidad puede concurrir y es compatible con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública originada por el funcionamiento normal o anormal de sus servicios, dado que el art. 61-4 dice "En su caso, se aplicará también lo dispuesto en el art. 145 de la Ley sobre Régimen jurídico de la Admón. Pública"».

Por todo lo expuesto, podemos concluir que producido un daño como consecuencia de la comisión de un delito por un alumno menor, se precisará acudir a la jurisdicción penal y será de aplicación los preceptos de la LORRPM siendo indiferente que el centro docente sea público, privado o concertado. Ahora bien a falta de mención concreta en la norma, entendemos que por interpretación integradora, la responsabilidad del titular del centro docente privado o concertado, o de la Administración procedería en el marco previsto en el art. 1903.VI CC es decir cuando el delito se haya cometido por el menor «durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias», interpretada esta norma de forma extensiva.

### **4.3 Otros sujetos responsables y la solidaridad**

Si partimos de que los centros docentes pueden ser responsables civiles solidarios al ser guardadores de hecho, procede reflexionar sobre cómo se organiza dicha responsabilidad al concurrir con la de otros sujetos y siempre con la responsabilidad civil de los alumnos menores. Para ello, se ha de partir del art. 61.3 LORRPM donde se establece que en caso de responsabilidad civil nacida de delito responderán solidariamente con el mayor de catorce y menor de dieciocho años por los daños y perjuicios causados «sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden». Y la lectura del citado precepto, nos lleva a plantearnos cómo podemos entender “por este orden”.

Para abordar la cuestión es esclarecedora la SAP Islas Baleares, Sección Segunda, de 15 mayo de 2020 (ECLI:ES:APIB:2020:864) donde se afirma «... cabe plantearse si el orden que establece el artículo 61.3 de la LORRPM es excluyente respecto del subsiguiente o no, es decir, si se puede exigir responsabilidad civil a varios de los distintos grupos que recoge el precepto o no, ya que así parece desprenderse de los términos utilizados por el legislador al introducir en la redacción



del precepto la expresión “... por este orden”. Del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia se podría considerar la existencia de tres sistemas distintos: 1.- La tesis del orden excluyente en la que la existencia de miembros de un grupo anterior excluye la de los siguientes. 2.- La tesis del orden acumulativo que no impide establecer una responsabilidad solidaria de miembros de las distintas categorías nombradas en el artículo 61.3 y, finalmente: 3.- La tesis de la gestión efectiva del proceso educativo, según la cual serán responsables civiles solidarios los miembros de las categorías nombradas que en el momento de suceder los hechos delictivos eran los gestores reales del proceso educativo del menor, independientemente de la existencia de miembros de categorías anteriores<sup>78</sup>...»

Coincidimos con la Sentencia que transcribimos en que «... una interpretación lógica y sistemática nos conduce a entender que lo que el legislador ha pretendido es que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que en el artículo 61.3 se enumeran, en la que en el momento de causarse los daños por el menor ejerciera sobre el mismo los contenidos de la patria potestad, o alguno de ellos. El fundamento de esa responsabilidad conjunta y solidaria por parte de personas o entidades integradas en distintas categorías de sujetos respondería al control, siquiera potencial, que pueden ejercer sobre la conducta del menor y por tanto la posibilidad que tienen para prevenir y evitar sus actos ilícitos generadores de una conducta dañosa, pues sería absurdo, por ejemplo, el atribuir a unos padres a quienes se les hubiera privado de la patria potestad la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por un hijo cuya guarda y custodia se hubiera encomendado a un tutor. De ahí que el orden previsto legalmente en el artículo 61.3 no supone un orden de exclusión automática y sucesiva, de modo que existiendo padre se excluya al tutor, al acogedor o guardador, pues ello sólo sería así, si la existencia del mismo va acompañada del ejercicio de la totalidad o haz de facultades conjuntas que integran la patria potestad. Por el contrario, si parte de las facultades se delegan manteniendo una facultad de superior vigilancia y cuidado, lo propio es compartir responsabilidades, debiendo en todo caso responder de forma solidaria y sin perjuicio de las

---

<sup>78</sup> Se precisa a mayor abundamiento en la Sentencia que nos ocupa que «Estos problemas de determinación de responsables se presentan con especial intensidad en los supuestos de concurrencia de padres biológicos u otros potenciales responsables junto con el titular del centro de reforma, cuyos profesores y directores actúan como verdaderos guardadores de hecho cuando los menores se hallan bajo la dependencia y tutela de los mismos. Existen resoluciones que parecen inclinarse por la imposibilidad de responsabilidad acumulada de los distintos responsables potenciales, decantándose por imponerla exclusivamente a la Comunidad Autónoma en caso de centros de su titularidad. Así, por ejemplo, en un supuesto de menor tutelado por la Entidad Pública se ha considerado que responde solidariamente con el menor la Comunidad Autónoma pero no los padres (sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 23-12-2002 y sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 09-06-2004) y en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Álava de fecha 16-06-2009 (nº 186/2009, recurso 15/09) establece únicamente la responsabilidad de la Entidad Pública de Protección de Menores en relación con un menor respecto del que asumió la guarda, aunque el delito fue cometido por el menor mientras estaba pasando unos días con su madre biológica. Por el contrario, también existen resoluciones judiciales en las que ante menores tutelados por las Comunidades Autónomas por una declaración de desamparo basada en el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad se ha optado por condenar de forma conjunta y solidaria a la Comunidad Autónoma y a los padres (sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 24 de febrero de 2005 y sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 10 de junio de 2008). Para esta Sala una interpretación literal de la norma posibilita una responsabilidad excluyente en atención al orden que dicha norma establece, pero siguiendo el criterio mantenido por una gran parte de Audiencias Provinciales del país (podemos citar a modo de ejemplo las sentencias de la AP de Málaga (sección 8ª) 572/09, de 9 de noviembre y 654/2011, de 10 de diciembre; sentencia 248/2010 de AP de Santa Cruz de Tenerife (sección 6ª) de 12 de mayo de 2010, AP de Almería de 8 de julio de 2011, Álava, sentencia nº 46/2009 de 13 de febrero y AP de Pontevedra - sección 2ª- nº 43/2011)».

acciones civiles que puedan corresponder entre sí a los corresponsables solidarios». Por tanto, atendiendo a las circunstancias concurrentes se podrá exigir responsabilidad civil al menor y también a los titulares de los centros docentes y, en su caso, a otros de los sujetos mencionados en el art. 61.3 LORRPM<sup>79</sup>, sin que sea preciso seguir literalmente el orden señalado en este precepto.

Ahora bien, si bien es cierto que pueden responder según el art. 61.3 LORRPM los padres, tutores, acogedores, guardadores legales y de hecho, sin embargo existen unas diferencias significativas conforme a la regulación contenida en el Código civil que al menos deben ser mencionadas aunque no sea objeto de análisis en este trabajo. Los padres a que se refiere el art. 1903 CC son aquellos que tienen bajo su guarda al menor, pero sin embargo ello no se exige en la norma penal especial lo que lleva a entender que todos los padres podrían ser responsables independientemente de que ostente o no la guarda<sup>80</sup>. Por otra parte, los tutores<sup>81</sup> a los que alcanzan la responsabilidad en el Código civil son aquellos que tienen a los menores bajo su autoridad y habitan en compañía de éstos, pero sin embargo ello no ocurre en la LORRPM donde se mencionan sin más a los tutores. Finalmente, los acogedores, guardadores legales y de hecho que se mencionan en la LORRPM, no se mencionan en el Código civil, y a la inversa los centros docentes mencionados en el Código civil no se referencian en la norma penal especial. En cualquier caso, todos los sujetos mencionados en el art. 61.3 LORRPM podrían ser responsables civilmente junto al menor y al centro docente si se dan los presupuestos para ello siempre que el daño haya procedido de la falta de vigilancia o de educación de los sujetos responsables.

#### **4.4 La moderación de la responsabilidad.**

La moderación de la responsabilidad es expresamente admitida en el art. 61.3 LORRPM aunque solo respecto de la responsabilidad civil de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho del menor y siempre que éstos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. Llama la atención que dicha moderación de la responsabilidad no se predique nunca de los menores y que se produzca una necesidad de valorar la existencia de diligencia o no en un supuesto de responsabilidad objetiva.

---

<sup>79</sup> Pero en la jurisprudencia es posible encontrar posturas muy posturas diferentes. Así llama la atención la SAP Álava 120/2005, Sección Primera, de 27 de mayo (recurso apelación 117/2005) donde se señala que «sería posible ejercitar en la citada Pieza una acción contra el menor responsable y sus padres como responsables directos y solidarios y contra un Centro educativo privado o público como responsable civil subsidiario, al amparo de los artículos 120.3 y 121 CP». Llama la atención que en esta Sentencia se citen normas del Código Penal.

<sup>80</sup> Las distintas exigencias que se precisan en el Código civil y en la LORRPM determinan que cuestiones que se analizan en el ámbito civil (separación y divorcio de los padres, tipo de guarda...), no se planteen en el ámbito de la LORRPM que solo exige para que respondan que sean padres. Ahora bien existe una diversidad de respuestas jurisprudenciales ante la distinta situación y hay sentencias donde incluso en caso de divorcio los padres, el progenitor que apenas ha tenido consigo al menor debe responder aunque no tengan la guarda del menor, SAP Lérida, Sección Primera, de 27 de junio de 2014 (ECLI:ES:APL:2014:556).

<sup>81</sup> Debe tenerse presente que los tutores pueden ser públicos o privados y que siendo privados pueden ser personas físicas o jurídicas y también cabe la posibilidad de que se distingan entre tutores de bienes y tutores de persona. En fin, se vislumbran un sinfín de singularidades que tendrían que analizarse según el caso concreto que se plantee.

La regulación de la moderación en el art. 61.3 LORRPM ha sido objeto de valoraciones muy diferentes. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO<sup>82</sup> crítica la regulación «En primer lugar, porque el legítimo objetivo de que la víctima se vea resarcida, sobre todo en situaciones en las que es frecuente la insolvencia del responsable civil, no debe ser satisfecho a cualquier precio, que resultará siempre excesivo si se exige a quien ha actuado de forma absolutamente diligente, haciendo lo humanamente posible por evitar el daño. En segundo lugar, porque el exigir una responsabilidad civil prácticamente objetiva a los padres, tutores, acogedores o guardadores respecto de los daños causados por la infracción penal cometida por sus hijos, tutelados, etc., puede dar lugar a resultados indeseados: si se ha de pagar –solidariamente– la responsabilidad civil en todo caso por esos daños, y sólo existe la posibilidad de su atenuación, pero nunca de su exclusión, en caso de demostrar que no se contribuyó con dolo o con imprudencia, ni grave ni leve, en la conducta infractora del menor, el resultado es que no compensará el esfuerzo, dado que se va a exigir responsabilidad civil de todos modos, en mayor o menor medida. El disuasorio mensaje que parece estarse emitiendo es que importará poco que desplieguen toda la diligencia posible, ya que en todo caso van a responder civilmente por los daños que causen con su infracción; tan sólo se moderará la cuantía».

Pero frente al anterior argumento, se alzan otros de peso como el recogido en la SAP Lleida, Sección Primera, de 27 de junio de 2014 (ECLI:ES:APL:2014:556) en la que se señala que «con arreglo a éste régimen de responsabilidad, se satisface una doble finalidad: en primer lugar, se garantizan los derechos de las víctimas en la medida en que se las protege de las insolvencias más que probables en las que pueden encontrarse los menores responsables y, en segundo lugar, también se procura - como dice la SAP de Barcelona de 5 de noviembre de 2009 - "una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores, responsabilizándolos de las consecuencias civiles que los menores cometan al transgredir los deberes que tienen sobre ellos».

En cualquier caso, sea cual sea nuestra postura es incontestable que ha de reconocerse la existencia de moderación, lo que nos lleva a clarificar dos cuestiones. La primera será determinar si la moderación que se predica de los responsables solidarios, debe ser interpretada en las relaciones internas o en las externas; y la segunda cuestión lleva a analizar qué significa la mención del art. 61.3 LORRPM cuando exige para que exista moderación que «no se haya favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave».

Al plantearse si la moderación se refiere a las relaciones externas o internas, se está abordando la cuestión de si dicha moderación incide en la reclamación del perjudicado, o, únicamente opera entre los propios responsables solidarios. No es fácil la respuesta al citado interrogante pues la norma guarda silencio sobre dicha cuestión. Por ello en principio cabrían ambas posturas en el texto de la norma.

No obstante lo anterior, existen razones de peso que aconsejan interpretar el art. 61.3 LORRPM de forma que la moderación solo afecte a las relaciones internas es decir que solo es oponible entre los sujetos responsables. La primera y quizás principal, es que en caso contrario se

---

<sup>82</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Comentario al art. 61 LORRPM: Inicio del procedimiento para exigir la responsabilidad civil», *Aranzadi Instituciones*, BIB 2008\3379, p.16.

perjudicaría gravemente a la parte perjudicada especialmente cuando el menor de dieciocho años fuera insolvente lo que es bastante habitual pues no vería satisfecha la total reparación del daño en caso de que procediese la moderación. Además si los «padres, acogedores, guardadores legales o de hecho» pudieran acogerse a la moderación de la responsabilidad frente al perjudicado, obligarían a éste a tener que afrontar legalmente este tema para obtener la indemnización lo que haría más gravoso la obtención de la reparación del daño.

En cualquier caso, debe tenerse presente que el art. 61.3 LORRPM únicamente permite la moderación de la responsabilidad, pero en ningún caso la exención de responsabilidad que proclama el art. 1903 CC. Así se desprende del tenor literal de la norma que justifica una interpretación generalizada en esta línea por la jurisprudencia<sup>83</sup>. Ahora bien, la claridad legal del tema no evita la incoherencia lógica que deriva de la circunstancia de que un mismo hecho al amparo del art. 61.1 LORRPM pueda ser abordado por la LORRPM o por el Código civil según el perjudicado se haya reservado o no el ejercicio de la reclamación de los daños al orden civil existiendo en uno y otro caso las reglas diferentes que hemos señalado. Parece necesario la reforma del sistema otorgándole coherencia y en tanto que dicha modificación legislativa no se produce, al menos es necesario favorecer en lo posible una interpretación integradora que nos llevaría a permitir la moderación de la responsabilidad en el orden civil, moderación que también se podría solicitar al amparo del art. 1103 CC. Por otro lado, sin bien es cierto que dicha interpretación integradora que defendemos favorecería extender la exención de la responsabilidad a la responsabilidad civil nacida de delito, sin embargo debe tenerse presente que esa exención de la responsabilidad a la que hace referencia in fine el art. 1903 CC en la práctica apenas tiene aplicación.

Sobre la segunda cuestión que nos planteamos, es decir, analizar la exigencia de que la moderación proceda cuando «no se haya favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave», merece destacarse que aunque el art. 61.3 LORRPM acoge un supuesto de responsabilidad objetiva, es preciso atender a condiciones de naturaleza culpabilística para valorar si cabe o no la moderación. Se manifiesta la posibilidad de moderación como una medida excepcional y potestativa y que como señala la SAP Málaga, Sección Octava, de 12 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:APMA:2012:3732) «desplaza a quien la invoca la carga de la prueba». Serán los que quieran verse favorecidos por la norma quienes tengan que acreditar que no actuaron con dolo o negligencia grave<sup>84</sup>.

Llegados a este punto se hace preciso anotar qué implica el dolo o negligencia grave. Habrá dolo cuando con consciencia y voluntad se favorece la conducta del menor que ha causado el daño. Existirá negligencia grave siempre que se hayan incumplido las reglas básicas de vigilancia,

---

<sup>83</sup> Vid SAP Cádiz, Sección Cuarta, de 12 noviembre de 2014 (ECLI:ES:APCA:2014:2203) donde se manifiesta que «en ningún caso va a ser posible excluir o exonerar de responsabilidad a los responsables solidarios, ni aunque acrediten haber actuado con la máxima diligencia, sino que, si por el contrario no han favorecido la conducta infractora del menor con dolo o negligencia grave, el Juez podrá, en su caso y además de forma no obligatoria sino facultativa, moderar, en el sentido únicamente de reducir pero no excluir, dicha responsabilidad, al tratarse de una responsabilidad objetiva, ajena a la noción de culpa civil, para quienes responden por hechos ajenos, prescindiéndose totalmente de los criterios de imputación subjetiva, los cuales únicamente se tienen en cuenta, como se ha indicado, para dejar al arbitrio del Juzgador la moderación de la responsabilidad».

<sup>84</sup> Esta circunstancia lleva a algunos pronunciamientos jurisprudenciales a considerar que la responsabilidad es cuasiobjetiva. Vid. SAP Lleida 2/2002, Sección Segunda, de 11 marzo (Recurso 4/2001)

control, cuidado que correspondan a los sujetos mencionados en el art. 61.3 LORRPM. Pero en todo caso, habrá que valorarse en atención a las circunstancias de cada caso. Así en la SAP Barcelona, Sección Tercera, de 18 mayo de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:6403) se estableció que no procedía la moderación de la responsabilidad de los padres porque «en el informe del Equipo Técnico se pone de manifiesto que el menor ha protagonizado en el pasado otros episodios violentos sin que conste que los progenitores hayan adoptado las medidas adecuadas para su corrección».

Sobre la específica moderación de la responsabilidad que pueda alegar la persona o entidad titular del centro docente, tal y como señala la SAP Málaga, Sección Octava, de 26 mayo de 2022 (ECLI:ES:APMA:2022:1921) «sería necesario acreditar que la conducta del centro escolar se había adecuado en todo momento a las medidas de precaución exigibles». Así si los hechos producidos eran imprevisibles no se pueden tomar medidas por el centro escolar, con lo que cabría la moderación. Continúa la sentencia «Estamos en un centro educativo, no en un centro de internamiento, el sistema educativo se basa en una confianza que se otorga a los alumnos sin poder exigir un sistema de vigilancia específico para evitar incidentes durante los intercambios de clase».

## 5. El aseguramiento de la responsabilidad

La materia en estudio debe ser completada con la posibilidad de que exista un aseguramiento de la responsabilidad, aseguramiento que puede darse tanto cuando el centro docente es público, como concertado o privado, independientemente de que exista responsabilidad civil derivada de un ilícito civil o penal. Este aseguramiento suele ser habitual.

Cuando exista un contrato de seguro de responsabilidad civil, según señalan los arts. 73 a 75 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), la aseguradora no tendrá que indemnizar el daño ocasionado, sino «cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho». En términos parecidos, se pronuncia el art. 63 LORRPM donde se establece que «...Los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la presente Ley serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda». Por ello, cuando abordamos el tema del aseguramiento, planteamos una cuestión relativa al alcance de la cobertura del seguro contratado que se relaciona evidentemente con la indemnización a satisfacer.

A estos efectos, siempre que exista una obligación del centro docente de indemnizar el daño causado por el alumno menor, la aseguradora cubrirá el riesgo del asegurado, siempre, dentro de los límites pactados. Tal y como señala ELGUERO MERINO<sup>85</sup> «el seguro de responsabilidad civil no

---

<sup>85</sup> ELGUERO MERINO, «Comentarios al art. 73. Objeto del seguro de responsabilidad civil. Límites» en ÁLVAREZ LATA, et al., BADILLO ARIAS (coord.), *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada (edición en línea)*, 4ª edic., edit. Thomson Reuters, 2022.

es un seguro a todo riesgo ni respecto a cualquier riesgo, ya que el contrato que se suscribe es, precisamente, para cubrir el riesgo de responsabilidad civil pero no otros riesgos ni de daños ni personales, y porque dentro de la responsabilidad civil pueden excluirse responsabilidades o causas concretas. No es tampoco un seguro ilimitado ni cuantitativa ni cualitativamente, aunque la responsabilidad civil sí lo sea en términos legales, como señala el artículo 1911 CC. No existe un seguro de responsabilidad civil para toda la responsabilidad de una persona o empresa. Todo lo que el seguro no cubra en ambos casos, será asumido por el patrimonio personal del asegurado o por el capital de la sociedad, en su caso». Así atender a los límites pactados, lleva a la necesidad de tener también presente, la suma asegurada y las exclusiones.

Como se deduce de los arts. 8 y 27 LCS la suma asegurada es una mención obligatoria de la póliza de seguro, que implica el límite máximo de la indemnización a pagar por cada siniestro. La Aseguradora podrá oponer al reclamante de la indemnización la excepción de dicha suma, cuando la indemnización solicitada supere el importe de la misma.

Para cuando se incorporen en el contrato de seguro exclusiones, éstas habrán de ser valoradas de forma restrictiva lo que justifica el pronunciamiento de la SAP Madrid, Sección Octava, de 7 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:18270) donde ante un supuesto de agresión sexual de un menor de 11 años sufrida en un campamento por otros niños de también 11 años de edad se establece que aunque la compañía aseguradora alega que «la reclamación que se solicita en la demanda es por daños y perjuicios por abuso sexual y que conforme al contrato de seguro suscrito con la Asociación, los daños causados a consecuencia de acoso sexual y los daños causados dolosamente están expresamente excluidos del aseguramiento», sin embargo no se admitió dicha pretensión. Se puso de manifiesto en la citada sentencia que «Omite la Cía. de Seguros algo importante, que los hechos fueron cometidos por menores de 14 años no sujetos a responsabilidad penal... por lo que dicha exclusión no cabe en este caso, pues no se puede hablar de dolo en los daños causados en el menor, tal y como expone el contrato de seguro».

Finalmente señalar que el perjudicado que puede ser la víctima u otro sujeto legitimado (heredero...) puede dirigirse frente a la Aseguradora para reclamarle el pago de la indemnización que le corresponda, mediante la acción directa a la que se refiere el art. 76 LCS. En este sentido como se desprende de la STS 727/2013, Civil, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5484 ) «El derecho propio del tercero perjudicado para exigir al asegurador la obligación de indemnizar, no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. De forma que el tercero perjudicado, cuando ese causante del daño está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76) ». Ello justifica que el asegurador pueda oponer al perjudicado, excepciones objetivas<sup>86</sup> derivadas del contrato de seguro, nunca las personales (art. 73 LCS)

---

<sup>86</sup> Señala como excepciones objetivas ELGUERO MERINO, las siguientes: falta de contrato o extinción del mismo, inexistencia del derecho del tercero a ser indemnizado y falta de cobertura del seguro para el hecho. «Comentarios al art. 76. Acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil y derecho de repetición de éste», en ÁLVAREZ LATA et al., BADILLO ARIAS (coord.), *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada (edición en línea)*, 4ª edic., edit. Thomson Reuters, 2022.

aunque según el art. 76 LCS puede oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. Además como señala la citada Sentencia el asegurador como responsable solidario «no puede repetir indiscriminadamente contra el asegurado, pues para ello debería concurrir dolo (art. 76 LCS), por lo que este supuesto de solidaridad se desmarca parcialmente de la rigurosidad de los arts. 1144 y 1145 del C. Civil ».

Es notorio que cuando exista contrato de seguro que cubra la responsabilidad civil, los perjudicados tendrán garantizada la indemnización de los daños sufridos pero dentro de los límites del contrato.

## 6. Responsabilidad civil de los centros docentes y entorno digital

La responsabilidad civil de los titulares de centros docentes merece un tratamiento singular cuando la acción dañosa causada por el alumno menor de edad se ha producido en el entorno digital al que se ha accedido por el uso de dispositivos digitales, lo que cada vez será más frecuente. Como señalan de modo muy descriptivo DEL REY ALAMILLO/OJEDA PÉREZ<sup>87</sup>, en la actualidad los menores se encuentran en una situación de “ciberconvivencia” pues sus relaciones personales se desarrollan de forma significativa en el denominado mundo virtual. Por tanto, la responsabilidad civil de los titulares de los centros docentes no puede limitarse a los límites físicos del centro pues ello implicaría desconocer una de las facetas en las que se desarrollan las relaciones personales de los menores.

En el ámbito de la responsabilidad civil que nos ocupa, la singularidad se focaliza en determinar cuándo el titular del centro docente se puede considerar responsable de una acción u omisión materializada en el entorno digital y/o por el uso de dispositivos digitales, especialmente teléfonos móviles. Con este fin y siguiendo el criterio de interpretación integrativa que venimos utilizando, debemos concluir que aunque nada se señala en el art. 32 LRJSP y art. 61.3 LORRPM sobre el ámbito en el que responden los titulares de centros docentes, parece coherente extender a estos ámbitos las previsiones establecidas en el art. 1903.VI CC para los centros privados o concertados por ilícitos civiles. Por tanto, los titulares de los centros docentes con carácter general responden cuando se hallan bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La cuestión es dilucidar qué ocurre cuando la acción dañosa se ha producido en el entorno digital y/o mediante dispositivos digitales como los teléfonos móviles. Es evidente, que el art. 1903.VI CC no previó dicha eventualidad y por ello se hace preciso analizar la conexión que debe producirse para que responda el titular del centro docente.

Afrontar la anterior cuestión, exige partir de una realidad; el entorno digital presenta peculiaridades que deben ser tenidas en cuenta. Existe diversidad de formas en las que se puede producir el daño<sup>88</sup>. Se observa, en estos supuestos, una lejanía del causante del daño respecto del

<sup>87</sup> DEL REY ALAMILLO/OJEDA PÉREZ, «Claves para prevenir el acoso y el «ciberacoso»: la mejora de la convivencia y «ciberconvivencia» en los entornos escolares», *Participación Educativa*, v.5, nº 8, 2018.

<sup>88</sup>Por ejemplo, a través de redes sociales, mensajería instantánea y/o mediante el uso de dispositivos digitales se pueden causar daños que pueden incluso ser constitutivos de delitos (*sexting*, ciberacoso...)En cualquier caso, como afirman ESTEVE MON y ESCRIBANO TORTAJADA «Por ejemplo, pueden captar fotografías de sus compañeros y del profesorado o trabajador del centro docente y publicarlas en las redes sociales, acompañadas de determinados comentarios, que pueden atentar, no sólo contra el derecho a la propia imagen sino también contra el derecho al honor, incluso a la intimidad. Sin el consentimiento de las personas afectadas, salvo que sea una de

que lo sufre que puede crear una apariencia de anonimato<sup>89</sup> y una percepción de impunidad; destacando también que este daño se puede prolongar durante las veinticuatro horas articulándose más allá del tiempo de estancia del alumno en el centro o bajo su supervisión. Además el daño puede extenderse exponencialmente provocando efectos muy dolorosos para el que lo sufre dada la posibilidad de viralización de los contenidos, extensión en la que es difícil determinar su duración y los ámbitos sociales que se verán afectados, dada su capacidad de reproducción.

Pero la complejidad de la cuestión, es aún mayor. Como se señala en un Informe de la Agencia española de Protección de Datos de 2024, en la actualidad la situación es que en la educación digital se utilizan dispositivos digitales por alumnos menores de edad como son teléfonos móviles, teléfonos inteligentes, ordenadores, tabletas... que en numerosas ocasiones pertenecen al alumno o sus familias y que se encuentran al margen de las posibilidades de control de los centros educativos. Además los mencionados dispositivos digitales “integran diversas funcionalidades que van más allá de la actividad estrictamente docente, como cámaras, catálogos de imágenes, grabadoras de voz y de vídeo, agendas de contactos, servicios de geolocalización, pasarelas a Internet, acceso a redes sociales, almacenamiento de datos personales, procesadores de textos, datos y contenidos multimedia, servicios de comunicación, etc. Los dispositivos digitales en el ámbito educativo tratan mucha información sin una separación clara entre el ámbito estrictamente educativo y la esfera privada de los usuarios”<sup>90</sup>.

Este contexto también se ve dificultado por las previsiones legales sobre el consentimiento de los menores para participar en las redes sociales. Según el Reglamento general de Protección de Datos<sup>91</sup> aunque se establece en su art. 8 que los menores a los 16 años pueden dar el consentimiento a los servicios de la sociedad de la información, sin embargo permite que los estados miembros puedan establecer otra edad siempre que no sea inferior a los 13 años. En este contexto, nuestro legislador<sup>92</sup> se decantó por la edad de 14 años para dar el consentimiento lo que implica que a partir de esta edad se dificulta la labor de vigilancia y control no solo a los progenitores sino también a los titulares de los centros docentes. Por otra parte, para menores de 14 años, los titulares de la patria potestad o tutela deben dar su consentimiento y ello plantea

---

las excepciones previstas en la normativa, se considera una intromisión ilegítima y por tanto, tal y como dispone el art. 9.3 L.O. 1/1982 se presume la existencia de daño, motivo por el cual se ha de indemnizar». «El uso de nuevas tecnologías en centros docentes. Problemas jurídicos que plantean» en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (dir), ESCRIBANO TORTAJADA (coord.), *Internet y los derechos de la personalidad*, edit. Tirant Lo Blanch, 2019, p. 264

<sup>89</sup> Anonimato que no siempre es real dado que es posible rastrear a los autores de la acción dañosa digital a través de identificadores tecnológicos como son el IMEI en el caso de los teléfonos móviles o la dirección IP en el caso de los ordenadores, a través de los cuales se puede saber el lugar de donde procede la comunicación.

<sup>90</sup> Se trata del Informe denominado «Responsabilidades y obligaciones en la utilización de dispositivos digitales móviles en la enseñanza infantil, primaria y secundaria», publicado por la Agencia española de Protección de Datos, en Septiembre de 2024, pp. 3 y 4.

<sup>91</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

<sup>92</sup> Vid. Art. 7 de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.



problemas como los derivados de la verificación de la edad<sup>93</sup> cuyo análisis escapa a la temática de este trabajo.

Todo lo expuesto, nos enfrenta a una realidad, las acciones dañosas que se desarrollan en el entorno digital, resultan difíciles de subsumir a los efectos de la responsabilidad si nos atenemos a los términos literales del art. 1903.VI cuando precisa para su aplicación que los alumnos menores de edad se hallen “bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”. No obstante, ello no impide que el aplicador del derecho integre en la interpretación de dicha norma la realidad del mundo digital, aplicando el criterio hermenéutico de la realidad social de tiempo en el que ha de ser aplicada (art. 3.1 del CC). Desde este punto de vista, parece lógico entender que tiene cabida la singularidad del entorno digital en la aplicación del art. 1903.VI CC lo que nos lleva a reflexionar sobre cuándo existe la conexión necesaria para que sea de aplicación.

Para abordar este tema, podemos acudir al marco legal sobre el uso de dispositivos digitales y/o procedimientos para garantizar el uso seguro de internet en centros docentes. Atendiendo al marco legal sobre el uso de dispositivos digitales y/o procedimientos para asegurar la seguridad del uso de internet, se debe tener presente que se han publicado diversas normas por las Comunidades Autónomas<sup>94</sup> regulando la cuestión, limitando el uso de los dispositivos digitales durante la jornada escolar salvo que esté expresamente previsto. En cualquier caso, en cada centro docente se han de establecer protocolos con planes de convivencia, orientación y/o acción tutorial para afrontar los problemas derivados, entre otros, del uso de tales dispositivos y también del uso inapropiado de internet. Todo ello implica que si el daño se produce via internet o dispositivos móviles e implica una contravención de las previsiones normativas o establecidas en el propio centro, pues no se adoptaron las medidas adecuadas para evitarlo o cesarlo, se podrían aplicar las reglas que regulan la responsabilidad civil de los centros docentes.

No obstante, todavía se debe dar un paso más pues la singularidad del hecho dañoso exige que también exista una conexión del concreto hecho u omisión con el centro docente. Para ello, la jurisprudencia recaída sobre este tema nos permite señalar algunos criterios.

En primer lugar, estaría dentro del ámbito de la responsabilidad civil de los titulares de los centros docentes, la acción dañosa producida en el entorno digital que encuentra su origen en un comportamiento lícito o ilícito que se produce en el centro docente; pudiéndose materializar la acción dañosa en el tiempo en el que el alumno se encuentra en el propio centro o bien cuando el alumno ya no está en el mismo. También puede existir la conexión precisa que permita imputar la responsabilidad al titular del centro docente, cuando a raíz de la manifestaciones vertidas en

---

<sup>93</sup> Vid. CORDERO CUTILLAS, «Responsabilidad civil de padres y centros docentes privados por las lesiones de los derechos de la personalidad causadas por los menores de 14 años en las redes sociales», en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (dir), ESCRIBANO TORTAJADA (coord.), *Internet y los derechos de la personalidad*, edit. Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 159 ss.

<sup>94</sup> Por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía se pueden señalar varias normas relevantes sobre esta materia: art. 24.2 h) del Decreto núm. 328/2010 de Consejería de Educación, de 13 julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las escuelas infantiles de segundo ciclo, de los colegios de educación primaria, de los colegios de educación infantil y primaria, y de los centros públicos específicos de educación, y, art. 26.2.i) del Decreto 327/2010, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria. También la Instrucción de 4 de diciembre de 2023 de la Viceconsejería de desarrollo educativo y formación profesional sobre determinados aspectos para la regulación del uso de los teléfonos móviles en los centros educativos dependientes de la consejería de desarrollo educativo y formación profesional.

las redes sociales éstas tienen una incidencia concreta en el desarrollo de la actividad escolar afectando a profesores u otros alumnos.

Como ejemplo de comportamiento lícito producido en el centro docente que es determinante de la acción dañosa en el mundo digital cabe citar la SAP Donostia, Sección Segunda, de 27 de mayo de 2016 (ECLI:ES:APSS:2016:388). Los hechos que determinaron la misma son que una profesora retiró a una alumna de trece años un teléfono móvil, lo que provocó una reacción de la alumna consiste en verter numerosos mensajes “terriblemente duros, insultantes y ofensivos” contra la profesora utilizando las redes sociales. Estos mensajes tuvieron un grave impacto en la profesora que se vio muy afectada. Debe tenerse presente que, en esta sentencia, también se valora que con esos mensajes se propició que otros alumnos que los leían, materializasen actitudes y comportamientos ofensivos hacia la profesora que se incentivaban en los citados mensajes. Ello unido a que por el centro docente “debieron adoptarse medidas severas y contundentes, encaminadas a disciplinar la actuación de dichos alumnos” y no se hizo, determinó que se declarase la responsabilidad del mismo por el daño producido<sup>95</sup>.

Otro supuesto, en el que se aprecia conexión pero ahora nacida de un acto ilícito producido en el centro, sería el caso de la SAP Vizcaya, Sección Quinta, de 25 de enero de 2019 (recurso 143/2018) que abordaba los daños ocasionados a una menor por la difusión por internet de la captación de su imagen mientras se duchaba en los vestuarios del Colegio. En este caso se consideró responsable civil al titular del centro docente por no haber adoptado medidas para evitar el uso del móvil en las duchas. En el mismo sentido, se pronuncia la SAP Vizcaya, Sección Séptima, de 27 de septiembre de 2019 (recurso 329/2019) donde también se responsabilizaba al centro docente por los daños ocasionados a una menor al haber difundido en un grupo de WhatsApp su imagen desnuda mientras se duchaba. Debe tenerse presente que aunque la foto se captó en las duchas, zona donde es imposible la vigilancia y control de los titulares de centros docentes<sup>96</sup>, sin embargo en ambas sentencias se argumenta que el daño proviene de no haber adoptado el centro

---

<sup>95</sup> Debe tenerse presente que también se consideró que debía responder el progenitor de la alumna menor pues «ha de estimarse acreditado en igual forma que esa depresión que sufrió D<sup>a</sup>. Mariola también tuvo su razón de ser en la falta de diligencia del referido progenitor, el cual no sólo no adoptó las oportunas medidas de precaución, sino que, además, no ejerció tampoco control de tipo alguno, a pesar de que la más elemental prudencia y diligencia, en lo que a su pequeña hija hace le imponía la obligación de enseñarle adecuadamente los fundamentos básicos sobre el uso de los medios de comunicación que le entregó, pero también la conveniencia de adoptar las precauciones debidas para impedirle actuar precisamente como lo hizo, es decir, para impedirle utilizar una cuenta creada por ella en una red social para ofender, humillar, menospreciar y, en definitiva, destrozarse moralmente a una persona en dicha red, amparándose sin duda alguna en la confianza que le proporcionaba a la niña creer que sus comentarios iban a quedar limitados al círculo de sus amigos y compañeros, que se encargaron de jalearle en ella y de apoyarle más tarde en su actuación posterior en el Centro escolar, razones todas ellas por las que, en igual forma, el mencionado progenitor ha de responder de las consecuencias que para la demandante se derivaron de la lamentable actuación de su hija».

<sup>96</sup> Así se desprende de la STS núm 662/2007, Sala de lo Civil de 4 de junio, donde en un supuesto de lesiones causadas por un alumno se afirma «No puede, ni por asomo, imputarse responsabilidad a un centro docente y a su director, por la omisión de vigilancia en el interior de un vestuario. Con un normal criterio de racionalidad, no se puede llegar a los extremos que parece pretenderse en la demanda, como vigilar un vestuario, ya que se llegaría a extremos *ab absurdum* como imponer, so pena de responsabilidad, vigilancia y control en comedores, vestuarios, lavabos, retretes, etc. llegando a la violación de la intimidad, derecho constitucional, para evitar riesgos imprevisibles». Debe detenerse presente que en este caso, el agresor era mayor de edad, no obstante la sentencia es significativa en relación a cómo valorar jurídicamente una agresión producida en una zona privada e íntima de un centro docente.

docente las medidas idóneas para evitar que se accediese a dicho espacio íntimo con teléfono móvil.

Parece que si bien el centro docente no debe responder cuando la acción dañosa causada por el alumno se produce en un ámbito externo al centro docente (ej. en las vacaciones escolares), sin embargo otro tema es cuando se produce a lo largo del curso académico aunque no se efectúe estando el alumno en el centro docente, afectando a alguno-s alumnos del centro. En estos casos, estaríamos ante un supuesto subsumible en la responsabilidad de los centros docentes cuando el causante del daño y víctima del mismo son alumnos del centro docente, y, siendo el titular del centro docente conocedor de los hechos, no adopta medidas para paliarla. Así podría desprenderse de la SAP Salamanca, Sección Primera, de 14 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APSA:2023:192) donde el centro escolar no responde pues conocedor de los hechos no adopta medidas.

Finalmente, observamos de lo expuesto que dado que los alumnos en la actualidad se relacionan a través del entorno digital se debe interpretar el art. 1903.VI CC de forma que permita incluir en su ámbito los daños ocasionados en los entornos digitales por los alumnos, valorando en cada caso si existe la conexión precisa. Y en cualquier caso, sería aconsejable una previsión normativa concreta para regular estos específicos daños dada la importancia que en las relaciones personales de los menores tiene el uso de internet y los dispositivos móviles como se pone de manifiesto en que la Agencia española de Protección de Datos<sup>97</sup> señala por una serie de razones, que se desaconseja “el uso de teléfonos y demás dispositivos digitales móviles en los centros educativos, cuando se disponga de otros recursos que sean más idóneos para conseguir el fin pedagógico pretendido sin poner en riesgo la privacidad”.

## **7. Sobre la necesidad de favorecer la resolución negociada y consensuada de los conflictos: la mediación**

A lo largo de este trabajo hemos constatado que cuando nos encontramos ante daños ocasionados por un alumno menor que se encuentra bajo el control o vigilancia de profesores en un centro docente de enseñanza no superior, las reglas aplicables difieren en función de que nos encontremos ante un ilícito penal o civil, o bien que el centro docente sea público, privado o concertado. Además en cada uno de los ámbitos jurídicos apuntados se plantean numerosas dudas interpretativas que inciden en la aparición de diversas teorías doctrinales y líneas jurisprudenciales. Para abordar esta situación se ha propuesto una interpretación integradora, en cuanto sea posible, mientras se produce una necesaria reforma legislativa que clarifique este marco legal.

La complejidad apuntada, se incrementa exponencialmente atendiendo a la materia sobre la que recae, la responsabilidad civil. Se trata de un sector del ordenamiento en el que existe una gran casuística y singularidad que se extiende desde los presupuestos de la responsabilidad hasta incluso la concreta determinación de la cuantía de la indemnización. Recordemos por ejemplo, entre otras muchas, la dificultad que existe incluso para cuantificar la indemnización por los

---

<sup>97</sup> Informe denominado “Responsabilidades y obligaciones en la utilización de dispositivos digitales móviles en la enseñanza infantil, primaria y secundaria”, publicado en Septiembre de 2024, p.17.

daños morales que ha sufrido una persona y la necesidad de recurrir a criterios técnicos para determinar la existencia de responsabilidad.

El panorama anteriormente reflejado aconsejaría por sí mismo acudir a vías alternativas y extrajudiciales de resolución de conflictos pues así lo sugiere la existencia de un alto nivel de incertidumbre tanto en el resultado económico que se pretende obtener<sup>98</sup> como en el contexto normativo que podría ser aplicable, situaciones que incrementan la conflictividad. Efectivamente, si no existe un margen razonable de certeza sobre si procede la indemnización del daño y su cuantía, los particulares afectados (deudores y acreedores de la indemnización) instarán una y otra vez la intervención judicial para intentar obtener aquello a lo que aspiran.

Pero existe otra razón que justifica acudir a las vías de resolución alternativa de conflicto y que sin menospreciar las anteriores puede considerarse esencial. Estamos abordando una materia en la que, al menos, uno de los sujetos afectados es un menor de edad y entendemos que el interés del menor aconseja acudir a estas vías de resolución extrajudicial, alternativa y consensuada por varios motivos que seguidamente se apuntan.

Si el daño se ha producido con un menor con madurez, éste en virtud del art. 9 LOPJM deberá ser oído e incluso intervenir en el procedimiento extrajudicial, procedimiento que por sus características facilitará al menor que asuma la responsabilidad personal de sus actos aunque pueda ser, es frecuente, que no pueda afrontar la responsabilidad económica por ser insolvente. Recordemos que en los métodos de resolución extrajudicial de conflictos la participación en los mismos de los sujetos afectados se produce siempre directamente y es más intensa. Además este mecanismo de resolución constructiva de los conflictos, favorecerá que las partes puedan superar el conflicto, pues frente a los procedimientos judiciales, con los procedimientos extrajudiciales se favorece que las partes gestionen de forma más adecuada las auténticas bases del conflicto. Como es sabido, en muchas ocasiones, cuando los conflictos se gestionan judicialmente, las partes quedan personalmente enfrentadas aunque exista una resolución judicial que ponga fin al pleito pues a pesar de ella no se habrá puesto fin al conflicto. Sin duda, esa inestabilidad provocada por la situación terminará afectando negativamente al menor.

Para el caso en el que los menores no tengan madurez, también será positivo recurrir a estas vías de resolución alternativa de los conflictos, pues la mejora de las relaciones entre los afectados también repercutirá en positivo en el propio menor.

En fin, son muchas las razones que aconsejan acudir a los procedimientos de resolución alternativa de conflictos y entre ellos merece destacarse la mediación.

En relación a la mediación civil, señala la ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMCM) en su art. 1 que «Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador». La mediación penal está específicamente excluida de la aplicación de la LMCM<sup>99</sup> y será la mediación civil la aplicable para gestionar el conflicto de responsabilidad civil.

---

<sup>98</sup> Vid. «Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial» publicada por el Consejo General del Poder Judicial.

<sup>99</sup> Vid. art. 2 LMCM

La mediación civil se muestra como un procedimiento flexible de gestión de conflictos, que se identifica por los principios de igualdad de partes, confidencialidad, voluntariedad<sup>100</sup>, y, en el que ha de atenderse al principio del interés del menor. La persona mediadora que según señala la LMCM será neutral, imparcial, se limitará a ayudar a las partes a llegar a un acuerdo atendiendo a sus intereses y posiciones; el mediador no propone ni impone la solución al conflicto.

En el procedimiento de mediación, el mediador ayudará a las partes a conocer los intereses de la contraparte y a conciliarlos con los suyos propios. El mediador utilizando las técnicas<sup>101</sup> propias de la mediación favorecerá la creación de soluciones creativas que permitan a las partes clarificar cual sea la mejor alternativa para un acuerdo negociado. Y teniendo presente el ámbito que nos ocupa, una de las materias sobre las que necesariamente deberá recaer la mediación es sobre si existe o no responsabilidad civil, cuál sea el daño y qué cuantía será suficiente para la adecuada indemnización del daño producido<sup>102</sup>.

La mediación penal excluida de la LMCM también se puede relacionar con la mediación civil. Cuando un menor mayor de catorce años y menor de dieciocho años ha causado daño a consecuencia de cometer un delito, existe la posibilidad de recurrir a la mediación penal y a la conciliación prevista en los arts. 19 y 51 LORRPM, como manifestaciones del acogimiento en nuestro sistema de los principios de justicia reparadora que como indica ABAD ARENAS<sup>103</sup> se centran «en la reeducación del menor infractor y, en consecuencia, se potencia esta reeducación con la reparación del menor hacia la víctima. No obstante, téngase presente que esta reparación puede consistir en una medida de reparación del daño desde el punto de vista educativo –es decir, en la que el menor asume su responsabilidad y, repara a la víctima mediante la realización de determinadas actividades– y, no necesariamente en una reparación traducida en una medida de carácter económico».

Por tanto, abordar la “reparación” en el contexto de la LORRPM obliga a matizar. La reparación a la que se refiere la norma no es necesariamente económica y además dicha reparación podrá articularse a través de la mediación y la conciliación, términos que merecen una interpretación singular en este contexto pues la LMCM excluye de su ámbito de aplicación la mediación penal. Como señala MARTÍNEZ RODRÍGUEZ<sup>104</sup> «El sobreseimiento del Expediente, regulado en el art. 19, por conciliación o por reparación entre el menor y la víctima, no implicará necesaria ni automáticamente la conclusión de la pieza de responsabilidad civil. De hecho, la conciliación – cuyo contenido procura esencialmente la satisfacción psicológica del perjudicado– y la reparación –que incide en el compromiso asumido por el menor de restauración del daño

---

<sup>100</sup> El principio de voluntariedad que no es esencial para la mediación, como se constata en el Recomendación nº R (98) sobre Mediación Familiar de 21 de enero de 1998 donde se establece que «la mediación no debería, en principio, ser obligatoria». Obsérvese que incluso en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia de 8 de junio de 2023, se proponía una mediación obligatoria en determinados ámbitos.

<sup>101</sup> Las técnicas de mediación son las herramientas que utiliza la persona mediadora. Se trata de técnicas que pueden ser usadas en otros métodos de resolución extrajudicial de conflictos y entre ellas destacan: las preguntas (circular, reformulación, parafraseo, intercambio de roles...), escucha activa...

<sup>102</sup> Vid. ITURMENDI MORALES, «La mediación en conflictos de responsabilidad civil», en *Revista Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 41, 1 trim 2012, p. 16.

<sup>103</sup> ABAD ARENAS, «Métodos alternativos de solución de conflictos y la mediación penal en materia de protección de menores: últimas reformas legislativas del Estado español», *Revista de Derecho*, vol. 29, 2022, p. 16.

<sup>104</sup> MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, «Comentarios al art. 61» en *Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad civil de los menores*, edit. Bosch, 2015, p. 453

causado– no siempre alcanzarán a todo el posible contenido de la responsabilidad civil que pudiera reclamarse». Por ello, producida la mediación penal, todavía podría plantearse una mediación civil para afrontar el tema de la responsabilidad civil.

En cualquier caso, debería favorecerse la utilización del recurso a la mediación civil para gestionar los conflictos de responsabilidad en el ámbito que tratamos pues como se ha señalado la responsabilidad civil es algo más que la reparación del daño «es un valor humano: la capacidad del individuo para actuar de manera correcta o de acuerdo a lo esperado y comprometerse con propósitos colectivos... ser responsable es también “poner atención o cuidado en lo que hace o decide” o simplemente “hacerse cargo”»<sup>105</sup>. Promover la mediación, favorecerá que el alumno menor se autorresponsabilice de sus actos lo que fomentará un adecuado desarrollo de su personalidad. El recurso a la mediación puede tener una importante faceta educadora que además de promover la paz social, permitirá una satisfactoria reparación del daño ocasionado.

## 8. Bibliografía

ABAD ARENAS, Encarnación, «Métodos alternativos de solución de conflictos y la mediación penal en materia de protección de menores: últimas reformas legislativas del Estado español», *Revista de Derecho*, vol. 29, 2022.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», Ponencia, Cáceres 16 de noviembre de 2006.

ATIENZA NAVARRO, M<sup>a</sup> Luisa

- *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, edit. Comares, 2000.
- “La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores” en DE VERDA BEAMONTE, Jose Ramón (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Navarra. 2012

ALVAREZ OLALLA, Pilar, *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, Pamplona, 2015.

BELUCHE RINCÓN, Iris, «La responsabilidad por hecho ajeno», Epígrafes 1 a 6 y 9 en SOLER PRESAS, Ana/ DEL OLMO GARCÍA, Pedro (coord.), *Practicum. Daños. 2017*, edit. Aranzadi, Navarra, 2016.

CORDERO CUTILLAS, Iciar, “Responsabilidad civil de padres y centros docentes privados por las lesiones de los derechos de la personalidad causadas por los menores de 14 años en las redes sociales”, en MARTÍNEZ VAZQUEZ de Castro, Luis (dir), ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia (coord.), *Internet y los derechos de la personalidad*, edit. Tirant Lo Blanch, 2019.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, «Responsabilidad civil por delitos cometidos por menores», en Seminario de Especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas», 2017. Accesible en internet: “chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgltclfeindmkaj/https://www.fiscal.es/documents/20142/100049/Ponencia+de+la+Rosa+Cortina%2C+J.+Miguel++doc.pdf/d5bc0f8c-280a-f050-4231-c555d81fe462?t=1531139411763” (Consultado el 10/05/2024)

---

<sup>105</sup> Así consta literalmente en el Editorial titulado “No huyamos de nuestra responsabilidad”, en *El Notario del S.XXI*, marzo-abril 2024, p. 4.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro, en “Comentarios a los arts. 1903 y 1904”, en *Comentario al Código civil*, AAVV de Tirant lo Blanch

DEL REY ALAMILLO, Rosario/OJEDA PÉREZ, Mónica, “Claves para prevenir el acoso y el ciberacoso»: la mejora de la convivencia y «ciberconvivencia» en los entornos escolares”, *Participación Educativa*, v.5, nº 8, 2018

DÍAZ MADRERA, Beatriz, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*, edit. Reus, 2007.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, «Comentario al art. 61 LORRPM: Inicio del procedimiento para exigir la responsabilidad civil», *Aranzadi Instituciones*, BIB 2008\3379, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, edit. Civitas, Madrid, 1999.

ELGUERO MERINO, Jose M<sup>a</sup>

- “Comentarios al art. 73. Objeto del seguro de responsabilidad civil. Límites”, en ÁLVAREZ LATA, Natalia et al., BADILLO ARIAS, José Antonio (coord.) en *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada* (recurso electrónico), 4<sup>a</sup> edic., edit. Thomson Reuters, 2022
- “Comentarios al art. 76. Acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil y derecho de repetición de éste”, en ÁLVAREZ LATA, Natalia et al., BADILLO ARIAS, Jose Antonio (coord.), *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada* (recurso electrónico), 4<sup>a</sup> edic., edit. Thomson Reuters, 2022.

ESTEVE MON , Francesc/ ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia “El uso de nuevas tecnologías en centros docentes. Problemas jurídicos que plantean” en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis (dir), Escribano Tortajada, Patricia (coord.), *Internet y los derechos de la personalidad*, edit. Tirant Lo Blanch, 2019.

FUENTES LORCA, María, « La responsabilidad civil de los centros docentes privados por los hechos dañosos de los menores», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, <http://revistas.um.es/analesderecho>, Diciembre 2016.

GANDÍA PÉREZ, Enrique, « La responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital», *Anuario de Derecho Civil*, 2020.

GÓMEZ CALLE, Esther, «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno», en *Nuevos Clásicos. Tratado de Responsabilidad Civil*, Edit. Thomson Reuters -Aranzadi Instituciones, BIB 2014/136, 2014.

GÓMEZ DÍAZ-ROMO, Antonia, *Responsabilidad patrimonial derivada de acoso escolar*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria «La construcción jurídica de la “minoridad” en el marco del sistema penal y su traducción en la Ley Orgánica 5/2000» en *Peligrosidad, sanción y educación. Veinte años de la Ley orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores*, GUARDIOLA GARCÍA, Javier coord., Tirant Lo Blanch, 2023.

GRIMALT SERVERA, Pedro, « La responsabilidad civil de los centros escolares de enseñanza no superior por los daños causados por sus alumnos» en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*. Tomo II, ATAZ LÓPEZ, Joaquín y COBACHO GÓMEZ, José Antonio (dir.), edit. Aranzadi, 2021.

ITURMENDI MORALES, Gonzalo, «La mediación en conflictos de responsabilidad civil», en *Revista Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 41, 1 trim 2012.

IZQUERDO TOLSADA, Mariano, «¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015», *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 2, 2016.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, «Delimitación de sujetos civilmente responsables veinte años después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica Reguladora de la responsabilidad penal de los Menores», en ATÁZ LÓPEZ, Joaquín/ COBACHO GÓMEZ, José Antonio (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, edit Aranzadi, 2021.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, *Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad civil de los menores*, edit. Bosh, 2015.

MÁRTÍN SALAMANCA, Sara, «La responsabilidad por hecho ajeno». Epígrafes 7 y 8, en SOLER PRESAS, Ana/ DEL OLMO GARCÍA, Pedro (coord.) *Practicum. Daños. 2017*, edit. Aranzadi, Navarra, 2016.

MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, *La reparación del perjuicio como comportamiento postdelictivo como instrumento de política criminal*, Dykinson, 2017.

MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, edit. McGraw-Hill, 1996.

MUÑOZ CUESTA, Javier, «Imprescriptibilidad de la responsabilidad civil nacida de delito?», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2021 parte Tribuna, 2021.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen, «La responsabilidad civil de los grandes menores a la luz de las últimas reformas», *Diario La Ley*, Nº 8719, Sección Doctrina, 10 de Marzo de 2016, Ref. D-102, 2016.

NAVARRO BELMONTE, Antonio, «La responsabilidad de los educadores. Comentario a la STS (Sala Primera) de 10 de noviembre de 1990 y puntualizaciones a la reforma por Ley de 7 de enero de 1991», *Anuario de Derecho Civil*, 1992.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «¿Es la responsabilidad civil *ex delicto* imprescriptible?» Disponible en línea en <https://almacenederecho.org/es-la-responsabilidad-civil-ex-delicto-imprescriptible> (fecha consulta 18/10/2022), 2021.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Comentarios al art. 1903 CC», en Comentarios al Código civil (edición en línea), ÁLVAREZ LATA, Natalia et al., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), edit. Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edic., 2021.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Sobre la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil *ex delicto*», disponible en línea en <https://almacenederecho.org/sobre-la-imprescriptibilidad-de-la-responsabilidad-civil-ex-delicto>, 2020, (fecha de consulta 20/12/2023).

ROCA I TRIAS, Encarnación, «La acción de repetición prevista en el art. 1904 del Código civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1998.

RODRÍGUEZ ALMIRÓN, Francisco José, *Aspectos jurídicos-dogmáticos y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad civil ex delicto*, edit. Dykinson, 2023.



SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles/ FARNÓS AMORÓS, Esther/ FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, «Daños causados por personas con trastornos mentales», *InDret*, 2/2004.

ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, «La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código civil español», *Revista Jurídica de Navarra*, nº 16, 1993.

## Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del delito

### *Sobre la necesaria revisión de la concepción del delito*

#### Sumario

-  
*Aunque la teoría de la pena, en particular las ideas sobre la finalidad y la legitimación de la pena, han cambiado considerablemente en los últimos 100 años aproximadamente, el concepto de delito y el sistema de presupuestos del delito han permanecido prácticamente inalterados durante este tiempo. Por lo tanto, la teoría de la pena, el concepto de delito y el sistema de sus presupuestos ya no son compatibles. Los planteamientos de teoría de las normas, que se tienen en cuenta en muchos otros ámbitos del Derecho, tampoco han encontrado prácticamente expresión en el concepto y los presupuestos del delito; lo mismo cabe decir de los cambios en el marco constitucional.*

*Las siguientes reflexiones intentan señalar y justificar estos déficits y dibujar una nueva imagen del delito y de sus presupuestos; una imagen que armonice con aquella teoría de la pena que aún hoy sigue pareciendo sostenible y que tenga en cuenta los planteamientos más recientes de la teoría de las normas y los principios constitucionales.*

#### Abstract

-  
*Although the theory of punishment, especially the issues of the goal and justification of punishment, and the legitimacy of punishment have changed considerably over the past 100 years, the concept of criminal offense and the system of criminal offense legal requirements have remained virtually unchanged during this period. Punishment theory, the concept of a criminal offense, and the system of legal requirements for criminal offenses are no longer compatible. Insights from norm theory, which are taken into account in many other areas of law, have found virtually no expression in the concept and requirements of criminal offense; the same is true of changes in the constitutional framework.*

*The following considerations attempt to point out these deficits, to substantiate them, and to concretize them in order to draw a new picture of the criminal offense and its prerequisites, a picture that harmonizes with the only theory of punishment that still appears to be justifiable today and that takes into account both the insights from norm theory and from constitutional principles.*

#### Zusammenfassung

-  
*Obwohl die Theorie der Strafe, insbesondere die Vorstellungen zum Zweck und zur Legitimation der Strafe, sich in den letzten gut 100 Jahren erheblich gewandelt haben, sind der Begriff der Straftat und das System der Straftatvoraussetzungen in dieser Zeit nahezu unverändert geblieben. Die Theorie der Strafe, der Begriff der Straftat und das System der Voraussetzungen der Straftat sind damit nicht mehr kompatibel. Auch normentheoretische Einsichten, die in vielen anderen Rechtsbereichen Beachtung finden, haben im Begriff und den Voraussetzungen der Straftat praktisch keinen Niederschlag gefunden; Entsprechendes gilt für die Veränderungen des verfassungsrechtlichen Rahmens.*

*Die nachfolgenden Gedanken bemühen sich darum, diese Defizite aufzuzeigen und zu konkretisieren sowie ein neues Bild der Straftat und ihrer Voraussetzungen zu zeichnen – ein Bild, das mit jener Theorie der Strafe, die heute allein noch*

vertretbar erscheint, harmoniert sowie neueren normentheoretischen Einsichten und verfassungsrechtlichen Prinzipien Rechnung trägt.

**Title:** *Punishment Theory, Concept and System of Criminal Offense*

**Titel:** *Theorie der Strafe, Begriff und System der Straftat*

-

**Palabras clave:** Teoría de la pena, concepto y teoría del delito, sistema de presupuestos del delito, teoría de las normas, pena (concepto de), presupuestos del delito y Constitución.

**Keywords:** *Punishment Theory, Concept and Theory of Criminal Offense, System of Criminal Offense Legal Requirements, Norm Theory; Punishment (Concept of), Constitutional Conditions of Criminal Wrong.*

**Stichwörter:** *Theorie der Strafe, Begriff und Theorie der Straftat, System der Straftatvoraussetzungen, Normentheorie, Strafbegriff, Voraussetzungen der Straftat und Verfassung.*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i4.04

-

4.2024

Recepción  
10/04/2024

-

Aceptación  
29/07/2024

-

## Índice

-

- 1. La comprensión tradicional del delito, su fortaleza y problemática**
- 2. Tensiones entre el concepto de delito y la teoría de la pena**
- 3. Déficits en la comprensión tradicional del delito: El tratamiento defectuoso de una lesión de la norma de conducta**
- 4. Sobre la necesidad de un concepto de delito que legitime la pena: el delito como menosprecio del Derecho**
- 5. El delito como menosprecio del Derecho necesitado de refutación**
- 6. Final**
- 7. Bibliografía**

-

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

## 1. La comprensión tradicional del delito, su fortaleza y problemática\*

Injusto y culpabilidad son los elementos básicos del delito en la teoría del delito alemana y en otras teorías del delito de influencia alemana<sup>1</sup>. El injusto se concibe generalmente como el ataque, puesta en peligro o lesión de un bien jurídico, dividido entre un injusto de la acción y un injusto del resultado. En el Código penal el injusto se concreta como tipos de injusto en los correspondientes tipos penales. La realización de un tipo penal implica también el injusto en su totalidad cuando, en el caso concreto, no se encuentra justificada por una norma permisiva. Tal suceso de injusto adquiere la condición de delito cuando el autor obra culpablemente. Dentro de la culpabilidad se comprende de modo predominante la reprochabilidad del suceso injusto. Esta reprochabilidad presupone, según el enfoque tradicional, que el autor tuvo la capacidad de evitar el hecho mediante una orientación a las normas jurídicas o, como suele también expresarse, mediante un obrar conforme a Derecho<sup>2</sup>.

El enfoque bosquejado del injusto y la culpabilidad como los elementos básicos del delito, con sus contenidos igualmente delineados a grandes rasgos, se desarrolló sobre todo en la segunda mitad del siglo XIX y en la transición hacia el siglo XX<sup>3</sup>. Después de su consolidación en las primeras décadas del siglo XX, la comprensión básica del delito con sus elementos del injusto y la culpabilidad se impuso de forma decisiva. Los intentos de configurar los conceptos de una manera diferente o de ponerlos en tela de juicio como elementos básicos del delito, ciertamente, no han estado ausentes<sup>4</sup>. Particularmente, en lo que atañe a la culpabilidad no han faltado los intentos de dotarla de un contenido distinto como, por ejemplo, a partir de una interpretación

---

\* Título original: «Straftheorie, Straftatbegriff und Straftatsystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat». Una primera versión de este –hasta ahora– inédito trabajo, fue presentado en la Universidad Externado de Bogotá y, posteriormente, en abril de 2018, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Madrid. Es para mí un motivo de enorme alegría que esta conferencia no publicada hasta el momento ni en español ni en alemán pueda ver finalmente la luz y, en especial, poder dedicársela, junto con mis mejores deseos por su 70 aniversario, a mi respetado colega y querido amigo Prof. Dr. Carlos Lascano (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). La traducción original del español corrió a cargo del Prof. Dr. José Antonio Caro John (Lima), a quien le doy las gracias por ello. Asimismo, agradezco al Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez (Universidad Autónoma de Madrid), al Dr. Ivó Coca Vila (Universidad Pompeu Fabra/Instituto Max Planck para el Estudio del Delito, la Seguridad y el Derecho) y al Prof. Dr. Ricardo Robles Planas (Universidad Pompeu Fabra) su consejo y ayuda en ulteriores modificaciones y actualizaciones del texto.

<sup>1</sup> Un enfoque distinto se ve, por ejemplo, en la teoría del delito del *common law*, construida a partir de los conceptos básicos de *actus reus*, *mens rea* y *defences*; véase al respecto, MANSDÖRFER, *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, 2005.

<sup>2</sup> Cfr. BGHSt 2, pp. 194, 200; exhaustivo al respecto, con amplia documentación, FRISCH, «Zur Zukunft des Schuldstrafrechts. Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften», en HEGER/KELKER/SCHRAMM (eds.), *FS Kühl*, 2014, pp. 187 ss.; sobre la comprensión básica ahora mismo esbozada, p. ej., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, pp. 49 ss., 232 ss., 244 ss., 272 ss., 321 ss., 407 ss.; KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, pp. 7 ss., 17 ss., 126 ss., 371 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 53ª ed., 2023, nm. 9 s., 180 ss., 183 ss., 395 ss., 622 ss., 639 ss.

<sup>3</sup> Cfr. WELZEL, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *Juristische Schulung*, 1966, pp. 421 ss.; crítico en parte contra él, SCHROEDER, *Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik*, 2001, p. 106, 112 s.; además, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtsdogmatischen Schullehre*, 1974, pp. 19 ss.

<sup>4</sup> Cfr. de lo último, sobre la correlación entre injusto y culpabilidad, JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 43 s.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, p. 205: «injusto penal es en sí mismo culpabilidad penal»; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 87, 88.

orientada a los fines de la pena<sup>5</sup>. Sin embargo, tales intentos de revisión del sistema del delito o de sus elementos básicos hasta el momento no han logrado un éxito visible.

Desde una perspectiva analítica es absolutamente asombrosa la fortaleza de la comprensión tradicional básica del injusto y la culpabilidad y del concepto de delito derivado de la misma. Pues la comprensión es, si se examinan las cosas a fondo, realmente incompatible (o no suficientemente compatible) con las consideraciones centrales de la actual teoría de la pena (*infra* 2). Ella adolece, además, del descuido de un elemento importante del delito, cuya lúcida captación haría posible una mejor conexión de la teoría de la pena con la comprensión del delito (*infra* 3). Que la comprensión tradicional del injusto, la culpabilidad y el delito, a pesar de la problemática mencionada, haya podido conservar su lugar podría deberse, sobre todo –aparte de a ciertas debilidades en los intentos de revisión realizados hasta ahora–, a una circunstancia: haber dejado a un lado las consideraciones de la teoría de la pena en el marco del desarrollo sistemático de las categorías del delito. La teoría de la pena no es vista por regla general como un criterio de comprobación de la adecuación del sistema del delito, sino que se aborda por la comprensión tradicional después que el delito ya esté desarrollado y constatado en el caso concreto<sup>6</sup>. Entonces se trata por lo general sólo de comprobar qué versión de entre las concurrentes sobre el sentido y la finalidad de la pena merece preferencia. Las cosas adquieren otro matiz cuando se reconoce lo inadecuado de dichas perspectivas comunicadas y se entienden los sistemas particulares de enunciados (sobre la teoría de la pena y el sistema del delito<sup>7</sup>) como partes de un sistema integral que en sí mismo debe ser consistente (*infra* 4).

## 2. Tensiones entre el concepto de delito y la teoría de la pena

A la luz de semejante consideración sinóptica se torna claro de inmediato que el enfoque tradicional del injusto y la culpabilidad, así como el concepto de delito construido sobre la base de tales presupuestos, no es compatible con la teoría de la pena considerada actualmente como correcta.

En el fondo, la comprensión del delito bosquejada al inicio es plenamente compatible únicamente con la teoría retributiva de la pena<sup>8</sup>. Conforme a esta teoría, el autor es retribuido con una pena por el daño a otro (o a la comunidad) mediante su hecho: el mal del hecho es retribuido mediante la imposición de un mal; quien infligió a otro un dolor, debe sufrir por ello (con la pena). Con semejante concepción de la pena concuerda una comprensión del delito como injusto culpable o lesión evitable de un bien jurídico. La lesión culpable de un bien jurídico es el mal evitable que el autor ha ocasionado a otro, de modo que a causa de ese mal él mismo tiene

<sup>5</sup> Cfr. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 8 ss.; ROXIN, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en KAUFMANN (ed.), *FS Bockelmann*, 1979, pp. 282 ss.

<sup>6</sup> Característico al respecto es por ejemplo WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 30 ss., 238 ss. Sobre la problemática e historia dogmática de este punto de vista, véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, 2012, pp. 52 ss., con amplias referencias.

<sup>7</sup> Por último habría que incluir también dentro del sistema integral de los enunciados los correspondientes a la determinación de la pena; más referencias al respecto en FRISCH, «Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenlehre und der Strafzumessung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (161-9), 2014, pp. 489 ss., y EL MISMO, «Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat», en FAHL *et al.* (eds.), *FS Beulke*, 2015, pp. 107 ss.

<sup>8</sup> Una exposición detallada de esta teoría puede verse en HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. I, 1925, pp. 457 ss., 492 ss.; NAGLER, *Die Strafe: eine juristisch-empirische Untersuchung*, 1918, pp. 120 ss., 580 ss., 586 ss., 721 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., 1971, pp. 21 ss.

que soportar un mal como retribución. Esta concordancia no se produce por casualidad: la teoría de la retribución fue *la* teoría de la pena en cuyo trasfondo se originó – en la segunda mitad del siglo XIX – la actual comprensión del injusto, la culpabilidad y el delito<sup>9</sup>.

Sin embargo, actualmente dicha teoría apenas se defiende en Alemania (ni en muchos otros países)<sup>10</sup>. La jurisprudencia alemana y parte de la doctrina confieren a la pena la tarea de una compensación de culpabilidad<sup>11</sup>: la pena debe compensar la culpabilidad con la que el autor se ha cargado a través de su hecho; la culpabilidad aquí no se entiende en sentido de poder de evitación, sino en el sentido de lo tornado en culpable, esto es, de un injusto evitable. Es fácil de apreciar que el concepto de injusto y la teoría del delito, mejor dicho, la comprensión del injusto como agresión concreta de un bien jurídico y como lesión de un bien jurídico en el pasado no son compatibles con semejante concepción de la pena. La pena como injerencia jurídica que recae sobre la esfera del autor es totalmente inadecuada para compensar el ataque real y reprochable al bien jurídico, así como su lesión evitable. Para la compensación de *dicho* injusto se requieren otras medidas totalmente distintas (reparaciones, resarcimiento, indemnización por los daños y perjuicios, etc.). En sí nada cambia cuando se agrega –como el Tribunal Supremo de Alemania– que la compensación de culpabilidad no se realiza en aras de sí misma, sino por razones de la prevención<sup>12</sup>. Con esto se alude ciertamente –a diferencia de la compensación de culpabilidad en aras de sí misma– a una finalidad que recae en el ámbito de funciones del Estado; pero esto tampoco cambia en nada la imposibilidad de compensar con la pena un injusto asentado en el pasado. Incluso si se reemplaza el concepto de la compensación, tan impreciso para expresar lo decisivo, por la idea de que mediante la pena se tenga que hacer frente, contrarrestar o impedir algo determinado, la situación no mejora: tal esfuerzo carece de todo sentido en relación a la lesión efectiva producida al bien jurídico en el pasado, pues *aquella* ya no puede ser contrarrestada o afrontada con la pena.

Sin embargo, la pena puede utilizarse ciertamente para contrarrestar futuros delitos del autor o de terceros. Dicha prevención general, entendida en el sentido de advertencia e intimidación de autores potenciales, así como en el de la confirmación duradera de la conciencia jurídica de la población, constituye la verdadera finalidad de la pena, según una opinión bastante difundida sobre todo en la doctrina<sup>13</sup>. Pero también tomando por base este punto de partida teórico de la pena, la comprensión de la pena no armoniza del todo con la comprensión tradicional del injusto y de la culpabilidad del delito. Esto es perceptible si se repara en que es insuficiente para la legitimación de la pena que ésta sea idónea para alcanzar determinados efectos psíquicos en terceros. Debe también considerarse *justo* pretender o realizar dicho objetivo *a costa del autor*<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Sobre esta evolución, con mayor detalle, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtsdogmatischen Schuldlehre*, 1974, pp. 19 ss., 27 ss., 34 ss., 42 ss., 49 ss.; como ejemplo de conexión todavía en los tiempos recientes, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 240 s.

<sup>10</sup> Cfr. no obstante, recientemente, HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, pp. 262 ss.; WALTER, «Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), 2011, pp. 636 ss.; sobre el renacimiento de la teoría de la retribución y de lo que en sí se oculta en parte detrás, PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 1ª ed., 2004, pp. 45 ss.; véase también ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., 2020, § 3 nm. 6-8, 47 s.

<sup>11</sup> Cfr. por ejemplo BGHSt 24, pp. 132, 134; 50, pp. 40, 49; de la doctrina, por ejemplo, KÜHL, «Das Profil des Strafrechts», en HASSEMER *et al.* (eds.), *FS Volk*, 2009, p. 279; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WERNER/ESCHELBACH, *StGB*, 6ª ed., 2024, § 46 nm. 27 ss.

<sup>12</sup> Así el BGHSt 24, pp. 40, 42 y muchas otras voces en la doctrina.

<sup>13</sup> Cfr. por ejemplo, JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, pp. 10 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, § 3, nm. 26 ss., 59 ss.; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3ª ed., 2012, nm. 24 ss., con más referencias.

<sup>14</sup> En este aspecto rige todavía la constatación de KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, t. II, 1ª ed., 1797, p. 197.

Y de ello sólo será posible hablar cuando en el propio delito se encuentre el *fundamento* legitimador para penalizar al autor con una pena orientada a influir psíquica, intelectualmente, a los demás. Para ello no es suficiente contemplar el delito, como es usual, como injusto y culpabilidad, en el sentido de realización reprochable, es decir evitable, de un menoscabo del bien jurídico. ¿Por qué tendría que justificarse una intromisión sobre los derechos del autor para influir intelectualmente a los demás por la afectación real de un bien ocurrido en el pasado? Para evitar malentendidos: con todo ello no quiero decir que no exista realmente un fundamento legitimador. Se mostrará que tal fundamento existe. Solo que no reside en lo que comúnmente se entiende como injusto y culpabilidad, sino en algo que, por lo general, permanece ignorado o poco tratado, a pesar de que ese algo representa para la reacción penal el aspecto decisivo del injusto y la culpabilidad, así como del delito.

### 3. Déficits en la comprensión tradicional del delito: El tratamiento defectuoso de una lesión de la norma de conducta

Antes de volver a este aspecto del delito, tan escasamente tratado pero en última instancia decisivo desde el punto de vista de teoría de la pena, conviene abordar otro déficit llamativo en los modelos básicos tradicionales del delito. Si se hubiese visto tal elemento ausente de una forma más clara y se hubiera tomado en serio, quizás se hubiese captado mejor la correcta comprensión básica del delito y no se habría detenido en la caracterización teórica insuficiente del delito como injusto típico culpable (en el sentido de injusto de la acción e injusto del resultado).

El elemento al que me refiero es la necesidad de lesión de una norma de conducta. Cada delito engloba en su núcleo la lesión de una norma de conducta, una lesión que en el tipo del delito respectivo está supuesta implícitamente y (dado el caso, bajo una serie de otros presupuestos) sometida a una pena. Sólo cuando el autor mediante su conducta ha lesionado una norma de conducta (penalmente protegida) tiene sentido y solo entonces es a la vez justo censurarle con una pena por la conducta llevada a cabo. En conexión sobre todo con el pensamiento de BINDING, ya en 1977 destaqué esta cuestión en mi lección inaugural como catedrático de la Universidad de Mannheim sobre un sistema funcional del delito y, posteriormente, la he vuelto a remarcar en diferentes monografías y contribuciones, habiendo alcanzado en la doctrina una importante acogida<sup>15</sup>.

La necesidad de una lesión de la norma de conducta para la fundamentación de un reproche o una censura es tan evidente que realmente sólo puede generar asombro que dicha exigencia

---

<sup>15</sup> Mi lección inaugural en la Universidad de Mannheim está contenida en FRISCH, *Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafs*, 2021, pp. 357 ss.; cfr. mis trabajos (con un desarrollo más amplio sobre la exigencia de una «conducta típica»), además, por ejemplo, EL MISMO, *Vorsatz und Risiko*, 1982, pp. 59 ss., 76 ss., 118 ss., 349 ss.; EL MISMO, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 71 ss.; EL MISMO, «Erfolgsgeschichte und Kritik der objektiven Zurechnungslehre. Zugleich ein Beitrag zur Revisionsbedürftigkeit des Straftatsystems», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (165-10), 2018, pp. 561 ss.; EL MISMO, «Zur objektiven Zurechnungslehre: Erfolgsgeschichte und Irrwege», *JuristenZeitung*, (20), 2022, pp. 974 ss., con más referencias; asimismo, FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 51 ss., 85 ss.; EL MISMO/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, § 1, nm. 46 ss., § 2, nm. 9 ss., 82 ss.; GOECKENJAN, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt*, 2017, pp. 234, 270 s., 282, 285, 295 s.; ROBLES PLANAS, «Verhaltensnormen», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL (eds.), *FS Kindhäuser*, 2019, pp. 393 ss.; EL MISMO, «Normentheorie und Straftatsystem», en AICHELE/RENZIKOWSKI/ROSTALSKI (eds.), *Normentheorie*, 2022, pp. 257 ss.; véase también JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 9 ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 22 ss., 26 ss.



todavía no aparezca de modo expreso en el repertorio de los conceptos clave empleados por la concepción tradicional para la delimitación del concepto de delito. El déficit es todavía más sorprendente cuando una parte del Ordenamiento jurídico, esto es, las normas permisivas o causas de justificación, o sea, lo opuesto a las prohibiciones, se toman en cuenta expresamente en el sistema del delito. Simplemente: antes de plantearse la cuestión acerca de si una determinada conducta (considerada típica) en el caso en particular está quizás permitida, tiene que haberse establecido ante todo si dicha conducta se encuentra en principio prohibida (o, en el caso de una omisión, mandada regularmente) por las normas correspondientes (y respaldadas con pena en el tipo).

En el fondo existe sólo una explicación sobre la razón por la que, a pesar de esa evidente e indiscutible conexión lógica, en el concepto y sistema del delito tradicional la lesión de la norma de conducta no se haya convertido en un concepto clave: el requisito parece considerarse prescindible. Y se considera aparentemente prescindible precisamente porque se cree que quien a través de su actuación realiza un tipo sin la concurrencia de una norma permisiva justificante ya ha infringido con ello también una norma de conducta. Pero esto es un grave error. Si así fuera, por ejemplo, el tipo de los delitos de resultado incluiría, bastando la teoría de la equivalencia como relación (suficiente) entre la acción del autor y el resultado, una retahíla de hechos que nada tienen que ver con la lesión de una norma de conducta. Se puede reducir esta divergencia si se determina el nexo según unos conceptos más restringidos de causalidad. La teoría de la adecuación, la teoría de la relevancia y la teoría de la imputación objetiva constituyen ejemplos de cómo se ha encontrado, mediante el tipo y un concepto estrecho de nexo entre acción y resultado, lo que se habría encontrado de manera mucho más fácil y convincente si se hubiera planteado la pregunta para los casos en cuestión sobre si el autor lesionó una norma de conducta. Entonces habría sido evidente que en muchos casos no podría hablarse de ninguna manera de la lesión de una norma de conducta<sup>16</sup>. La fundamentación mediante de la ausencia de imputación o de determinados nexos más estrechos alude en muchos casos a un epifenómeno y oculta en gran medida los elementos decisivos de fundamentación (como la necesidad de mantener la libertad de acción frente a determinados cursos imaginables en la determinación del contenido de las normas de conducta).

Con el reconocimiento de que el delito presupone como núcleo en todo caso la lesión de una norma de conducta (implícita en el tipo), la dogmática del Derecho penal habría podido lograr no solamente un mejor acceso a la solución de muchos problemas que, por la ausencia de dicha categoría, sólo ha conseguido con rodeos<sup>17</sup>. El concepto de la lesión de una norma de conducta habría facilitado también la captación de lo que da sentido a la correcta comprensión básica (o esencia) del delito.

---

<sup>16</sup> Exhaustivo al respecto, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 71 ss., 90 ss., 148 ss., 230 ss., 385 ss.; cfr. igualmente FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, § 2, especialmente nm. 82 ss.; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 30 ss.

<sup>17</sup> Aquí hay que incluir las doctrinas particulares de la adecuación social y del «riesgo permitido»; al respecto, más detalladamente, FRISCH, *Estudios sobre imputación objetiva*, 2012, pp. 37 ss., y, EL MISMO, «Welzels Verbrechenslehre seit den siebziger Jahren», en EL MISMO/JAKOBS/PAWLIK (eds.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, 2015, pp. 217, 232 ss.

#### 4. Sobre la necesidad de un concepto de delito que legitime la pena: el delito como menosprecio del Derecho

1. Realmente la comprensión básica del delito y la pena configuran una unidad; delito y pena se relacionan mutuamente. Delito y pena se hallan vinculados por el contexto de legitimación. El delito debe contener (presentar) aquello que frente a su existencia justifica reaccionar con una pena. A ello hay que añadir que si la pena ha de ser legítima tiene que cumplir por su parte ciertas condiciones de legitimación ya desde el punto de vista constitucional<sup>18</sup>. Su empleo debe servir a un fin admisible y parecer idóneo y necesario para su persecución, pero además debe cumplir con otras exigencias de justicia, en especial la de constituir un medio adecuado para alcanzar el objetivo con respecto a la autonomía y los derechos fundamentales del autor. De allí que injusto y culpabilidad, o de un modo más general: los presupuestos del delito, deben ser configurados en su contenido de tal forma que puedan abarcar estas condiciones de legitimación de la pena correspondiente<sup>19</sup>.

Es evidente que el injusto y la culpabilidad en el sentido de la teoría tradicional del delito no están en condiciones de producir esa prestación de legitimación. La frecuentemente aducida compensación del injusto culpable, en el sentido de afectaciones evitables del bien jurídico, representa ciertamente una pretensión y un objetivo legítimo; sin embargo, para la compensación de un injusto culpable así configurado la pena constituye un medio inadecuado<sup>20</sup>. Para esto se necesita otro medio, como el aportado por el Derecho civil. En la medida en que se conciba la pena como medio para la prevención, ciertamente se persigue también un objetivo correcto; asimismo, de acuerdo al conocimiento general que otorga la experiencia la pena parece idónea y, tras un delito cometido, necesaria para contrarrestar la comisión de futuros hechos<sup>21</sup>. Pero, como quiera que así se pretende influir en la psique de otras personas, queda todavía por responder a la pregunta de qué es lo que justifica recurrir a este medio para garantizar determinados estados psíquicos de los demás a costa del autor. Que él haya afectado culpablemente en el pasado a un bien jurídico no es suficiente para intervenir en sus derechos únicamente para estabilizar la psique de los demás. Para que esto sea admisible sin ser utilizado como un mero medio para los fines de otros, el hecho cometido debe contener algo más, algo más específico, que justifique gravar al autor para la estabilización de la psique de los demás.

2. En esto radica precisamente el quid de la cuestión. El delito con sus elementos del injusto y la culpabilidad como peligro o lesión reprochable o evitable de un bien jurídico ha sido descrito realmente de una manera insuficiente en el contexto del Derecho *penal*. El delito como injusto

<sup>18</sup> Sobre dichos presupuestos de legitimación, en detalle, FRISCH, «Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (5), 2013, pp. 249 ss.; EL MISMO, «Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (1), 2016, pp. 16 ss., con un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán y de la doctrina.

<sup>19</sup> Se trata aquí, pues, de compatibilidad, y no tanto de la -una y otra vez discutida- cuestión (al respecto PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 52 ss.) de qué parte (concepto de delito o pena) debería ser la preeminente; sobre esta relación véase también JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 13.

<sup>20</sup> Igualmente KINDHÄUSER, «Rechtstreue als Schuldkategorie», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107-4), 1995, p. 730; ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, § 3, nm. 8.

<sup>21</sup> Esto precisa naturalmente de una exposición más amplia que no es posible llevarla a cabo en este lugar; cfr. al respecto, p. ej., FRISCH, «Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs», en KINDHÄUSER/KREB/PAWLIK *et al.* (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, pp. 647 ss., 668 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, «Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs'», en PAWLIK (ed.), *FS Jakobs*, 2007, pp. 84 ss.; EL MISMO, «La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (eds.), *LH Mir Puig*, 2017, pp. 318 ss.

culpable tiene aún otra dimensión. Esta otra dimensión es mucho más fácil de reconocer a partir del concepto clave de la lesión de una norma de conducta que a partir de los conceptos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. La lesión de la norma de conducta presupuesta en la tipicidad encierra un menosprecio del Derecho; ella cuestiona la vigencia de la norma lesionada<sup>22</sup>. Dicho cuestionamiento de la vigencia del Derecho constituye para la legitimación de la pena el aspecto realmente decisivo.

En tanto menosprecio del Derecho y el cuestionamiento de la vigencia de determinadas normas el delito no puede quedar sin respuesta. Ello conduciría en el transcurso del tiempo a una erosión de aquella norma cuya lesión sea aceptada simplemente como tal<sup>23</sup>. Si se quiere evitar dicha erosión y, a su vez, también mostrar la seriedad de las conminaciones penales que acorazan la norma, entonces el Estado debe reaccionar y hacer realidad lo anunciado. La pena es en este sentido necesaria para hacer frente el cuestionamiento de la vigencia de la norma lesionada, para rechazarlo y así contrarrestar la amenaza (paulatina) de no tomar en serio la norma lesionada y de este modo conservar su fuerza preventiva.

Gravar al autor con una pena como reacción al cuestionamiento realizado contra la vigencia de la norma es en tal sentido no sólo necesario. También es justo. El autor con ello sólo es requerido para impedir ese daño de la vigencia de la norma, que sucedería de acuerdo a la experiencia, si no se reaccionara contra su hecho (y naturalmente contra otros cuestionamientos), esto es, si dichos cuestionamientos no pudieran ser refutados mediante la pena anunciada. Él es así requerido a conjurar lo que parece necesario, el peligro generado por él como persona responsable. Visto de este modo, no se trata –tras semejante menosprecio del Derecho y del cuestionamiento de la vigencia de determinadas normas– tampoco primariamente de influir con la pena sobre la psique de los demás. Se trata del mantenimiento o restablecimiento de la fuerza preventiva del Ordenamiento jurídico respaldado con pena, del que es responsable de acuerdo al principio de justicia compensatoria aquel cuyo hecho (evitable) tendría un debilitamiento de la fuerza preventiva como consecuencia si no se reaccionara con pena<sup>24</sup>.

3. Lo que hace necesaria y legitima la pena como consecuencia del delito cometido, por tanto, no es el injusto culpable en el sentido de un menoscabo objetivo del bien jurídico evitable por el autor, sino el desprecio o cuestionamiento del Derecho contenido en el hecho cuyos efectos negativos pueden y deben ser evitados. Esta concepción no convierte en superficial los conceptos tradicionales del injusto, en el sentido de la lesión de un bien jurídico abarcado por el tipo, y la culpabilidad entendida como poder de evitación. Ambos conceptos tienen también una función

---

<sup>22</sup> FRISCH, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en CANARIS/ROXIN/ANDREAS, *et al.* (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, p. 278 s.; EL MISMO, «Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung», en BRITZ (ed.), *FS Müller-Dietz*, 2001, pp. 253 s.; igualmente BLOY, «Symbolik im Strafrecht», en FREUND *et al.* (eds.), *FS Frisch*, 2013, pp. 59, 71 ss.; FEIJOO SANCHEZ, en PAWLIK (ed.), *FS Jakobs*, 2007, pp. 85 ss.; FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, § 1 nm. 5 ss., 28 ss., 37 ss., 45 ss.; JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 24 ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 22 s.; HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, pp. 263 ss.; KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 9, 14 s., 69 ss.; MURMANN, «Strafzumessung und Strafverfahren», en FREUND *et al.* (eds.), *FS Frisch*, 2013, p. 1135; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 55 ss., 76 ss.; TIMM, *Gesinnung und Straftat*, 2012, pp. 43 ss., 55 ss.

<sup>23</sup> Igualmente JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 24 ss.; FRISCH, en ASP/ERIK/HOLMQVIST (eds.), *FS Jareborg*, 2002, pp. 224 ss.

<sup>24</sup> Ya en este sentido FRISCH, «Vergeltung, Schuldausgleich und Wiederherstellung des Rechts. Zur Idee der Strafe», en KOSLOWSKI (ed.), *Endangst und Erlösung 2. Rechtfertigung, Vergeltung, Vergebung, Erlösung*, 2012, pp. 74 ss.; JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 31 s.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 5, con amplias referencias.

en el marco normativo determinante del cuestionamiento o menosprecio del Derecho. Pero la función de los conceptos, sobre todo de la culpabilidad, es más diferenciada que en la comprensión tradicional del delito como menoscabo culpable de un bien jurídico. A manera de esbozo:

Aunque el delito se entienda como menosprecio o cuestionamiento del Derecho es necesaria sin lugar a dudas la realización de un tipo penal. Solo la lesión de la norma presupuesta en este constituye un desprecio o cuestionamiento del Derecho penalmente relevante. Por cierto, la realización del tipo por sí sola no encarna aún menosprecio o cuestionamiento alguno del Derecho. Si concurre una causa de justificación, todavía no existe una desviación del Derecho y menos aún entonces un menosprecio (cuestionamiento o lesión) del Derecho. La realización del tipo (en el sentido de desviación que cumple el tipo de la norma de conducta que subyace al tipo) y la ausencia de causas de justificación, son por tanto irrenunciables, también cuando aquello contra lo que se debe y puede reaccionar mediante la pena se basa en el menosprecio o cuestionamiento requerido de refutación de una norma protegida penalmente (y no en el menoscabo culpable del bien jurídico). Pero la culpabilidad es también irrenunciable: condenar y castigar por la desviación de la norma a alguien que no fue capaz de decidirse correctamente conforme a Derecho sería igual de injusto como el castigo por la lesión no evitable de un bien jurídico.

Con todo, la culpabilidad desempeña todavía otra función central cuando se concibe el delito como menosprecio del Derecho o cuestionamiento de la vigencia de determinadas normas: ella es irrenunciable para que pueda hablarse en realidad de un cuestionamiento de la vigencia del Derecho<sup>25</sup>. La mera realización típica (incluida la desviación con respecto a la norma de conducta subyacente al tipo) no es suficiente para tal cuestionamiento, incluso cuando se produce sin una causa de justificación. Ciertamente, en este caso la conducta es (en general) antijurídica y una desviación del Derecho, pero todavía no es necesariamente un menosprecio, cuestionamiento o lesión del Derecho. En esto último solo se convierte la desviación del Derecho, si esta es la conducta de una persona que era capaz de orientarse conforme a Derecho y en lugar de ello se decidió por la conducta injusta. Si la persona carece de esa capacidad se podrá constatar una conducta que ciertamente no se corresponde con el Derecho, pero no un menosprecio o cuestionamiento de la vigencia del Derecho. Por ejemplo: el enfermo mental incapaz para seguir una norma puede apartarse de las normas jurídicas de valoración; pero no pone en cuestión la vigencia misma del Derecho<sup>26</sup>.

En referencia a un entendimiento del delito –que justifica únicamente la pena– como menosprecio o cuestionamiento del Derecho, la culpabilidad (en el sentido del poder de evitación del hecho tomando en consideración el Derecho) cumple al fin y al cabo una doble función: la culpabilidad es el componente esencial irrenunciable del menosprecio o cuestionamiento del Derecho, pues sólo ella convierte la desviación del Derecho en una actitud ilícita que lo desprecia<sup>27</sup>. Pero a la vez, la culpabilidad es también lo que justifica contrarrestar este

---

<sup>25</sup> Cfr. FRISCH, en BRITZ (ed.), *FS Müller-Dietz*, 2001, p. 258; JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, pp. 34, 43 s.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 22, 59 ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 203 ss.; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 87; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 259 ss., 266 s.

<sup>26</sup> JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, pp. 41 ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 212; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 281 ss.

<sup>27</sup> Resalta esta determinación también WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 53ª ed., 2023, nm. 29, 640 s.

menosprecio por el Derecho que cuestiona la vigencia de la norma y sus consecuencias para la vigencia del Derecho a costa del autor (responsable de tales efectos) mediante el castigo por ese menosprecio.

4. Al igual que el injusto objetivamente entendido o la culpabilidad a él referida, el delito como cuestionamiento o menosprecio del Derecho es también concebible con una magnitud diferenciada<sup>28</sup>. El menosprecio de las normas fundamentales –esto es, de aquellas que protegen bienes especialmente valiosos– cuestiona la vigencia del ordenamiento jurídico de una manera más drástica, esto es, en una relación más significativa, que las normas orientadas a proteger bienes o valores de menor importancia. Dentro de las formas de conducta que lesionan el mismo bien jurídico son significativas de cara a la importancia del hecho, sobre todo, la extensión y la intensidad del ataque. El ataque más extenso menosprecia la norma protectora del bien jurídico de una forma más drástica que el ataque menos extenso; el ataque especialmente intenso, brutal o peligroso menosprecia más que el menos intenso o peligroso. Para la medida del menosprecio también importa si la norma desautorizada fue lesionada conscientemente o por descuido. De la misma manera tiene importancia si el poder de evitación del autor estuvo limitado o no por una situación o por circunstancias personales.

El Derecho penal tiene en cuenta desde hace mucho tiempo estas diferencias y otras similares en la definición de los tipos de delitos (por ejemplo, mediante cualificaciones y privilegios) y, en particular, en forma de conminaciones penales graduadas en correspondencia. Las situaciones de hecho y las circunstancias no consideradas ya en ese nivel adquieren relevancia en el ámbito de la medición de la pena. De hecho, el tránsito de la concepción del delito como lesión culpable de un bien jurídico hacia el desprecio y cuestionamiento del Derecho requerido de refutación no implica en este asunto por regla general ningún cambio en los resultados, sino sólo obliga a la reflexión acerca de si determinadas circunstancias, también bajo el aspecto de un mayor o menor menosprecio por el ordenamiento jurídico o de un cuestionamiento de su vigencia tienen o no importancia.

Sin embargo, no se excluye que mediante el tránsito hacia una concepción del delito como menosprecio del Derecho necesitado de refutación se pueda llegar a una transformación en la fundamentación de la relevancia o en la posibilidad de fundamentar la relevancia de circunstancias. Por un lado, a través de dicho tránsito es más fácil de fundamentar, por ejemplo, la relevancia de determinadas actitudes internas; una relevancia que sería dudosa en una concepción del delito como lesión evitable de un bien jurídico<sup>29</sup>: matar a la víctima por motivos viles expresa un especial menosprecio de la relación jurídica con la víctima y el ordenamiento jurídico, aún cuando el hecho objetivamente no muestre una dimensión distinta al de un homicidio sin tales motivos. Por otro lado, la comprensión del delito como menosprecio y cuestionamiento del ordenamiento jurídico requerido de refutación puede que dificulte la fundamentación acerca de la importancia de determinadas circunstancias. Esto rige, por ejemplo, para el resultado acaecido y su alcance. La relevancia del mismo está garantizada en una concepción del delito como lesión evitable de un bien jurídico, de tal forma que al lado del injusto de la acción también existe un injusto del resultado. De observarse la esencia del delito

---

<sup>28</sup> Más detallado en lo siguiente, FRISCH, en CANARIS/ROXIN/ANDREAS, *et al.* (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 269, 286 ss., así como en EL MISMO, *GA*, (161-9), 2014, pp. 493 s., 495 ss.

<sup>29</sup> Más detallado al respecto, FRISCH, en CANARIS/ROXIN/ANDREAS, *et al.* (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000,, pp. 269, 288 ss.; EL MISMO, en BRITZ (ed.), *FS Müller-Dietz*, 2001, pp. 237, 255 ss.; EL MISMO, *GA*, (161-9), 2014, pp. 497 ss. con abundantes referencias.

en el menosprecio por determinadas normas aseguradas penalmente o en el cuestionamiento de su vigencia, tendrá que fundamentarse a partir de allí por qué razón con la producción de un resultado (y según su alcance) el hecho es más grave, lo que genera dificultades<sup>30</sup>; no obstante, lo último es resoluble<sup>31</sup> y en todo caso tales dificultades de fundamentación no aportan razón alguna para rechazar la correcta comprensión básica del delito.

## 5. El delito como menosprecio del Derecho necesitado de refutación

La comprensión del delito como menosprecio por las normas protegidas penalmente o como cuestionamiento de la vigencia del Derecho no sólo garantiza que el elemento nuclear del delito sea compatible con la teoría de la pena. También posibilita una convincente clasificación material de una serie de hechos, con cuya sistematización la concepción tradicional del delito tiene problemas, por no decir que se ve desbordada. Para la elaboración de dicha clasificación aún debe acentuarse con mayor fuerza un aspecto al que se ha aludido previamente. Naturalmente, todo menosprecio o cuestionamiento de la vigencia del Derecho contra el que deba reaccionarse mediante una pena para el mantenimiento de la vigencia de la norma ha de ser tal que todavía parezca necesario ser refutado mediante la condena y castigo del autor<sup>32</sup>. Aquí radica la clave para la correcta clasificación de una serie de hechos que en el sistema tradicional carecen de encaje o cuya categorización parece forzada.

1. Esto rige ante todo para el desistimiento voluntario de la tentativa. Este no puede cambiar el hecho de la existencia de injusto de la acción<sup>33</sup>. Y dado que el autor tuvo la capacidad para evitar dicho injusto, existe también un injusto culpable. De allí que a la doctrina dominante no le queda más remedio que tener al desistimiento voluntario «flotando en el aire» sin ordenación dentro de una categoría material, conformándose con una clasificación formal como una causa de exclusión de la pena. Los autores empeñados en evitar semejante expatriación material del desistimiento intentan clasificarlo con ayuda de consideraciones basadas en los fines de la pena en la culpabilidad como un supuesto de causa de exculpación<sup>34</sup>. Sin embargo, de este modo sólo consiguen hacer de la culpabilidad, de todos modos ya un nivel heterogéneo, un sustrato aún más policromado<sup>35</sup>.

Los problemas se quedan en nada si, al describir el delito, no solo se garantiza que su elemento central, el menosprecio de una norma garantizada penalmente (o el cuestionamiento de su vigencia), es compatible con la teoría de la pena, sino también que dicho elemento concuerde además con las otras exigencias de legitimación de la teoría de la pena. Es entonces cuando queda claro que sólo pueden dar lugar a la condena y al castigo del autor aquellos menosprecios del

<sup>30</sup> Algunos han agregado al respecto que el resultado acaecido no constituye una circunstancia preponderante para la elevación de la pena, cfr. ARMIN KAUFMANN, «Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht», en STRATENWERTH (ed.), *FS Welzel*, 1974, pp. 403, 411; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 128 ss., 204 ss.

<sup>31</sup> Cfr., por ejemplo, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 516 ss.; ampliado en EL MISMO, *GA*, (161-9), 2014, pp. 489, 497 ss.; véase también los enfoques de JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 69 s.

<sup>32</sup> Esto ya resulta de consideraciones basadas en el Derecho constitucional.

<sup>33</sup> No es convincente, HIPPEL, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966, pp. 58 ss. (refiriéndose a la supresión del injusto).

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1972, pp. 36 ss.; RUDOLPHI, *SK-StGB*, 8ª ed. (según el estado de la 20ª entrega de 1993), 2011, § 20 nm. 6 s., con más referencias.

<sup>35</sup> Con razón crítica también dicho concepto funcional de culpabilidad WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 53ª ed., 2023, nm. 631.

Derecho en los que todavía es necesaria una refutación del cuestionamiento para el mantenimiento de la vigencia de la norma lesionada. Y esto no concurre (desde la perspectiva alemana) en el caso en que el autor ha renunciado voluntariamente a su hecho o ha impedido la producción del resultado. Al apartarse así de su propio cuestionamiento del Derecho y retornar al Derecho, el autor mismo revoca idealmente dicho cuestionamiento y convierte con ello en superflua una expresa refutación estatal mediante la condena (reproche) y la pena<sup>56</sup>. Prescindir aquí de la pena se muestra además apropiado porque dicha renuncia y concesión de un no-castigo resultan en algunos casos favorables a la vigencia de la norma, pues la perspectiva de un no-castigo puede dar un motivo al autor para apartarse del hecho y así que la norma conserve su vigencia<sup>57</sup>.

2. También para la ordenación de las causas de exculpación la comprensión del delito como un cuestionamiento del Derecho necesitado de refutación (mediante la condena y la pena) aporta mejoras en comparación a la comprensión tradicional del delito. La clasificación tradicional de dichas causas en la (ausencia de) culpabilidad tiene ciertamente razón en que el fundamento para prescindir de la condena y la pena se ubique en el ámbito de la culpabilidad (como capacidad de obrar correctamente, de acuerdo a Derecho, o también como actitud interna contraria a Derecho). Pero la cuestión aquí tratada es distinta a los casos en los que el autor ya no es capaz en absoluto de orientarse conforme a Derecho y, por ello, falta toda culpabilidad y no existe cuestionamiento del Derecho alguno. La doctrina dominante reconoce esta misma problemática indirectamente cuando diferencia entre causas de exclusión de la culpabilidad y meras causas de exculpación<sup>58</sup>.

El autor que obra en exceso de una legítima defensa y el autor que para repeler un peligro inminente para su propia integridad corporal somete a otro conscientemente a un peligro mortal, no actúan sin culpabilidad y menosprecian lo que el Ordenamiento jurídico les manda hacer en dicha situación. Pero la medida de culpabilidad y el peso del menosprecio del Derecho es aquí más reducido que en los casos donde tales situaciones excepcionales no se han dado. Y en lo que atañe al significado del cuestionamiento del Derecho para la vigencia de la norma lesionada queda por decir lo siguiente: prescindir de la pena frente a los menosprecios del Derecho en tales casos excepcionales apenas debilita la vigencia del Derecho más allá de estos casos excepcionales, esto es, en los casos donde la vigencia del Derecho debe mantenerse a toda costa. Porque los casos son incomparables: el hecho de que el Estado no castigue en ciertos casos excepcionales por razones comprensibles no priva a la norma de su poder preventivo en los casos en que el castigo debe imponerse y se impone. En resumen: lo que falta en estos casos es un cuestionamiento del Derecho que haga absolutamente necesario reaccionar con la condena y el castigo que refuten el cuestionamiento para preservar la vigencia del Ordenamiento jurídico en general. La situación es similar en una serie de causas de exclusión de la pena (*Strafausschließungsgründen*).

## 6. Final

---

<sup>56</sup> En esto, acertadamente, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1972 p. 37.

<sup>57</sup> Acorde al núcleo del primer pensamiento feuerbachiano del «puente de oro».

<sup>58</sup> Cfr., por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, pp. 476 s.; KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, p. 389; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 53ª ed., 2023, nm. 686; más referencias en FRISCH, *Strafrecht*, 2022, § 6 nm. 142 s.

Con ello he llegado al final de mis reflexiones sobre la necesidad de una revisión de la comprensión básica del delito. Por razones de tiempo algunos temas quedan apenas bosquejados. No obstante, espero que el bosquejo pueda mostrar claramente *que* la concepción tradicional del delito requiere de una revisión, *por qué* la revisión es necesaria, y *en qué dirección* serían necesarios los cambios.

## 7. Bibliografía

ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtsdogmatischen Schuldlehre*, Schweitzer, Berlin, 1974.

BLOY, «Symbolik im Strafrecht», en FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 59 ss.

FEIJOO SÁNCHEZ «La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑERA PALOU (eds.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Uruguay, 2017, pp. 309 ss.

—————, «Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs'» en PAWLIK (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Heymann-Köln-Berlin-München, 2007, pp. 75 ss.

FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Heymann, Köln, 1992.

FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Springer, Berlin, 2019.

—————, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Heymann, Köln, 1992.

FRISCH, *Strafrecht*, Vahlen, München, 2022.

—————, «Zur objektiven Zurechnungslehre: Erfolgsgeschichte und Irrwege», *JuristenZeitung*, (20), 2022, pp. 971-980.

—————, *Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafens*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021.

—————, «Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs», en KINDHÄUSER/KREß/PAWLIK *et al.* (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 647 ss.

—————, «Erfolgsgeschichte und Kritik der objektiven Zurechnungslehre. Zugleich ein Beitrag zur Revisionsbedürftigkeit des Straftatsystems», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (165-10), 2018, pp. 553-572.

—————, «Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (1), 2016, pp. 16 ss.

—————, «Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat», en FAHL/MÜLLER/SATZGER/SWOBODA (eds.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, pp. 103 ss.



———, «Welzels Verbrechenslehre seit den siebziger Jahren», en FRISCH/JAKOBS/PAWLIK (eds.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 217.

———, «Zur Zukunft des Schuldstrafrechts. Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften», en HEGER/KELKER/SCHRAMM (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2014, pp. 187 ss.

———, «Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und der Strafzumessung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (161-9) 2014, pp. 489-503.

———, «Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (5), 2013, pp. 249-256.

———, *Estudios sobre imputación objetiva*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2012.

———, «Vergeltung, Schuldausgleich und Wiederherstellung des Rechts. Zur Idee der Strafe», en KOSLOWSKI (ed.), *Endangst und Erlösung 2. Rechtfertigung, Vergeltung, Vergebung, Erlösung*, Wilhelm Fink, Paderborn, 2012, pp. 53 ss.

———, «Umstände der Strafzumessung außerhalb der Tat», en ASP/ERIK/HOLMQVIST (eds.), *Flores juris et legum. Festschrift für Nils Jareborg*, Iustus, Gotha, 2002, pp. 207 ss.

———, «Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung», en BRITZ (ed.), *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2001, pp. 273 ss.

———, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en CANARIS/ROXIN/ANDREAS *et al.* (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, t. 4, C. H. Beck, München, 2000, pp. 269 ss.

———, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988.

———, *Vorsatz und Risiko*, Heymann-Köln-Berlin-Bonn-München, 1982.

GOECKENJAN, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

HIPPEL, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, De Gruyter, Berlin-Boston, 1966.

———, *Deutsches Strafrecht*, t. I, Springer, Berlin, 1925.

JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012.

———, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Schöningh, Paderborn, 2004.

———, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, C. H. Beck, München, 1992.

—————, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2<sup>a</sup> ed, De Gruyter, Berlin-Boston, 1991.

—————, *Schuld und Prävention*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976.

—————, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, De Gruyter, Berlin-Boston, 1972.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, t. II, 1<sup>a</sup> ed., Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1797.

KAUFMANN, «Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, De Gruyter, Berlin-Boston, 1974, pp. 197 ss.

KINDHÄUSER, «Rechtstreue als Schuldcategory», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107-4), 1995, pp. 701 ss.

KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, Decker, Heidelberg, 1986.

KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8<sup>a</sup> ed., Vahlen, München, 2017.

—————, «Das Profil des Strafrechts», en HASSEMER/KAMPF/MOCCIA/DÖRRÜ, *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2009, pp. 275 ss.

MANSDÖRFER, *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, C. H. Beck, München, 2005.

MURMANN, «Strafzumessung und Strafverfahren», en FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 1131 ss.

NAGLER, *Die Strafe: eine juristisch-empirische Untersuchung*, Meiner, Leipzig, 1918.

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

—————, *Person, Subjekt, Bürger*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

ROBLES PLANAS, «Normentheorie und Straftatsystem», en AICHELE/RENZIKOWSKI/ROSTALSKI (eds.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin 2022, pp. 257 ss.

—————, «Verhaltensnormen», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL (eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 393 ss.

ROXIN, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, C. H. Beck, München, 1979, p. 279 ss.

—————, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Berlin, Boston, 1972.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 5<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München, 2020.

RUDOLPHI, «§ 20», en HORN/SAMSON/GÜNTHER/HOYER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8<sup>a</sup> ed., Köln, München, 2011.

SATZGER/SCHLUCKEBIER/WERNER, *StGB Kommentar*, 6<sup>a</sup>ed., Heymanns, Hürth, 2024.

SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2<sup>a</sup> ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1971.

SCHROEDER, *Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik*, C. H. Beck, München, 2001.

STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3<sup>a</sup> ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2012.

TIMM, *Gesinnung und Straftat*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.

WALTER, «Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), 2011, pp. 636 ss.

WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Berlin-Boston, 1969.

———, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *Juristische Schulung*, 1966, pp. 421 ss.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 53<sup>a</sup> ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2023.

ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.

Jon-Mirena Landa Gorostiza  
Universidad del País Vasco/Euskal  
Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

-

### Sumario

-

*El objetivo de este trabajo se orienta a hacer un diagnóstico multinivel y mostrar la realidad actual, el estado de la cuestión, de los delitos de odio desde cuatro ángulos complementarios. Para ello el primer apartado se ocupa de la caracterización del modelo legislativo adoptado por España en esta materia. Caracterización que se desarrollará en contraste con los estándares internacionales y los principales modelos político-criminales de Estados Unidos y Europa. A continuación, en segundo lugar, se dará cuenta del estado del debate doctrinal con los puntos que hoy en día ocupan el centro de la controversia. En tercer lugar, se presentarán las líneas principales de aplicación jurisprudencial de los tipos penales muy influidas por una Reforma del año 2015 que ha precipitado un creciente número de condenas. Para finalizar, se mostrará la foto estadística a la luz de los datos oficiales y un apartado final de conclusiones. En síntesis, se presenta una suerte de estado de la cuestión actualizado de esta realidad delictiva en cuatro niveles: estado de la legislación, del debate doctrinal, de la jurisprudencia y de los datos estadísticos.*

### Abstract

-

*This contribution is dedicated to exploring how hate crimes are regulated in Spain. The aim is to conduct a multi-level diagnosis and outline the current situation regarding hate crimes from four complementary angles. To this end, the first section focuses on characterizing the legislative model adopted by Spain in this area and comparing it with international standards and the principal political-criminal models of the United States and Europe. Second, the article discusses the state of the doctrinal debate, focusing particularly on the points that are currently at the center of the controversy. The third section outlines the principal ways in which case law has been applied to criminal offenses, a field heavily influenced by the 2015 Reform, which has led to an increasing number of convictions. Finally, the statistical picture painted by official data is examined. A final section draws a series of conclusions. In short, this article presents an updated overview of this criminal reality on four levels: legislation, doctrinal debate, case law, and statistical data.*

### Zusammenfassung

-

*Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, eine mehrstufige Diagnose durchzuführen und den gegenwärtigen Stand der Diskussion über die sog. Hassverbrechen aus vier komplementären Blickwinkeln darzustellen. Zu diesem Zweck konzentriert sich der erste Abschnitt auf die Charakterisierung des von Spanien in diesem Bereich angewandten Gesetzgebungsmodells. Charakterisierung, die im Gegensatz zu den internationalen Standards und den wichtigsten politisch-kriminellen Modellen der Vereinigten Staaten und Europas entwickelt wird. Zweitens werden die Zentralpunkte der gegenwärtigen Diskussion der Literatur. Drittens werden die Grundzüge der Rechtsprechung vorgestellt, die stark von einer Reform aus dem Jahr 2015 beeinflusst wurde, und zu einer wachsenden Zahl von Verurteilungen geführt hat. Abschließend wird das statistische Foto im Lichte der offiziellen Daten gezeigt und das Ergebnis der Untersuchung dargestellt. Zusammenfassend wird eine Art aktualisiertes Stands der Diskussion dieser kriminellen Wirklichkeit auf vier Ebenen dargestellt: Stand der Gesetzgebung, Diskussion der Literatur, Rechtsprechung und statistische Daten.*

**Title:** *Hate Crimes in Spain: State of the matter*

**Title:** *Hassverbrechen in Spanien: Stand der Diskussion*

-

**Palabras clave:** Derecho penal, derecho comparado, jurisprudencia, delitos de odio, discurso de odio, incidente de odio

**Keywords:** *Criminal Law, Comparative Law, Case law, Hate crime, Hate speech, Hate incident*

**Stichwörter:** *Strafrecht, Rechtsvergleichung, Rechtssprechung, Hassverbrechen, Hassrede, Hassvorfall*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i4.05

-

4.2024

Recepción  
25/03/2024

-

Aceptación  
17/04/2024

-

## Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Delitos de odio, estándares internacionales y modelo político-criminal español**
  - 2.1. Estándares internacionales
  - 2.2. Estados Unidos y Europa frente a los estándares internacionales
  - 2.3. Modelo político-criminal vigente en España
- 3. Debate doctrinal**
- 4. Situación de la jurisprudencia**
  - 4.1. Jurisprudencia sobre el discurso de odio criminalizado: delitos con palabras (artículo 510 CP)
  - 4.2. Jurisprudencia de la agravante del artículo 22.4 CP: delitos con hechos
  - 4.3. Jurisprudencia de la jurisdicción militar
- 5. Mapa empírico: los incidentes de odio**
  - 5.1. Fiscalía y Poder Judicial
  - 5.2. Excursus: análisis de sentencias 2018-2022
  - 5.3. Datos policiales
- 6. Conclusiones**
  - 6.1. Estado del modelo legislativo
  - 6.2. Estado del debate doctrinal
  - 6.3. Estado de la jurisprudencia
  - 6.4. Estado de la estadística policial y judicial
  - 6.5. A modo de reflexión final: una mirada integrada de los cuatro niveles
- 7. Bibliografía**

-

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

## 1. Introducción\*

El objetivo principal de este estudio es presentar un estado de la cuestión, actualizado, sobre los delitos de odio en España. De un total desconocimiento en la década de los 90 del siglo pasado, las conductas de odio han pasado a tener una gran relevancia pública hasta el punto de que, un día sí y otro también, la prensa se hace eco de incidentes de esta naturaleza. La presencia en los medios de comunicación, o el recurso a la vía penal por este tipo de enfrentamientos entre los partidos políticos, contrastan, de forma llamativa, con la relativa escasez de datos si analizamos las estadísticas de la Fiscalía General del Estado o del Consejo General del Poder Judicial. La jurisprudencia, como enseguida indicaremos, va incluyendo pronunciamientos al respecto formando ya un cuerpo inicial de doctrina de cierta relevancia, pero el volumen de resoluciones judiciales contrasta, a su vez, notablemente, con los datos estadísticos de naturaleza policial que año a año publican oficialmente los responsables del Ministerio del Interior español o la Policía Vasca (Ertzaintza). En todo caso, se puede avanzar desde un principio que hay una enorme asimetría entre el cuadro que de esta realidad arrojan la hemeroteca y los datos estadísticos de tipo policial, por un lado, y la estadística judicial por el otro. Asimetría a la que acompaña una cierta desorientación y falta de consenso, tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial, a la hora de determinar qué debe entenderse exactamente por delito de odio y cómo debe ser interpretado su contenido de injusto.

Los delitos de odio, al margen de su volumen oficial registrado e incluso de la presencia efectiva coyuntural de un mayor o menor número de los crímenes más graves de «eliminación» (como pueden ser los asesinatos, homicidios, lesiones graves o agresiones sexuales...), tienen un impacto potencial en la convivencia de cualquier sociedad democrática que hace imprescindible que, al menos, el circuito de la administración de justicia tenga una cierta coordinación: esto es, que la investigación y registro policial, la intervención de la fiscalía, y las resoluciones de los jueces (incluida la fase de ejecución de las condenas que se impongan) se vayan de forma progresiva ensamblando según criterios de interpretación comunes. Una trazabilidad transparente y bien documentada de todo el circuito facilitaría a su vez que la instancia policial pueda conocer cómo acaban siendo perfilados los incidentes que detecta e instruye de forma que las condenas impuestas fueran clarificando los puntos oscuros de forma progresiva para mejorar la dirección y factura de la propia elaboración de atestados. Pues bien, una tal situación ideal de transparencia en la que pudieran conocerse los datos policiales y su evolución posterior en términos de procedimientos incoados, sentencias (sean o no condenatorias) y penas impuestas está todavía muy lejos de alcanzarse en el contexto español. La fase actual, más bien, responde a la de unos cuerpos policiales activos y con un cierto –y creciente– nivel de formación; una Fiscalía con un nivel de conciencia del problema y de formación al respecto con clara necesidad

---

\* Autor de contacto: Jon-Mirena Landa Gorostiza (jonmirena.landa@ehu.es). La presente contribución se inscribe como resultado del (y está financiada por el) Proyecto I+d+i PGC Tipo B, PID2020-115320GB-100 del Ministerio de Ciencia e Innovación (MICIN/FEDER UE), «Delitos de odio en España: retos pendientes.», Investigador Principal Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, Catedrático de Derecho Penal y Director de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos y Poderes Públicos, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) <http://www.katedraddhh.eus>; <http://www.jmlanda.com>. Asimismo se ha beneficiado de una estancia científica de investigación como *visiting scholar* en la *Columbia University (New York)* auspiciada y financiada por la Fundación y el Centro *Agirre Lehendakari (ALF-ALC)* durante los meses de enero a marzo 2024: en tal sentido quiero agradecer igualmente la ayuda científica y material prestada por el Prof. Joshua D. Fischer y demás miembros del AC4 (*Advanced Consortium for Cooperation, Conflict and Complexity*) de la citada universidad.

de dotarse de más medios en esta materia; pero un Poder Judicial que no parece, en contraste, que atienda a esta realidad con un nivel equivalente de atención ni de formación.

Ante esta situación, el objetivo de esta contribución se orienta a hacer un diagnóstico multinivel y mostrar la realidad actual de los delitos de odio desde cuatro ángulos complementarios. Se busca hacer y describir la foto actual de cómo están los delitos de odio. Una foto, en todo caso, no auto-referencial, sino en comparación con nuestros círculos de cultura jurídica más próxima. Para ello se comenzará con un primer apartado, a la búsqueda de una caracterización del modelo legislativo adoptado por España en esta materia. Caracterización que se desarrollará en contraste con los estándares internacionales y los principales modelos político-criminales de Estados Unidos y Europa como círculos de cultura jurídica indispensables. La pregunta subyacente a este primer estado de la cuestión es: ¿qué tipo de legislación tiene España? ¿se asemeja a su entorno jurídico? ¿integra adecuadamente los estándares internacionales? A continuación, en segundo lugar, se dará cuenta del estado del debate doctrinal con los puntos que hoy en día ocupan el centro de la controversia: ¿qué son los delitos de odio? ¿cómo deben interpretarse? En tercer lugar, se presentarán las líneas principales de aplicación jurisprudencial de los tipos penales: ¿cómo están aplicando los jueces estos preceptos penales? Para finalizar, se mostrará la foto estadística a la luz de los datos oficiales: ¿cuántos incidentes policiales se registran?, ¿cuántos llegan a ser condenados? ¿qué tipo de delitos son prevalentes, contra qué tipo de colectivos? Ello nos llevará ya, en un apartado final, a una serie de conclusiones. En síntesis, presentaremos una suerte de estado de la cuestión actualizado de esta realidad delictiva en cuatro niveles: estado de la legislación, del debate doctrinal, de la jurisprudencia y de los datos estadísticos.

## 2. Delitos de odio, estándares internacionales y modelo político-criminal español

Para caracterizar el modelo político-criminal español en materia de delitos de odio conviene, en primer lugar, identificar los estándares internacionales en la materia y contrastarlos posteriormente con su transposición al ámbito doméstico regional tanto en los Estados Unidos como en Europa<sup>2</sup>.

### 2.1. Estándares internacionales

El referente fundamental para la criminalización –no la mera prohibición– anti-odio en el derecho internacional de los derechos humanos de ámbito universal se remite, en primer término, a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 (Convención de 1965). Una Convención que incorpora un estándar extraordinario: a saber, la obligación de incriminación de (una parte del) discurso del odio<sup>3</sup>. No se trata de una

<sup>1</sup> Sobre la pertinencia de la cuestión dada la división de opiniones y la controversia al respecto véase, por todos, sólo CÁMARA ARROYO, «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70), 2017, pp. 146 ss.

<sup>2</sup> Ampliamente al respecto LANDA GOROSTIZA, «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-19), 2020, pp. 1 ss., con ulteriores referencias; también, recientemente, más atento al modelo agravatorio pero muy ilustrativo del contraste Estados Unidos versus Europa GORDON BENITO, *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 CP*, 2023, pp. 60 ss.

<sup>3</sup> ABRISKETA URIARTE, «La discriminación racial: un análisis comparado sobre el marco jurídico internacional y europeo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (29), 2015, pp. 6 ss.; MCGONAGLE, «General Recommendation 35 on combating racist hate speech», en KEANE/WAUGHURAY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A living Instrument*, 2017, pp. 251 s.



prohibición con margen de maniobra para el Estado ratificante sobre si ésta debe articularse a través de normativa administrativa, civil o de otra naturaleza. La obligación es de naturaleza penal tal y como literalmente recoge su artículo 4 cuando señala en su letra «a» que los Estados partes:

«Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación»<sup>4</sup>.

Este estándar, extraordinario por la amplitud y lo difuso del tenor literal del ámbito de la prohibición y por exigir la transposición doméstica mediante ley penal, no determinaba, sin embargo, contra las apariencias, ni mucho menos, una incorporación preceptiva, rígida y omnicomprendensiva de prohibición de todo tipo de discurso del odio. Por el contrario, una mirada de conjunto al artículo 4 de la Convención revela que una tal prohibición debía realizarse de conformidad con el «debido respeto» (la conocida como cláusula «*with due regard to*»)<sup>5</sup> al ámbito de libre y legítimo ejercicio de los derechos fundamentales y, en particular, de la libertad de expresión.

La obligación de incriminación (de una parte) del discurso del odio nace, por tanto, desde un principio asociada a la necesidad de (auto)limitar su alcance como consecuencia de la obligatoria consideración de límites –a ponderar– en su incorporación doméstica<sup>6</sup>. La transposición del estándar estuvo transida desde los inicios por la incertidumbre e indefinición del concepto (el del «discurso del odio») y la polémica de cómo se tiene que abordar la adecuada ponderación entre bienes jurídicos de forma que la prohibición penal no ahogue libertades fundamentales. El margen de ponderación, y la delimitación final del ámbito de prohibición que se derive en consecuencia, es un aspecto estructural subyacente al modelo de delito de expresión que se promueve en el artículo 4 de la Convención de 1965. Y esa incertidumbre o zona de penumbra

---

<sup>4</sup> Convención de 1965. Artículo 4. «Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.»

<sup>5</sup> En relación a la mención en la primera parte del artículo a la necesidad de proceder «(...) teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención (...) (*with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention, inter alia*).

<sup>6</sup> Lo que es coherente con su naturaleza no «auto-ejecutiva» (self-executing) MCGONAGLE, «General Recommendation 35 on combating racist hate speech», en KEANE/WAUGHURAY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, p. 251.

digamos «estructural» resulta también presente, incluso en mayor grado, en el estándar establecido en el otro gran referente universal: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Y es que también en dicho Pacto la intelección del estándar anti-odio que prescribe depende del juego de limitaciones recíprocas entre la demanda de intervención (artículo 20) y la necesidad de preservar la libertad de expresión (artículo 19)<sup>7</sup>. Efectivamente de conformidad con el artículo 20 de dicho instrumento internacional se establecen prohibiciones –en este caso no necesariamente de índole penal– de la propaganda en favor de la guerra y de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Prohibiciones que deben, sin embargo, respetar límites<sup>8</sup>.

En todo caso, en una visión de conjunto, la práctica interpretativa tanto del artículo 20 del Pacto de 1966 (Observaciones Generales 11 y 34 del Comité de Derechos Humanos; y Plan de Acción de Rabat<sup>9</sup>)<sup>10</sup> como del artículo 4 de la Convención de 1965 (Recomendación General 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>11</sup>), pese a sus diferencias, ha tendido

---

<sup>7</sup> Pacto 1966. «Artículo 20

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.»

«Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.»

<sup>8</sup> La Observación General N° 34 del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/GC/34) establece de manera categórica en sus apartados 50 a 52 que las prohibiciones del artículo 20 comprenden actos extremos que caen dentro de las restricciones del artículo 19 y, por tanto, deben cumplir las limitaciones establecidas en el párrafo tercero de este último (legalidad, necesidad y proporcionalidad).

<sup>9</sup> Informe del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013. El denominado *Plan de Acción de Rabat* contiene y sintetiza una serie de criterios contextuales como umbral mínimo de intervención ante conductas de gravedad en materia de discurso del odio. Es un documento de trabajo que fue impulsado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el marco de los esfuerzos por identificar un estándar de intervención en el Pacto de 1966 pero que ha acabado por convertirse en el verdadero referente sustantivo de dicho umbral también para la Convención de 1965.

<sup>10</sup> Véase un análisis muy completo del estado de dicha práctica aplicativa en ROLLNERT LIERN, «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista española de derecho constitucional*, (115), 2019, pp. 84 ss., con un repaso del alcance de las Observaciones Generales relativas a los artículos 19 y 20, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en la materia, el influjo y avance que representan el Plan de Acción de Rabat (2012) o los principios de Camden (2009), que le llevan a la sólida conclusión de que la prohibición del artículo 20 apunta a una suerte de «umbral de incitación» o, en nuestras palabras, a un estándar fuerte de filtrado de la parte de discurso de odio que debe prohibirse con base en criterios restrictivos apoyados en la intencionalidad del mismo y en su potencial para forzar el paso al acto (incitación) como riesgo inminente para el grupo diana a concretar en términos contextuales.

<sup>11</sup> Recomendación general N° 35 titulada *La lucha contra el discurso de odio racista* aprobada por el Comité para la eliminación de la discriminación racial en su 83° período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). CERD/C/GC/35. Véase un estudio en profundidad sobre su alcance y trascendencia en MCGONAGLE, en KEANE/WAUGHTRY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, *passim*.

recientemente a converger<sup>12</sup> apuntando a una suerte de test conjunto de filtrado que pudiera orientar la distinción entre el discurso de odio punible (o incluso sólo contrario a la ley) y el protegido por la libertad de expresión.

En particular, a partir de la Recomendación General 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención de 1965) del año 2013, el señalado test (inspirado en el *Plan de Acción de Rabat*) se apoya expresa y decididamente en criterios a inscribir en la dinámica de la incitación intencional a la realización de conductas agresivas cuya gravedad se remite a la valoración de la inminencia del riesgo de su materialización según factores de tipo contextual. Es lo que podría tildarse de «test fuerte de incitación» y que se apoya en tres elementos clave: intencionalidad; dinámica de incitación –explícita o implícita– a la comisión de actos (sean estos o no punibles) con un nivel mayor o menor de inminencia del riesgo de materialización; y, finalmente, la consideración de factores contextuales como elemento indispensable para captar el significado y gravedad de la conducta. Como resulta evidente la alusión a los denominados «factores contextuales» recoge en sede de interpretación del artículo 4 de la Convención de 1965 la propuesta del denominado *Plan de Acción de Rabat* que se desarrolló en el marco de los esfuerzos interpretativos de los artículos 19 y 20 del Pacto de 1966. Estos últimos, por tanto, se dan por incorporados a una suerte de *acquis* común a ambos<sup>13</sup>.

Sea como fuere, el estándar universal de criminalización del discurso del odio de incitación grave contra grupos diana se centra esencialmente en elementos de identificación étnica: raza, color, linaje, origen nacional o étnico. Grupos que como tales incluyen también los colectivos identificables como pueblos indígenas, y grupos de personas de común ascendencia, pero también inmigrantes, no ciudadanos, trabajadores domésticos inmigrados, refugiados o peticionarios de asilo. Ese núcleo duro de colectivos –que nosotros identificamos con el concepto-container «étnico»– sólo se expande más allá de forma excepcional y funcional, por razones de interseccionalidad, para la protección adicional de mujeres o grupos religiosos (islamofobia, antisemitismo...) en la medida en que puedan estar en conexión con el elemento de identificación subyacente de colectivo étnico<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> No cabe en el marco de esta contribución un análisis en detalle de los matices diferenciales entre los estándares de incitación que se derivan de ambos instrumentos internacionales. Y menos aún de su evolución. Sí parece constatar, en todo caso, una cierta confluencia y acercamiento particularmente a partir de la Recomendación General 35 (sobre el combate del discurso del odio racista) que interpreta autoritativamente el artículo 4 de la Convención de 1965 tal y como señala MCGONAGLE, en KEANE/WAUGHTRAY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, pp. 255 s.; véase también el detallado estudio de ROLLNERT LIERN, *REDC*, (115), 2019, *passim*, quien se centra especialmente en el artículo 19 y 20 del Pacto de 1966 (pp. 84 ss.) y lo compara con otros estándares internacionales y europeos, llegando a la conclusión –que compartimos– de la criticable evolución interpretativa en la práctica aplicativa sobre todo del TEDH y del Consejo de Europa hacia un abandono del test fuerte de incitación (p. 98 s.) que acaba por difuminarse. Véase, también, por todos, el estudio de GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, 2016, pp. 26 ss. y 36 ss.

<sup>13</sup> Véase el apartado 16 de la citada Recomendación general que literalmente apunta a una suerte de «test de incitación» implícita o explícita, intencional, con riesgo (o probabilidad) inminente de que se produzcan conductas de terceros (punibles o no) a la luz de los factores contextuales (del apartado 15: contenido y forma del discurso; clima económico, social y político; posición o condición del emisor; alcance del discurso; y objetivos de este último). Véase, por todos, autoritativamente, el Informe del Relator para la libertad de expresión *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/74/486 (2019), apartados 15 y 16; también MCGONAGLE, en KEANE/WAUGHTRAY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, pp. 258 y 254.

<sup>14</sup> Recomendación General 35 (CERD/C/GC/35) apartado 6: «En la práctica del Comité, al abordar el discurso de odio racista se han tratado todas las formas específicas de discurso a que se hace referencia en el artículo 4, dirigidas contra los grupos reconocidos por el artículo 1 de la Convención –que prohíbe la discriminación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico–, como los pueblos indígenas, los grupos cuya condición

## 2.2. Estados Unidos y Europa frente a los estándares internacionales

Sentado lo precedente, sin embargo, debe resaltarse cómo en la escena internacional hay países, incluso ámbitos regionales al completo (paradigmáticamente Estados Unidos *versus* Europa) que tienden respectivamente a una cierta desvinculación del citado estándar internacional tanto por defecto (EEUU), como por exceso (Europa). Estados Unidos, en un extremo, tiende a negar la legitimidad de las prohibiciones del discurso del odio criminalizadas en Europa de la misma manera que en Europa, y en particular en el ámbito del Consejo de Europa, hay una cierta tendencia expansionista a dilatar y ensanchar el estándar de intervención hasta un punto en que parece diluirse o hacerse desaparecer la necesidad de articular limitaciones o restricciones. Ambas manifestaciones, en su extremo, tienden a negar el estándar internacional universal sea por defecto, sea por exceso. Veámoslo.

En efecto, cuando a finales del siglo pasado la legislación anti-odio americana se comienza a prodigar será la Corte Suprema estadounidense la que acabará por consolidar un sistema fundamentalmente monista y no dualista, declarando respectivamente la esencial incompatibilidad de la criminalización del discurso del odio (R.A.V. v. St. Paul 1992 –en adelante RAV–) y la compatibilidad de preceptos agravatorios (Wisconsin v. Mitchell 1993) con la Primera Enmienda<sup>15</sup>. El hito que supuso el caso RAV es difícil de minusvalorar en el sentido de que implicó prácticamente hasta el día de hoy la cancelación de lo que podría haber sido un curso de los acontecimientos bien diferente en términos de aceptar una mayor penalización del discurso racista.

Es cierto, sin embargo, que la posible criminalización del discurso del odio en Estados Unidos y su compatibilidad con los estándares de constitucionalidad es un campo de discusión especialmente agitado. La particular concepción de la Primera Enmienda americana como defensora a ultranza de que el gobierno no tenga la capacidad de prohibir la expresión de una idea o ideología simplemente porque la sociedad la encuentra ofensiva, es un principio esencial al que se contrapone, en el caso del discurso racista, el valor de la igualdad de todas las personas: esto es, el clásico enfrentamiento subyacente a la Primera Enmienda entre los valores de libertad e igualdad<sup>16</sup>. Frente a una fase inicial de cierto apoyo a la constitucionalidad de leyes en este campo contra la injuria colectiva (Beauharnais v. Illinois 1952)<sup>17</sup>, esta doctrina jurisprudencial

---

se basa en consideraciones de ascendencia, y los inmigrantes o los no ciudadanos, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, así como el discurso dirigido contra las mujeres pertenecientes a esos y a otros grupos vulnerables. A la luz del principio de interseccionalidad, y teniendo presente que "las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma" no deben prohibirse ni castigarse, el Comité también ha prestado atención al discurso de odio dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo. La creación de estereotipos y la estigmatización de miembros de grupos protegidos también han sido objeto de expresiones de inquietud y de recomendaciones por parte del Comité».

<sup>15</sup> SILVERMAN, «Criminalidad xenófoba en los Estados Unidos: posibilidades de tutela ante el conflicto entre la protección de minorías y la libertad de expresión», *Cuadernos de Política Criminal*, (63), 1997, pp. 689 ss.; y LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4 CP 1995*, 2018, p. 44 con ulteriores referencias.

<sup>16</sup> BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, p. 219.

<sup>17</sup> Se trata de un caso relativo a una ley penal de Illinois que prohibía publicaciones que proyectaran un carácter depravado, criminal o de falta de virtud respecto de todo un grupo de ciudadanos de cualquier raza, color, credo o religión exponiendo a los grupos diana como personas de un valor inferior, de forma insultante o provocando una ruptura de la paz. El Tribunal Supremo de Estados Unidos, en un fallo 5 a 4, confirma la pena por la distribución de panfletos racistas y para ello se invocan distintos argumentos materiales en la línea de la prohibición del libelo, el daño a la convivencia interracial que provoca el discurso de odio o incluso la afectación

pronto entraría en declive<sup>18</sup> hasta que en los años 80 el debate doctrinal impulsara y renovara el interés por la protección de minorías históricamente discriminadas. Este debate, sin embargo, quedó zanjado por el citado fallo RAV v. St Paul 1992 que, sobre la base de un caso de prohibición de quema de cruces, sirvió una doctrina que arroja serias dudas sobre el futuro y la viabilidad constitucional de cualquier norma contraria al discurso del odio<sup>19</sup>. Este diagnóstico ni siquiera parece desdecirse por fallos posteriores, como señaladamente el del caso Virginia v. Black 2003, en el que también se revisa la constitucionalidad de la prohibición de la quema de cruces, aunque aquí la norma en cuestión hacía referencia a tal quema sólo cuando ésta se lleve a cabo particularmente con la intención de intimidar. Es cierto que en este supuesto el alto tribunal americano considera que es la parte procesal-probatoria la que determina que la ley de Virginia sea inconstitucional por presumirse *iuris tantum* en la norma estatal que toda quema de cruces implicaría *prima facie* una tal intención intimidatoria<sup>20</sup>. Ello parecería abrir a contrario, en la dimensión sustantiva, la posibilidad de una evolución de la jurisprudencia en la materia hacia la constitucionalidad de normas penalizadoras de estas conductas en determinadas condiciones<sup>21</sup>. Pero no debe perderse de vista que el juicio de constitucionalidad sobre constelaciones de casos que tienen que ver con el discurso de odio racista (sea éste más de tipo injurioso o más de tipo intimidatorio y/o incitatorio a la violencia), va mucho más allá de la quema de cruces y encuentra en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos lo que podríamos denominar una suerte de resistencia transversal<sup>22</sup>.

---

a la propia dignidad humana de cada persona perteneciente al grupo en cuestión atacado. BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, p. 220.

<sup>18</sup> BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, p. 221, se hacen eco que en el caso Village of Skokie v. National Socialist Party 1978 ya se da por desacreditada tal doctrina en el conocido fallo que supuso dar prioridad y permitir una marcha de simpatizantes Nazis ataviados con uniforme y portando esvásticas a través de la ciudad de Skokie (Illinois) en la que vivían predominantemente personas judías. Las ordenanzas que perseguían evitar la marcha se consideraron contrarias a la Primera Enmienda sobre la base de que el discurso de odio que comprometían estaba constitucionalmente protegido.

<sup>19</sup> BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, pp. 224, 221 ss.

<sup>20</sup> En el fallo en cuestión se aplica la doctrina del denominado *overbreadth* que, según BASTRESS, «El principio de “la alternativa menos restrictiva” en Derecho constitucional americano», *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 1998, p. 242, debería traducirse como doctrina de la exorbitancia. Se trataría de supuestos en que la regulación en cuestión en su impacto abarca no sólo constelaciones de casos que legítimamente entran dentro de la esfera legítima de la pretensión regulatoria, sino también supuestos que, por exceso, implican un ejercicio de la libertad de expresión que nada tiene que ver con el cumplimiento de intereses legítimos del Estado. Doctrina que a nuestro juicio bien podría traducirse también como del «rebasamiento» o «rebosamiento». Y es que la regulación, en definitiva va «más allá» de unos límites dentro de los cuales quedaría justificada la norma por atender a un fin legítimo que le privaría de protección de la Primera Enmienda. El punto de partida de la pretensión legislativa está bien enfocado hacia un interés: la regulación, sin embargo, rebasa los límites de legitimidad e incorpora *de facto* casos protegidos por la libertad de expresión. La norma desborda («rebasamiento» o «rebosamiento») los límites que la harían legítima sin tacha de inconstitucionalidad.

En el caso que nos ocupa se proyecta sobre la parte procesal de la ley sancionatoria de la quema de cruces del Estado de Virginia que señalaba que «[a]ny such burning of a cross shall be *prima facie* evidence of an intent to intimidate a person or group of persons». Presumir, aunque sólo sea *iuris tantum*, que toda quema de cruces resultaría intimidatoria de partida incluiría y penalizaría, en opinión de la mayoría del alto tribunal, constelaciones de casos en que la quema no tiene por qué tener una tal intención. La regulación por tanto abarcaría supuestos que equivalen a esa intimación y otros que no: los primeros, objetivo legítimo de la regulación; los segundos, ejercicio de la libertad de expresión que debería quedar libre de intervención. El tribunal, de esta manera, da a entender -ya en el ámbito material- que una configuración de la norma penal sin excesos, restringida a supuestos de verdadera intimidación (*true threats*) no estaría vedada constitucionalmente. BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, pp. 62 s., pp. 51 ss., pp. 111 ss., p. 228.

<sup>21</sup> HARTLEY, «Cross Burning. Hate Speech as Free Speech: A Comment on Virginia v. Black», *Catholic University Law Review*, (54), 2004, pp. 1 ss.; también BILLS/VAUGN, «A Contemporary Review of Hate Crime Legislation in the United States», *Criminal Justice Policy Review*, (34-2), 2023, pp. 118 s.

<sup>22</sup> Debe quedar para otra investigación un análisis detallado de cómo se articula dicha «resistencia transversal». Limitaciones de esta contribución hacen imposible entrar a todas las perspectivas desde las que se puede debatir

Más allá por tanto del debate abierto y en permanente estado de agitación, se puede concluir que a día de hoy la Corte Suprema estadounidense relega, esencialmente, a la zona libre de intervención penal el discurso del odio (*hate speech*) y liquida los modelos de legislación penal anti-odio con palabras, mientras que afirma y legitima las figuras agravatorias de delitos base sin encontrar ahí tacha ninguna desde el punto de vista de la libertad de expresión. Se puede afirmar que a partir de la década de los 90 (S. XX) los delitos de odio como agravaciones de delitos base (*hate crime stricto sensu*) son el modelo de referencia en los Estados Unidos, por tanto, desvinculándose del estándar internacional universal de los derechos humanos que obliga a incriminar partes más sustanciales del discurso del odio.

Ahora bien, dentro de su propia línea legislativa de agravación de penas se ha ido produciendo en los Estados Unidos una cierta expansión de los colectivos diana a proteger más allá de la matriz étnica original hacia otros colectivos como, entre otros, significativamente los relativos a la orientación e identidad sexual, sexo/género, personas con discapacidad, e incluso colectivos definidos según la edad, el estatus marital, o los sin techo<sup>23</sup>. Sin duda los colectivos de tipo étnico (raza, etnia, nacionalidad, religión) son los más asentados tanto en número de Estados federados

---

la constitucionalidad de las modalidades equivalentes del discurso de odio. Modalidades que tomando como referencia en espejo, por ejemplo, las contenidas en el poliédrico artículo 510 del Código penal español en cuanto eventual estándar europeo de delitos de odio con palabras, incluye no sólo casos de injuria colectiva, sino también supuestos de incitación, modalidades a través de las redes sociales, exhibición de símbolos y un largo etcétera. Determinar el potencial de la Primera Enmienda respecto de todas esas constelaciones de casos requiere un estudio amplísimo de la compleja y agitada jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En todo caso, sin ánimo de exhaustividad, siguiendo, por todos, a BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, no puede perderse de vista el estricto estándar que representa la doctrina del «*clear and present danger*» como test de filtrado en supuestos de provocación (y en particular en constelaciones de casos de índole ideológico: p. 79 ss.); o la doctrina de las denominadas «*fighting words*» y su eventual desactivación como vía de constitucionalidad respecto de conductas peligrosas u ofensivas (en la medida en que no parezca vigente en la jurisprudencia americana la pretensión de exclusión radical de protección de este tipo de categorías generales de discurso: p. 103 y pp. 97 ss.); o la estricta vigilancia que se proyecta sobre estas constelaciones de casos desde la doctrina del rebasamiento o exorbitancia (*overbreadth*: pp. 51 ss.); o la resistencia a crear categorías no protegidas o menos protegidas por la Primera Enmienda (pp. 26 ss., pp. 33 ss., en particular respecto del lenguaje puramente ofensivo pp. 107 ss., o más amenazante pp. 111 ss.; y pp. 203 ss.); o el campo especialmente controvertido del discurso del odio a través de las redes sociales e internet con el debate correspondiente del potencial de censura en la moderación de contenidos por parte de agentes privados –no gubernamentales por tanto– (p. VI y pp. 18 ss.). Por último debe considerarse que si además alzamos la mirada más allá de supuestos de racismo o xenofobia y nos adentramos en otros grupos, el angular de análisis es todavía más complejo: por ejemplo, en particular, respecto de los problemas estructuralmente similares entre discurso de odio racista o misógino, homófobo, transfobo... (pp. 228 ss.). En definitiva, una visión global arroja por tanto, a nuestro juicio, una suerte de resistencia estructural a que supuestos de discurso del odio que en Europa serían sentenciados conforme a la normativa en vigor, puedan, sin embargo, llegar a ser penalizados en Estados Unidos sin tacha de inconstitucionalidad por resultar protegidos por la Primera Enmienda con argumentos cambiantes, complementarios y a veces contradictorios pero que no se compadecen, de momento, con una evolución sustancial de apertura o cambio esencial desde el caso RAV v. St Paul 1992 que sigue jugando, en todo caso, un papel central.

<sup>23</sup> BLAIR WOODS, «Hate crime in the United States», en HALL/CORB/GIANNASI/GRIEVE (eds.), *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, 2015, p. 156, indica que a fecha de mayo de 2013 44 Estados y Washington D.C. tenían legislación anti-odio relativa a grupos étnicos; 32 Estados y Washington D.C. relativa a la discapacidad; 31 Estados y Washington D.C. a orientación sexual; 28 Estados y Washington D.C. a sexo/género; 14 Estados y Washington D.C. a la edad; 13 Estados y Washington D.C. a la identidad de género o expresión; y 5 Estados y Washington D.C. a los sin techo. ALTSCHILLER, *Hate Crimes*, 3ª ed., 2015, pp. 30 ss., amplía aún más los grupos diana respecto del estatus marital y otros. Más recientemente BILLS/VAUGHN, *Criminal Justice Policy Review*, (34-2), 2023, pp.115 ss., realiza una cartografía actualizada de la legislación en la materia y sus tendencias en los 50 Estados y Washington D.C. e indica (p. 124) que 46 Estados y Washington D.C. incluyen en su legislación las categorías protegidas de raza, etnia/nacionalidad y religión; 33 Estados incluyen orientación sexual; 32 Estados la discapacidad; otros 29 el género; 12 la identidad de género y la edad; 7 una categoría general de «otros» (*other protected classes*); 5 incluyen el sin-hogarismo y la condición de oficial de policía (*law enforcement*) y 4 afiliación política.

que tienen regulación al respecto, como desde el punto de vista de la ausencia de discusión sobre la oportunidad de una tal incriminación. Colectivos, por el contrario, como los determinados por la orientación sexual, la identidad sexual, la condición de sin-hogarismo o por la profesión como agente de la ley (*law enforcement*) parecen todavía presa de un cierto debate que lastra su plena generalización a efectos tanto legislativos como de aplicación en la práctica<sup>24</sup>. Ello parece confirmarse con una mirada a los datos de incidentes de odio recogidos por el FBI que muestran un mapa de grupos diana en los que la raza, la etnicidad, la ascendencia y la religión cuentan con una mayoría aplastante<sup>25</sup>.

Estados Unidos representa, en síntesis, un modelo de combate penal anti-odio que desaprovecha y desatiende el mandato de criminalización del discurso del odio (*hate speech*) impulsado por el estándar universal del derecho internacional de los derechos humanos y apuesta decididamente por las agravaciones de pena (*hate crime* en sentido estricto). Respecto de los colectivos diana ha estado centrado históricamente y hasta bien entrada la década de los 90 del pasado siglo en la etno-violencia, pero ya muestra una progresiva ampliación –en vías de consolidación– de la tutela a otros grupos (orientación e identidad sexual, personas con discapacidad, etc...).

En contraste con los Estados Unidos, la cartografía de los principales espacios jurídicos de Europa a finales del Siglo XX sitúa la figura de la incitación al odio, la violencia y la discriminación como el instrumento central de referencia destinado esencialmente a la protección de colectivos

<sup>24</sup> Así lo destacan recientemente BILLS/VAUGN, *Criminal Justice Policy Review*, (34-2), 2023, pp. 115 ss.,

<sup>25</sup> Según la base de datos oficial de Delitos de Odio provista a nivel nacional por el FBI (*Hate Crime data for the nation*): que se nutre a su vez de dos fuentes: *National Incident-Based Reporting System -NIBRS-* y el *Summary Reporting System -SRS-*. Véase sobre las fuentes y su metodología JAMES, «Federal Data on Hate Crimes in the United States», *Congressional Research Service*, 2020, pp. 1 ss.) de un total de 11.613 incidentes en el año 2022 (recopilados a partir del suministro de información de 14.660 agencias policiales de un total de 18.888 agencias participantes) 6570 se adscriben al colectivo raza, etnia y ascendencia; 2014 a religión; 1947 a orientación sexual; 171 a discapacidad; 95 a género; 469 a identidad de género; y un total de 347 a supuestos de discriminación múltiple o interseccional (*multiple bias*). La suma de los grupos étnicos en sentido amplio (raza, etnia, ascendencia y religión), aún sin contar su presencia entre los incidentes de tipo múltiple, ascienden a un 75,46% del total: ¾ partes del mapa de colectivos. En segundo lugar se situarían los colectivos sexuales como segunda franja relevante y, finalmente, a mucha más distancia en número y porcentaje de casos los relativos a la discapacidad. Puede consultarse los datos on line en <https://cde.ucr.cjis.gov/LATEST/webapp/#/pages/explorer/crime/hate-crime> (último acceso 27 febrero 2024).

Esta tendencia no se ha hecho más que reforzar a partir del ascenso de incidentes antiasiáticos que se constató durante la pandemia del COVID y que motivó la aprobación de una ley de delitos de odio por parte de la Administración Biden: la denominada COVID-19 Hate Crimes Act (20 mayo 2021: *Public Law* 117-13, 117th Congress, 34 USC Ch. 305: HATE CRIMES puede consultarse on line en [https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title34/subtitle3/chapter305&edition=prelim#:~:text=Hate%20Crimes%20Prevention%20Act%20\(division,investigate%20and%20prosecute%20hate%20crimes](https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title34/subtitle3/chapter305&edition=prelim#:~:text=Hate%20Crimes%20Prevention%20Act%20(division,investigate%20and%20prosecute%20hate%20crimes) [último acceso 28 febrero 2024]). En esta ley se constata que se habían reportado en los 50 Estados y el Distrito de Columbia 3,800 casos de discriminación e incidentes anti-asiáticos en el contexto de la pandemia del COVID-19 entre el 19 de marzo de 2020 y el 28 de febrero de 2021. Véase sobre el impacto en términos de daños, el análisis de las causas y la reacción ante dicha oleada xenófoba KAPLAN, «The Rise in Anti-Asian Racism and Xenophobia in the Time of COVID-19», *Journal of Hate Studies*, (18), 2023, pp. 96 ss.; y LANTZ/WENGER/MILLS, «Fear, Political Legitimization, and Racism: Examining Anti-Asian Xenophobia During the COVID-19 Pandemic», *Race and Justice*, (13), 2023, pp. 80 ss.; también, con un angular más focalizado en políticas preventivas, pero ampliando el foco no sólo a la ola xenófoba anti-asiática sino también a otras olas relevantes como la producida tras los incidentes de asesinato por la policía de George Floyd, SINNAR, «The Conundrums of Hate Crime Prevention», *Journal of Criminal Law and Criminology*, (112), 2022, pp. 801 ss.

Pero no sólo los datos: es sintomático de las asimetrías de aplicación de la normativa según grupos que se haya celebrado el primer juicio (sin conformidad) por delito de odio a nivel federal por un incidente contra una persona transgénero este mismo año, habiéndose condenado al acusado el 23 de febrero de 2024 por el asesinato de «Dime Doe» una mujer negra transgénero en 2019. Véase <https://www.cbsnews.com/news/man-found-guilty-in-trans-womans-killing-after-first-federal-gender-based-hate-crime-trial/> (último acceso 28 febrero 2024).

étnicos en un sentido amplio (raza, etnia, origen nacional, incluso religión...)<sup>26</sup>. Ello recoge y hace efectivas las obligaciones derivadas de la Convención de 1965 y a la vez acaba por influir en los modelos legislativos que se van a promover desde la Unión Europea (UE). Ya en el año 1996 la UE proponía como modelo de referencia para la cooperación en la lucha penal contra el racismo y la xenofobia ese estándar esencial de la prohibición de incitación y modos particulares de apología ligados al mismo<sup>27</sup>. Pero no será hasta el año 2008 cuando, tras una larga discusión y preparación<sup>28</sup>, acabó por aprobarse la Decisión Marco 2008/913/JAI<sup>29</sup>.

En este estándar regional se traza una línea común, preceptiva, de combate penal anti-odio en que, como novedad mayor, se acumulan tanto prohibiciones del discurso del odio (*hate speech* criminalizado) como delitos de odio agravados (*hate crime*). En realidad el texto de la propia Decisión Marco 2008 acusa una suerte de prioridad formal o preferencia criminalizadora respecto de los delitos con palabras (artículo 1.1)<sup>30</sup> a los que se dedica gran parte de su texto (artículos 1, 2, 3, 7...) y sobre los que, sin embargo, siguen pivotando matices de orientación restrictiva

<sup>26</sup> LANDA GOROSTIZA, «El modelo político-criminal antirracista “sui generis” del Código penal español de 1995: una aproximación crítica», *Revue Internationale de Droit Penal*, (73), 2002, pp. 167 ss.

<sup>27</sup> Acción Común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia. Véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*, 2000, pp. 76 ss.

<sup>28</sup> Véase la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (2002/C 75 E/17) COM(2001) 664 final 2001/0270 (CNS) presentada por la Comisión en Bruselas el 29.11.2001. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 75 E/269 26.03.2002. Véase, para la historia legislativa de esta Decisión, por todos, DE LA MATA BARRANCO, *Derecho Penal Europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, 2015, pp. 199 ss.; también RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea contra la discriminación racial: ¿es la decisión marco 2008/913/JAI un verdadero avance?», en Díez-PICAZO/NIETO MARTÍN (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pp. 347 ss.

<sup>29</sup> Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Diario Oficial de la Unión Europea L 328/55 6.12.2008 (en adelante Decisión Marco 2008). Además, a través de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Una Europa más inclusiva y protectora: ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio*, 9.12.2021 COM(2021) 777 final, se ha puesto en marcha el proceso para ampliar la lista de delitos de la UE para incluir la incitación al odio y los delitos de odio de conformidad con el artículo 83, apartado 1, del TFUE.

<sup>30</sup> Decisión Marco 2008: «Artículo 1 Delitos de carácter racista y xenófobo.

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:

- a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;
- b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;
- c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;
- d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.»



decisivos como la posibilidad de incriminar las conductas sólo si perturban el orden público o son amenazadoras, abusivas o insultantes (artículo 1.2)<sup>31</sup>.

Junto a lo anterior, sin embargo, por más lacónicamente que se redacte (artículo 4)<sup>32</sup>, se produce un salto cualitativo respecto al modelo originario al impulsarse también en la citada Decisión Marco 2008 criminalizaciones agravadas, abrazando así decididamente una nueva línea de política-criminal que objetivamente enlaza con la tradición propia de los Estados Unidos.

Con la entrada en el siglo XXI el modelo político-criminal europeo, por tanto, se amplía y a modo de síntesis añade a la tradicional criminalización del discurso del odio, agravaciones de pena de delitos base. En Europa se acaba así de hacer una especie de síntesis acumulativa de las líneas básicas de política criminal de ambos lados del Atlántico<sup>33</sup>.

Lo que sin embargo todavía no acaba de materializarse en la Decisión Marco 2008 es la ampliación definitiva de los colectivos protegidos más allá del referente étnico. Las figuras penales según ese estándar se activan únicamente cuando la conducta en cuestión se dirige contra «un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico»<sup>34</sup>. Es más: hay una cierta cautela en el modelo europeo señalado a la hora de interpretar la «religión» como elemento identificativo de colectivos de tal suerte que sólo parece demandarse, como estándar mínimo, la criminalización de las conductas en la medida en que la incitación o las agravaciones puedan ser probadas con base en que el elemento religioso es «un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico»<sup>35</sup>. Este matiz técnico del «pretexto» está dando a entender que ni siquiera es preceptiva una apertura de sus líneas directrices a dichos grupos religiosos como tales, sino sólo –y de forma restringida– a aquéllos cuando sean atacados solapándose a la hostilidad étnica que, en definitiva, sigue siendo por tanto el referente último al que se abre una cierta puerta complementaria<sup>36</sup>. No hay referencias, sin embargo, más allá, quedando por tanto fuera del

<sup>31</sup> Decisión Marco 2008 Artículo 1.2 «A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.»

<sup>32</sup> Decisión Marco 2008 «Artículo 4 Motivación racista y xenófoba. En los casos de delitos distintos de los contemplados en los artículos 1 y 2, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones.»

<sup>33</sup> Alemania, como referente esencial en la materia, incorpora ya a partir del año 2015 una circunstancia agravante (§ 46 (2) (2) StGB) en la línea de los delitos de odio «con hechos» o en sentido estricto acumulando dicha figura a su emblemática Volksverhetzung (§130 StGB). Véase al respecto el estudio crítico de ROSTALSKI, «Motivos y actitudes como fundamento de la agravación penal en los “delitos de odio”», en LANDA GOROSTIZA/GARRO CARRERA (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, 2018, pp. 79 ss. y especialmente pp. 84 ss.

<sup>34</sup> Véase *supra* el inciso final del artículo 1 a) de la Decisión Marco 2008.

<sup>35</sup> Véase el apartado 3 del artículo 1 de la Decisión Marco 2008 y también, en la misma línea, el Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003 (BOE Núm. 26, Sec. I. Pág. 7214, 30 de enero de 2015) que activa la entrada en vigor de dicho Protocolo para España el 1 Abril 2015 y en cuyo artículo 2.1. se establece literalmente: «A efectos del presente Protocolo: Por «material racista y xenófobo» se entenderá todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el ca[or]lor, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores.»

<sup>36</sup> En la misma línea que el estándar universal de la Convención de 1965 tal y como establece la Recomendación General 35 (CERD/C/GC/35) apartado 6 cuando alude al principio de interseccionalidad.

ámbito de protección de mínimos la agresión incitadora o mediante delitos agravados contra grupos identificables por su orientación o identidad sexual, género, sexo, enfermedad, discapacidad u otras circunstancias<sup>37</sup>.

Sin embargo, esa línea político-criminal marcada desde la Unión Europea se está viendo desbordada por el trabajo desarrollado por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa que en un documento reciente y de gran trascendencia rebasa estándares en muchos de los frentes apuntados. Se trata de la Recomendación de Política General número 15<sup>38</sup> que establece a lo largo de casi setenta páginas toda una estrategia global antidiscriminatoria a partir del punto focal del discurso del odio y del que sólo cabe destacar aquí el siguiente aspecto<sup>39</sup>. Los colectivos diana sobre los que el documento proyecta sus recomendaciones exceden manifiestamente el ámbito de lo étnico al comprender no sólo la raza, el color, la ascendencia, la lengua o el origen nacional o étnico propiamente dichos, sino también una referencia explícita a la religión, las creencias, el sexo, el género, la identidad de género, la orientación sexual, la edad, la discapacidad y «otras

---

<sup>37</sup> Línea de tutela que no parece vaya a poder mantenerse en el medio y largo plazo si se observan, desde una perspectiva más global, los borradores de Directiva tanto en materia de Violencia de Género [Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica 8.3.2022, COM(2022) 105 final 2022/0066 (COD)] como de Víctimas [Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2012/29/EU establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, 12.7.2023 COM(2023) 424 final 2023/0250 (COD)], en la medida en que apuntan hacia una tendencia a equiparar e integrar los delitos de odio contra colectivos étnicos con la violencia de igual factura dirigida contra otros grupos vulnerables como los constituidos en torno al «género».

En la Propuesta de Directiva sobre violencia contra las mujeres acabada de señalar, en su Exposición de Motivos al aludir a la definición conceptual se indica: «(...) Por violencia contra las mujeres se entiende violencia de género dirigida contra una mujer por el hecho de que es una mujer o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada. Incluye todos los actos de violencia de género que causan o existe la probabilidad de que causen daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, y las amenazas de realizar dichos actos. Engloba delitos como la violencia sexual, incluida la violación, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el aborto o la esterilización forzados, la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, el acecho, el acoso sexual, el feminicidio, *la incitación al odio y los delitos por razón de sexo* y diversas formas de violencia en línea («ciberviolencia»), como la difusión o la manipulación no consentidas de material íntimo, el ciberacecho y el ciberacoso.(...)» (el resaltado en cursiva es nuestro)

Respecto de la Propuesta de reforma de la Directiva en materia de Víctimas, en las consideraciones previas al articulado, en el párrafo 7 se indica: «Targeted and integrated support services should be available to a broad range of victims with specific needs. Such victims may include not only *victims of sexual violence, victims of gender-based violence and victims of domestic violence*, but also victims of trafficking in human beings, victims of organised crimes, victims with disabilities, victims of exploitation, victims of hate crime, victims of terrorism or victims of core international crimes. (...)» (el resaltado en cursiva es nuestro). En este caso no hay una integración cruzada de las categorías de víctimas de violencia de género y de delitos de odio, pero sí una tendencia general a una aproximación conjunta y una cierta «nivelación» de determinadas categorías de víctimas «con especiales necesidades».

Muy crítica, con sólidas razones, de una tal confluencia y abogando por una autonomía de las esferas prohibitivas de los delitos de odio *versus* delitos de género, por todas, ALONSO ÁLAMO, «¿Es el feminicidio un delito de odio?», *Revista Penal*, (50), 2022, *passim*.

<sup>38</sup> ECRI, General Policy Recommendation NO. 15 on Combating Hate Speech, adopted on 8 December 2015 (en adelante Recomendación General 15) que será citado conforme a la traducción española no oficial (Recomendación general nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo) llevada a cabo por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

<sup>39</sup> Ampliamente para un estudio en profundidad, por todos, ELÓSEGUI ITXASO, «Las recomendaciones de la ECRI sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, (44), 2017, pp. 1 ss.

características o condiciones personales»<sup>40</sup>. No se trata de una interpretación teleológica de actualización de un instrumento «vivo»<sup>41</sup> sino directamente de una expansión *tout court* desde un ámbito particular de discriminación a todo el arco de colectivos vulnerables.

En definitiva, el estado de la cuestión sobre los modelos legislativos penales anti-odio parecen haber pasado definitivamente de una lucha entre propuestas monistas alternativas de incitación (*hate speech* criminalizado: delitos con palabras) *versus* de agravación (*hate crime*: delitos con hechos), a una acumulación de ambas al menos en Europa (manteniéndose la reticencia de los EEUU a criminalizar el discurso del odio) y que tiende a extender su tutela a cada vez más colectivos. Así las cosas, ¿cual es la situación en España? ¿cómo habría que caracterizar su vigente modelo político-criminal?

### 2.3. Modelo político-criminal vigente en España

Como ya expusimos hace casi veinte años<sup>42</sup>, con la aprobación del Código penal de 1995 se consagró en España desde un principio un modelo político-criminal antirracista y antixenofobo *sui generis* de máxima expansión. Se «adelantó» el legislador en casi dos décadas a una evolución de la política legislativa en nuestro círculo jurídico europeo que acabaría por acumular las figuras principales en liza: discurso del odio criminalizado (*hate speech crime*) y delitos de odio en sentido estricto (*hate crime*). Pues ya en 1995 el modelo español incorporaba delitos de odio «con palabras», vía la introducción del artículo 510 CP y los delitos de hechos agravados, vía una circunstancia genérica de agravación de la responsabilidad criminal (artículo 22.4 CP). Pero no sólo eso. Lo *sui generis* no se reducía a una apuesta firme por acumulación de modelos. También desde un principio se optó por una redacción específica de la figura de «apología» del genocidio (el ya derogado artículo 607.2 CP ahora integrado en el artículo 510 CP) y por incorporar tipos antidiscriminatorios específicos (denegaciones de prestación: artículos 511, 512 CP; discriminación laboral: 314 CP), un modelo de criminalización de la asociación racista (artículo 515.5º CP) y otros tipos penales cualificados u objetivamente interpretables en la misma línea de tutela (artículos 161.2º, 170.1º, 197.5º, 607, 611 CP...).

La proliferación de figuras, además, se veía extendida por un potencial ámbito de protección de gran angular habida cuenta de que los colectivos protegidos iban mucho más allá del referente étnico (incluyendo, sin tapujos, lo religioso y lo ideológico) incorporando también a grupos

---

<sup>40</sup> Recomendación General 15, p. 4. Así se establece desde el principio en el inicio del prólogo en cuyo final se añade «Recordando que la labor de la ECRI se centra en el discurso de odio por razones de «raza», color, lengua, religión, nacionalidad, origen nacional o étnico, identidad de género u orientación sexual, pero reconociendo que el discurso de odio puede basarse en todas las demás consideraciones mencionadas, y que las recomendaciones contenidas en este texto deben aplicarse a ellas, mutatis mutandis» (p. 6). En el apartado 6 del Memorandum Explicativo se vuelve a reiterar: «Aunque la Recomendación se refiere de forma específica al uso del discurso de odio que recaiga en el ámbito de trabajo de ECRI, sus disposiciones están previstas para que puedan aplicarse a todas las formas de este discurso, por ejemplo, por causas distintas a la «raza», como por ejemplo, color, idioma, religión, nacionalidad, origen nacional o étnico, identidad de género u orientación sexual.»

<sup>41</sup> Véase en tal sentido acertadamente las consideraciones de KEANE/WAUGHNEY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, pp. 14 ss., reivindicando una necesaria adaptación de la interpretación del estándar internacional de la Convención de 1965 y que lleva a primar una visión (en palabras de THORNBERRY, «Foreword», en KEANE/WAUGHNEY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, p. XVIII) teleológica y no puramente literalista a la hora de dotar de contenido al concepto de «racismo».

<sup>42</sup> Véase la caracterización ya realizada en su momento por LANDA GOROSTIZA, *Revue Internationale de Droit Penal*, (73), 2002, pp. 181 ss.; también, con más incidencia en su conexión con el proceso legislativo LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, 2001, pp. 13 ss. y *passim*.

sexuales, por enfermedad, discapacidad, etc. Por ello en su momento se podía afirmar que España seguía una vía propia, *sui generis*, justamente calificable como *modelo político-criminal europeo de máxima expansión*<sup>45</sup>. La plantilla objetiva de los tipos penales se identificaba más con una política penal antidiscriminatoria y de tutela del principio de igualdad *in toto* que, meramente, de índole antirracista o antixenófoba.

En los veinte años posteriores a la aprobación del CP vigente: esto es, desde 1995 y hasta la fundamental reforma que afecta a esta materia del año 2015<sup>44</sup>, los cambios no han hecho sino apuntalar el modelo. Cambios a mayor expansión de ámbitos típicos y a mayor número de colectivos a proteger. Probablemente, en una consideración de conjunto, los cambios han sido «menores» en el sentido de que no alteran en lo substancial el edificio ni su orientación antidiscriminatoria tal y como se construyeron en 1995. Hay quien pueda pensar que eso demuestra que en España se fue capaz de adelantar el futuro y preparar desde un principio los instrumentos de intervención idóneos. Otra es, sin embargo, nuestra valoración.

Y es que el modelo político-criminal español, desde un principio, pese a invocar los estándares internacionales en la materia acusa en su materialización un radical desbordamiento con preterición además del equilibrio adecuado de ponderación de los derechos en juego. Los estándares internacionales y su evolución dejan patente que el combate anti-odio es un fenómeno dinámico que requiere de instrumentos vivos que se acompasen mediante interpretaciones teleológicas a la realidad evolutiva de cada país. El consenso en una materia tan importante como la del combate del racismo y la xenofobia requiere ese «paso a paso» que garantiza efectividad no sólo en lo doméstico sino también en el imprescindible nivel internacional en un mundo globalizado. Desde que la Convención de 1965 y el Pacto de 1966 establecieron los puntos de partida han pasado más de 50 años para llegar a un cierto estándar de consenso respecto de la parte del discurso del odio a criminalizar legítimamente. E igualmente se va asentando la necesidad de una visión holística<sup>45</sup> de la intervención antixenófoba, tanto mediante vías no jurídicas (educativa, social, política...), como jurídicas de diversa índole (civil, laboral, administrativa...y penal). Primero debe establecerse una política general, no penal, antidiscriminatoria sobre cuya aplicación valorar la *ultima ratio*, la dosis precisa, necesaria e indispensable de derecho penal. España, sin embargo, convirtió desde un principio la *ultima ratio* del derecho penal en esta materia en una *prima ratio* a modo de política antidiscriminatoria penal<sup>46</sup>. Esa distorsión amenaza el edificio antidiscriminatorio en su conjunto y nos remite, permítaseme la expresión, a la estrategia del «matar moscas a cañonazos». El riesgo de quien quiere prohibir penalmente por exceso es doble: en una dirección se sitúa el riesgo de impunidad y falta de efectividad porque los operadores jurídicos acaben por retraerse ante la amplitud de

---

<sup>43</sup> LANDA GOROSTIZA, *Revue Internationale de Droit Penal*, (73), 2002, p. 181.

<sup>44</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, 31 marzo 2015).

<sup>45</sup> En el mismo sentido ELÓSEGUI ITXASO, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, (44), 2017, p. 61, aunque insistiendo más en aspectos de aplicación que de necesidad de nueva normativa.

<sup>46</sup> Política que sólo 27 años después de la aprobación del Código Penal de 1995 se ha materializado a través de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en vigor desde el 14 de julio de 2022). Véase sobre ese ensamblaje «tardío» de políticas penales y extrapenales al respecto LANDA GOROSTIZA, «Igualdad de trato, no discriminación y delitos de odio», en SHERSHNEVA ZASTAVNAIA (ed.), *Dimensiones desde la desigualdad*. Zabaldú, v. 1, 2023, *passim*.

los ámbitos de prohibición; y, en dirección opuesta, el riesgo es de abuso e hiper-criminalización de esferas de libertad que pertenecen al ámbito esencial de los derechos fundamentales<sup>47</sup>.

En síntesis: España ha acumulado los dos modelos legislativos y las líneas de intervención de política-criminal expandiendo su ámbito de prohibición a todo tipo de discursos y hechos delictivos no sólo referidos a grupos étnicos, sino también a un sin número de colectivos con riesgo de convertir lo que podría calificarse de preceptos antixenófobos o antirracistas más bien en un modelo de tutela penal antidiscriminatorio. Ese cambio de paradigma, esa ampliación del modelo, esa expansión de colectivos y de preceptos son el punto más característico del modelo español y que, a mi juicio, ha generado cierta desorientación en el debate interpretativo tanto doctrinal como jurisprudencial como a continuación se va a poder observar.

### 3. Debate doctrinal

La identificación del bien jurídico protegido no es sino un ejercicio de interpretación. Es, en realidad, una conclusión interpretativa a la que se llega a partir de un tenor literal de la norma sobre cuya base se proyectarán todos los demás criterios clásicos (sistemático, histórico-legislativo, teleológico...) de hermenéutica jurídica<sup>48</sup>. Parece evidente, no obstante, que cuanto más abierto y difuso sea el tenor literal de una prohibición penal, mayor espacio dejará a que haya diversidad de propuestas sobre cuál deba ser *de lege lata* el sentido de tutela. Y este es precisamente el caso de los delitos de odio y, en particular de su precepto angular: el artículo 510 CP, que muestra elementos típicos de enorme generalidad y, se encontraría en esa fina línea al límite de interferir ilegítimamente en espacios de libertad a base de criminalizar actos puramente inmorales antes que estrictamente dañinos para un bien jurídico claramente delimitado<sup>49</sup>. Por eso siempre, pero más en este caso, se revela esencial la pre-comprensión como punto de partida hacia una «conjetura de sentido»<sup>50</sup> sobre qué haya de considerarse como aspecto o aspectos clave a la hora de definir el contenido de injusto.

A la vista por tanto de estas consideraciones cabe afirmar, y resulta comprensible, que el debate esencial, fundamental, sobre el sentido de tutela, sobre la pre-comprensión y conjetura de sentido del delito de incitación al odio, siga dividiendo radicalmente a la doctrina. Y la sigue dividiendo además sobre unos parámetros de debate que no han variado en lo esencial desde que se aprobaron las primeras versiones del artículo 510<sup>51</sup>. Las propuestas, en definitiva, siguen

<sup>47</sup> Ambos riesgos ya se han materializado en la evolución española como enseguida daremos cuenta en particular en el estudio de la jurisprudencia (*infra* apartado 4).

<sup>48</sup> LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4ª ed., 1994, pp. 316 ss.

<sup>49</sup> Sitúa adecuadamente la cuestión respecto de los delitos de odio en este mismo marco general acogiendo a consideraciones más propias del *common law* MIRÓ LLINARES, «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, 2017, pp. 28 ss.; también, en una visión más amplia, EL MISMO, «La criminalización de conductas «ofensivas». A propósito del debate anglosajón sobre los «límites morales» del derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-23, 2015, pp. 1 ss.

<sup>50</sup> LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4ª ed., 1994, pp. 194 ss.

<sup>51</sup> LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*, 2000, pp. 218 ss. y 255 ss. Somos conscientes de que la determinación del sentido de tutela variará también en función de los preceptos que en concreto sean objeto de análisis (artículos 510, 511, 512, 314, 22.4...), pero partimos de que el núcleo esencial de su orientación de tutela se informa del debate central que ha acompañado a la figura de incitación al odio especialmente en el círculo jurídico europeo. Véase en tal sentido la propuesta interpretativa para la agravante genérica en LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, pp. 121 ss.; también, por todos, la exposición del debate sobre su fundamento y naturaleza DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, 2013, pp. 337 ss.

basculando entre aquéllas que apuntan más claramente hacia una línea de protección individual antidiscriminatoria y aquéllas otras que identifican como dimensión clave la protección de colectivos. La primera, a nuestro juicio, más difusa y general; la segunda, por el contrario, más próxima al sentido de interpretación originario de este tipo de preceptos en los círculos de cultura jurídica más próximos y en línea con los estándares internacionales más asentados.

En la doctrina española desde un principio se generalizó una perspectiva más de tipo antidiscriminatorio en clave individualista a la hora de intentar dilucidar el sentido de tutela de los delitos de odio. Se partía del derecho a la igualdad como paradigma y sólo en un segundo nivel se buscaban referentes colectivos de tutela<sup>52</sup>. Por supuesto que había posturas muy críticas y sólidas que buscaban una reducción teleológica del ámbito de prohibición y que, en conjunto, endosaban las implicaciones colectivas del daño social al que apunta el delito de odio<sup>53</sup>. Pero ha de insistirse en que el cuadro global de la doctrina y la praxis forense ha tendido a una conjetura de sentido en clave de defensa individual de derechos a partir de la cual, en su caso, se va ampliando la mirada a aspectos más o menos supraindividuales<sup>54</sup>.

---

(con ulteriores referencias); y, también, GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, 2019, pp. 41 ss.

<sup>52</sup> Un cartografiado exhaustivo de la situación en la década de los 90 en LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 2000, pp. 217 ss.

<sup>53</sup> Paradigmáticamente al respecto LAURENZO COPELLO, «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, (19), 1996, pp. 219 ss.

<sup>54</sup> Véase, sin ánimo de exhaustividad y como botón de muestra el panorama de propuestas después de la LO 1/2015 que reflejan abrumadoramente esa pre-comprensión antidiscriminatoria (por supuesto con diversos acentos), por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 24ª ed., 2022, pp. 801 ss., apostando por una clara contextualización antidiscriminatoria de los tipos penales; GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible*, 2019, p. 30 (con ulteriores referencias) y GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-20), 2016, pp. 11 s., él mismo con una propuesta mixta de bien jurídico individual colectiva; también DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, 2018, pp. 106 ss., adhiriéndose a lo que tilda de doctrina mayoritaria que «con razón» dice debe ligar el bien jurídico con el derecho a no ser discriminado (con una ulterior descripción además de las diferentes posiciones de la doctrina española con una buena síntesis del panorama); MIRÓ LLINARES, en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, pp. 50 s., cifrando el sentido de tutela en una «puesta en peligro más o menos remota de intereses individuales relacionados con la dignidad y la autonomía personal de cualquier individuo del grupo» también con ulteriores referencias a las posiciones con una buena síntesis de la literatura según propuestas de tutela según se sitúe el objeto en el derecho a no ser discriminado, la dignidad personal, la seguridad del grupo, la paz pública o «diferentes combinaciones mixtas de tales intereses y de otros individuales y colectivos»; y PORTILLA CONTRERAS, «Lección 10ª. La represión penal del discurso del odio», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial IV. Delitos contra la Constitución*, 2016, pp. 385 ss., según el cual, sin embargo, el bien jurídico protegido del artículo 510 varía en función de las conductas típicas: sería el derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil en conductas de discriminación mientras que en el caso de referencias a la violencia señala la seguridad como objeto de tutela. Niega categóricamente el citado autor que en los casos de incitación al odio exista bien jurídico alguno y califica su incriminación como una «mera excusa para reprimir la libertad de expresión». En clave fundamentalmente individual, recientemente, DE PABLO SERRANO/TAPIA BALLESTEROS, «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», *Diario La Ley*, (8911), 2017, pp. 1 ss., quienes no reflejan en un análisis monográfico de la cuestión las propuestas de bien jurídico colectivas y se ciñen en su propuesta «personalista» al estudio de la dignidad, honor y derecho a la igualdad y a no ser discriminado (con una orientación más «colectivizante» en un interesante estudio DE PABLO SERRANO, «El “reconocimiento” como fundamento filosófico para la sanción penal y administrativa del discurso del odio contra el colectivo LGTBI», en GUZMÁN ORDAZ/GORJÓN BARRANCO (coords.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, 2019, pp. 344 ss., apuesta por el honor como bien jurídico colectivo en el contexto de la teoría del reconocimiento de Axel HONNETH respecto del colectivo LGTBI). Apuestan, en el extremo opuesto, de forma nítida y unívoca por un bien jurídico supraindividual, por todos, recientemente, sólo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Capítulo 16. Circunstancias agravantes y mixta de parentesco. D. Motivos racistas», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal 2021*, 2020, pp. 539 s.; y GARROCHO SALCEDO, «Capítulo 45. Delitos contra la Constitución. Sección 4. Delitos relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal 2021*, 2020, p. 1993. Para una visión de conjunto

Al no partirse de un colectivo vulnerable al que proteger y sobre cuya base intentar captar el daño colectivo que produce sea el delito de expresión, sea el delito agravado correspondiente, se tiende a perder el sentido de la interpretación<sup>55</sup>. Cualquier discriminación, cualquier conducta ofensiva contra los grupos más diversos, parece establecer un primer indicio para activar los preceptos penales. Y es por ello por lo que en una primera fase de la jurisprudencia –como en seguida veremos– se retraían los operadores jurídicos y en concreto los jueces que tendían a proteger la libertad de expresión u otros derechos fundamentales antes de considerar el procesamiento y menos aún una resolución condenatoria. La apertura de los tipos penales, su gran número, la larga lista de colectivos, parecía incriminar sectores de actividad tan amplios que produjo una reacción de inaplicación en especial de los delitos de expresión.

En vez de haberse optado por una política criminal del «paso a paso», más atenta a la sociología real de tensionamiento entre grupos en España; una política que hubiera permitido centrar el contexto concreto de eventual tutela sobre algún grupo particularmente en la diana del odio (por ejemplo, el odio secular al colectivo de etnia gitana), se optó por una redacción de tipos penales abiertos. Pero al generalizar el modelo a una suerte de tutela penal antidiscriminatoria se corría el riesgo de hipertrofia del derecho penal y de la vida social con supresión de raíz de la función de *ultima ratio*. Ese modelo legislativo, ese tenor tan abierto y expandido de los tipos penales, por tanto, condicionó desde el principio un debate doctrinal escorado a una tutela genérica del principio de igualdad. Así se facilitaba la desorientación y en cierto modo se arrojó a la doctrina a posiciones y propuestas excesivamente difusas que parece que sólo tímidamente empiezan a corregirse a la luz de algunas tendencias emergentes. El ir y venir de la mirada desde lo individual a lo colectivo, esa vacilación estructural en la pre-comprensión de la que advertía HÖRNLE<sup>56</sup>, no acaba de encontrar todavía en España la síntesis adecuada y definitiva: no en términos en los que la discusión doctrinal se vaya pacificando. Pero sí que, insistimos, se entrevé una tendencia cada vez mayor a una identificación del injusto típico a partir del daño colectivo que representa. Tendencia en la que se incardina nuestra propia visión de estos delitos y que se cifra en la «tutela de las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables»<sup>57</sup>.

Para terminar este apartado conviene hacer una última reflexión. El debate sobre el bien jurídico, protegido acabado de presentar y central a la hora de hacer un diagnóstico global del estado de la doctrina, se tensiona y enfrenta, además, al menos, a dos retos mayores<sup>58</sup> que pueden

---

a un más alto nivel de abstracción con un sólido meta-análisis cartografiando de forma descriptiva y valorativa las diferentes orientaciones de tutela el riguroso estudio de FUENTES OSORIO, «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-27), 2017, pp. 1 ss. (con ulteriores referencias). En cuanto a la praxis forense véase la toma de postura nítida de la Fiscalía General del Estado por una propuesta de bien jurídico en la línea de la dignidad humana como elemento esencial afectado en el marco de los principios de igualdad y no discriminación en su reciente Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP: apartado 2.1.

<sup>55</sup> CORRECHER MIRA, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, (2), 2021, p. 86 ss. y *passim*.

<sup>56</sup> HÖRNLE, *Grob Anstössiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, 2005, pp. 3 s.

<sup>57</sup> LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 2000, pp. 341 ss.; más recientemente, actualizada y matizada, EL MISMO, *Los delitos de odio*, 2018, pp. 49 ss.

<sup>58</sup> Por supuesto no son los únicos vectores de discusión: otro aspecto esencial junto al de la configuración de bien jurídico es el de la ampliación de los grupos protegidos que repercute, a su vez, en la propia concepción del delito de odio y su objeto de tutela y que ya se viene apuntando como un elemento clave de reflexión a lo largo de este trabajo. Criminalizar una constelación de casos claramente identificable desde el paradigma discriminatorio no es lo mismo que criminalizar el paradigma como tal: cuantos más grupos a proteger -con tipos además más abiertos-, más se desdibuja el objeto de tutela o, con otras palabras, más necesario es desacoplar la discusión y buscar grupo a grupo y según constelaciones de casos y técnicas de incriminación el buen derecho que lo regule y

calificarse como aspectos estructurales que están incrementando aún más la agitación interpretativa en este campo. Se trata por un lado de la creciente interferencia y acople entre los paradigmas del delito de odio y del terrorismo y, por otro lado, el impacto de la criminalidad de odio a través del ciberdelito o de conductas por vía de las redes sociales y el espacio virtual.

Respecto de lo primero, la aproximación, confusión y aplicación simultánea o alternativa de los delitos de odio y de delitos de terrorismo no es un fenómeno específico del debate español<sup>59</sup>. En Estados Unidos se ha producido recientemente una intensificación de esta discusión al enfrentarse a crecientes problemas para deslindar cuándo deben calificarse determinadas conductas como delitos de odio o como terrorismo *doméstico*<sup>60</sup>. En el año 2011 Kevin Harpham puso una bomba, que finalmente no explotó, en la ruta por la había de discurrir una marcha en Spokane (Washington) a impulsos de su ideología supremacista blanca. La manifestación en cuestión se celebraba en conmemoración de la muerte de Martin Luther King. El FBI en primera instancia calificó los hechos como terrorismo doméstico. Durante el procedimiento judicial, sin embargo, el acusado confesó y se allanó a los cargos de delito (federal)<sup>61</sup> de odio y tentativa de

---

aplique. Una derivada de esa línea de argumentación es el problema creciente que representa la aproximación y el entrecruce entre los paradigmas político criminales de combate de la violencia machista y de género con el de los delitos de odio (Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, «Capítulo IV. Derecho penal sustantivo: la violencia sexual», en ETXEBERRIA GURIDI (dir.), *La mujer víctima de violencia. Análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul*, 2022, pp. 211 ss. A ello se habrá de volver enseguida en el apartado de jurisprudencia). Otra derivada de ese mismo debate sobre la ampliación de grupos es precisamente el que hace bascular este tipo de preceptos penales de odio hacia la política criminal contraterrorista según una clave identificadora de los colectivos diana basada en la motivación política. Limitaciones de esta contribución reducen el diagnóstico de este trabajo a este último aspecto, y a un breve apunte a las particularidades del comportamiento de odio a través del ciberespacio, como dos aspectos clave del debate en su estado más actual y de forma necesariamente sintética.

<sup>59</sup> Por todos sólo DÍAZ LÓPEZ, «Terrorism as a hate crime?», en CLIVE/LLOBET ANGLÍ/CANCIO MELIÁ (eds.), *Precursor Crimes of Terrorism. The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, 2022 pp. 143 ss.; también, más centrado en los delitos de expresión, CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, 2019.

<sup>60</sup> De acuerdo con el Código de los Estados Unidos (18 USC 2331 <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=domestic+terrorism&f=treesort&fq=true&num=204&hl=true&edition=prelim&granuleId=USC-prelim-title18-section2331> [último acceso 1 marzo 2024]) terrorismo doméstico se define de la siguiente manera:

- (5) the term «domestic terrorism» means activities that—
- (A) involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State;
- (B) appear to be intended—
- (i) to intimidate or coerce a civilian population;
- (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or
- (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and
- (C) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States.

Por tanto es el lugar de comisión y la ausencia de una instancia de dirección extranjera, combinado con el carácter ideológico de la acción criminal, lo que esencialmente traza la frontera entre el terrorismo doméstico y el de carácter internacional. Ese carácter ideológico -o de motivación política- puede ser tan plural como cualquier visión del mundo a partir de ideas, entre otras, relativas a los derechos de los animales, derechos medioambientales, supremacismo blanco, creencias anti-gubernamentales o anarquismo. BJELOPERA, «Sifting Domestic Terrorism from Hate Crime and Homegrown Violent Extremism», *Congressional Research Service (CRS)*, 2016, p. 1. Para un análisis muy crítico con esta distinción entre el terrorismo doméstico y el internacional, con sólidos argumentos, SINNAR, «Separate and Unequal: The Law of “Domestic” and “International” Terrorism», *Michigan Law Review*, (117), 2019, pp. 1333 ss.

<sup>61</sup> Hay que tener en cuenta que precisamente en el año 2009 se asienta una competencia federal más robusta para la persecución de los delitos de odio (en particular respecto de delitos con violencia) a través de la *Matthew Shepard and James Byrd, Jr., Hate Crimes Prevention Act of 2009*, 18 U.S.C. § 249. Véase respecto de los nuevos delitos creados en la línea de lesiones dolosas con instrumentos peligrosos, la información de la sección de derechos civiles del



uso de armas de destrucción masiva. A partir de ese momento la propia FBI consideró que los hechos integraban efectivamente un delito de odio<sup>62</sup>. Este tipo de dudas –odio *versus* terrorismo– se han seguido prodigando en atentados todavía mucho más graves. Así matanzas colectivas como las sucedidas en Orlando (Florida) en 2016 o El Paso (Texas) en 2019, con decenas de muertos, no sólo han dado visibilidad a los delitos de odio<sup>63</sup>, sino que también han propiciado las dudas sobre su adecuada calificación jurídica<sup>64</sup>. Probablemente, no obstante, ha sido el asalto al Capitolio producido el 6 de enero de 2021 el que ha acabado por exarcarbar este debate cuando una turba de manifestantes entraban por la fuerza al órgano legislativo a dos meses de que el Presidente Donald Trump hubiera perdido las elecciones presidenciales<sup>65</sup>.

El paradigma genérico de la motivación ideológica subyacente parece aproximar los marcos normativos de delitos de odio y de terrorismo. Los delitos de odio tradicionalmente, sin embargo, no transitaban por ese crisol de mirada «ideológica» sino por el de protección de minorías históricamente marginadas que generaban un cierto consenso del arco político en su tutela<sup>66</sup>. El

---

Departamento de Justicia de los Estados Unidos en <https://www.justice.gov/crt/matthew-shepard-and-james-byrd-jr-hate-crimes-prevention-act-2009-0> (último acceso 2 marzo 2024); también sobre el significado en términos históricos de la tal ley LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 41 ss.

<sup>62</sup> BJELOPERA, *Congressional Research Service (CRS)*, 2016, p. 2.

<sup>63</sup> BILLS/VAUGHN, *Criminal Justice Policy Review*, (34-2), 2023, p. 116.

<sup>64</sup> Respecto de la matanza de El Paso resalta tales dudas con una mirada más allá de lo jurídico recogiendo el impacto de percepción también en la prensa, VALCORE/BUCLER, «An Act on Terror and an Act of Hate: national Elite and Populace Newspaper Framing of Pulse Nightclub Shooting», *Criminal Justice Studies*, (33-3), 2020, pp. 1 ss. El autor de la masacre se declaró culpable en Febrero de 2023 y fue condenado a múltiples penas perpetuas consecutivas por 90 cargos entre los que figuraban decenas de delitos de odio con resultado de muerte y lesiones en violación de la Ley Matthew Shepard & James Byrd: véase al respecto la información proporcionada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en <https://www.justice.gov/opa/pr/texas-man-sentenced-90-consecutive-life-sentences-2019-mass-shooting-walmart-el-paso-texas> (último acceso 3 marzo 2024). Centrada en la matanza en Orlando véase PARADA, «White Supremacist have committed Domestic Terrorist Attacks, but Why have the Attackers not been indicted as Domestic Terrorists?», *University of La Verne Law Review*, (41), 2019, pp. 104 ss. Véase, también, DÍAZ LÓPEZ, en CLIVE/LLOBET ANGLÍ/CANCIO MELIÁ (eds.), *Precursor Crimes of Terrorism*, 2022 pp. 143 ss.

<sup>65</sup> Véase el análisis en particular desde el angular de la violencia que representa el supremacismo blanco de SINNAR «Hate Crimes, Terrorism, and the Framing of White Supremacist Violence», *California Law Review*, (110), 2022, pp. 489 ss.: esta autora señala de forma certera que las dudas –y acople– sobre la calificación como delito de odio o como terrorismo no son, en definitiva, más que el reflejo de la predominancia que han adquirido ambos paradigmas como marcos reguladores en un proceso de construcción social que simplemente estaba del todo ausente sólo una décadas antes (p. 492); véase también NOTES, «Responding to Domestic Terrorism: a Crisis of Legitimacy», *Harvard Law Review*, (136), 2023, pp. 1914 ss., más centrado en los problemas específicos de la falta de posibilidad de calificación jurídica a nivel federal del cargo «terrorismo doméstico» partiendo, también, del caso paradigmático del asalto al Capitolio. Por último, SACCO, «Stifing Domestic Terrorism from Violent Extremism and Hate Crime», *Congressional Research Service (CRS)*, 2022, pp. 1 ss.

<sup>66</sup> Actuaciones inspiradas por «ideología» neo-nazi contra colectivos como, por ejemplo, los judíos o los homosexuales no se calificarían como «ideológicos» sino más bien como de tipo étnico (antisemitismo, origen nacional, religión...) u homófobo. Se trata, en este caso, de una ideología –la neonazi– que por consenso político queda fuera del debate democrático (prohibiciones de partidos en Europa central, aplicación de la cláusula de abuso del derecho –artículo 17 Convenio Europeo de Derechos Humanos– por el Tribunal de Estrasburgo...). El fondo ideológico podría decirse se consensua como inaceptable en el marco de discusión política (incluso llegando en modelos de democracia militante a suponer un cordón sanitario de aislamiento de partidos en su esa órbita). En cambio los discursos desabridos, incluso ofensivos, en la medida en que pertenezcan al debate entre facciones ideológicas del arco parlamentario tienden a quedar de raíz fuera del radio de acción de los delitos de odio. Pasar la barrera de determinadas ideologías racistas hacia una exposición de todo enfrentamiento ideológico al escrutinio según parámetros de delito de odio generaría un problema grave de (falta de) contención del instrumento penal (*ultima ratio*) y de potencial limitación ilegítima de derechos fundamentales (libertad ideológica, de expresión...). Véase al respecto el contexto global desde el angular de las políticas de víctimas en LANDA GOROSTIZA, *Víctimas invisibles. Usos y abusos de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la violencia política a la luz de la lucha antiterrorista contra ETA*, 2023, pp. 95 ss. Para una exposición sintética de la particularidad española excesivamente centrada en conductas puramente ideológicas alejadas de la protección de

terrorismo, con una genealogía legislativa bien diferente, se focalizaba esencialmente como fenómeno de impugnación del Estado a partir de una determinada motivación política de obediencia a diversas ideologías. Sin duda el legislador va categorizando los fenómenos ideológicos con grandes asimetrías de tratamiento incluso, como hemos visto en el caso de Estados Unidos, dentro de la misma conceptualización de terrorismo (internacional *versus* doméstico<sup>67</sup>). Probablemente la aproximación de los marcos de los delitos de terrorismo y de odio no constituye sino una variante más de la vis atractiva que genera el impulso ideológico subyacente según constelaciones de casos. Variante que no parece que vaya a detenerse sino más bien todo lo contrario<sup>68</sup>.

En cuanto al segundo reto relativo a las particularidades de los delitos de odio desde el punto de vista de su comisión a través del ciberespacio<sup>69</sup>, sólo cabe dejar apuntado que representa una materialización más de una cuestión transversal a todo tipo de criminalidad, pero que encuentra en particular en los delitos de expresión un campo privilegiado de multiplicación y amplificación de la controversia. Debate que registra en esta materia concreta la enorme contradicción de los modelos europeo y estadounidense respecto de la libertad de expresión. Y es que el hecho que hasta ahora determinadas constelaciones de casos de discurso de odio no sean constitutivas de delito en Estados Unidos pero sí en Europa, encuentra en internet y las redes sociales un campo permanente de agitación. En este momento del debate, por tanto, las posibilidades de combatir el discurso de odio on line nos remiten a la dificultad de que el estándar internacional de derechos

---

colectivos minoritarios véase el periódico EL PAIS, *Delitos de odio: peculiaridades españolas* (13 de julio de 2021) en <https://elpais.com/opinion/2021-07-13/delitos-de-odio-peculiaridades-espanolas.html> (último acceso 3 marzo 2024).

<sup>67</sup> SINNAR, *Michigan Law Review*, (117), 2019, pp. 1333 ss. Aunque también en España se producen dichas asimetrías con otra variante (que no es la señalada por SINNAR en Estados Unidos en términos de musulmanes *versus* supremacismo blanco) en la que el terrorismo doméstico tuvo un tratamiento bien diferenciado según su matriz ideológica (ETA y sus variantes *versus* terrorismos con implicación de agentes estatales): ampliamente al respecto LANDA GOROSTIZA, *Víctimas invisibles*, 2023, pp. 141 ss. y pp. 95 ss.

<sup>68</sup> No cabe aquí desarrollar esta línea de reflexión pero deben apuntarse los problemas de tipificación que generó el denominado caso Altsasu (LANDA GOROSTIZA, «Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del “caso altsasu” (STS 458/2019)», en LAURENZO COPELLO/DAUNIS RODRÍGUEZ (coords.) *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, 2021, pp. 351 ss.) en el que desde un principio se calificó como terrorismo lo que acabaría transformándose en acusación por delito de odio (que finalmente el Tribunal Supremo tampoco apreció); o el incremento notable de incidentes de odio en el contexto del *proceso* de Cataluña que en el momento en que se escribe este trabajo ha entrado también en una nueva fase tras la calificación indiciaria nada menos que por el Tribunal Supremo como delito de terrorismo de los acontecimientos que tuvieron lugar en 2019 (aeropuerto de El Prat) a impulsos del llamadonacaunami Democrático (Auto del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2024 –causa especial 21248/2023–). Por cierto, a pesar de las diferencias, a nadie se le puede escapar el alto voltaje político, común, que conecta tanto el ataque al Capitolio del 6 de enero de 2021 en Estados Unidos y los acontecimientos que rodearon el denominado *procés* en Catalunya y que en ambos se esté discutiendo de forma intensa su calificación jurídica desde los paradigmas de delitos de terrorismo y/o de odio. La hipótesis que debería desarrollarse y que aquí queda únicamente planteada remite a un análisis de hasta qué punto los fenómenos extremistas violentos reciben marcos jurídicos o aplicativos sustancialmente diferentes (terrorismo internacional en Estados Unidos frente a violencia organizada de matriz supremacista blanca; terrorismos periféricos en España frente a otros fenómenos violentos de extrema derecha...) no tanto por el tipo de conducta y su gravedad, sino por la actitud de (mayor o menor) beligerancia de los aparatos (legislativo, judicial, policial...) del Estado según sea esa ideología de acompañamiento.

<sup>69</sup> Por todos, ampliamente, véase GORDON BENITO, *Delitos de odio y ciberodio*, 2023, pp. 465 ss., con ulteriores referencias.; más recientemente, GORDON BENITO, «Ciberodio. Un estudio de derecho penal comparado», *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4), 2024, pp. 14 ss.

humanos en la materia sirva real y efectivamente como punto de encuentro<sup>70</sup> y poder articular vías de control más eficaces<sup>71</sup>.

#### 4. Situación de la jurisprudencia

El estado de la jurisprudencia se puede sintetizar en una doble mirada según sean delitos de expresión (fundamentalmente el artículo 510 CP) que criminalizan partes del discurso del odio, o sean delitos de odio en sentido estricto: «con hechos», vía la agravación de tipos comunes por su orientación contra determinados colectivos (artículo 22.4 CP). Ambos tipos de delitos confluyen necesariamente en el sentido de tutela al que apuntan, pero conviene, en cualquier caso, mostrar su distinta articulación jurisprudencial.

##### 4.1. Jurisprudencia sobre el discurso de odio criminalizado: delitos con palabras (artículo 510 CP)

El artículo 510 CP arrastra una historia de inaplicación del tipo por los tribunales al menos hasta la reforma del mismo por LO 1/2015<sup>72</sup>. En esa primera fase los intentos por aplicar el precepto penal de la incitación al odio habían estado marcados por la preocupación de que pudiera representar una injerencia ilegítima en el ámbito esencial de la libertad de expresión. Tal mirada garantista se trocó en el punto clave a partir del cual los tribunales tendían por vía de una interpretación muy restrictiva a archivar y absolver los casos que se judicializaban. A partir del

---

<sup>70</sup> Una buena síntesis actualizada de los problemas y retos a partir de la cuestión nuclear de la moderación de contenidos y los estándares de derechos humanos, por todos, HATANO, «Regulating Online Hate Speech through the Prism of Human Rights Law: The Potential of Localised Content Moderation», *The Australian Year Book of International Law*, 41, 2023, pp. 127 ss.; también, recientemente, ANTIC, «Sanctioning Hate Speech on the Internet: in Search of the Best Approach», *Union University Law School Review (Pravni Zapisi)*, (14), 2023, pp. 74 ss.; ALKIVIADOU, «The Internet, Internet Intermediaries and Hate Speech: Freedom of Expression in Decline», *SCRIPTED Journal of Law, Technologie and Society*, (20), 2023, pp. 243 ss.; y, más atenta también al plano técnico de su peligrosidad y capacidad de diseminación en combinación con una aproximación holística del fenómeno HENSON, «Virtual Whac-A-Mole: Addressing the Patchwork Regulation of Online Hate Speech», *Michigan State International Law Review*, (31), 2023, pp. 115 ss.

<sup>71</sup> Está por ver si esta materia tan sensible puede servir para forzar un cambio de rumbo en la división del tratamiento de la libertad de expresión a un lado y otro del Atlántico. BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, pp. 18 ss., al hilo del control de contenidos de las redes sociales e internet, se hacen eco del debate renovado que supone para la jurisprudencia de control de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos el hecho de que los custodios (*gatekeepers*) de la libertad de expresión sean personas privadas y no agentes gubernamentales. El debate además tiene conexiones estructurales con materias como el discurso machista, pornografía, etc. Véase al respecto sólo RIESMEYER, «The Dark Side of technological Advances: How Technology has enabled domestic Violence and The contributing Role of The First Amendment», *Gonzaga Law Review*, (59), 2023, pp. 91 ss., remarcando el potencial de daño del discurso on line en materia de violencia machista y urgiendo, incluso más allá del marco legal y jurisprudencial, a una actitud más proactiva de control; también, en materia de racismo, la efectiva descripción de DÍAZ, «Online Racialization and the Myth of colorblind Content Policy», *Boston University Law Review*, (103), 2023, pp. 1929 ss., señalando el efecto asimétrico y discriminatorio del control de moderación en sus términos actuales abogando por el cambio. Desde la perspectiva europea, sin embargo, véase, sólo, el caso *Sánchez contra Francia* (STEDH, Gran Sala, de 15 de Mayo de 2023, recurso núm. 45581/15), que apunta a una actitud más proactiva de control en un supuesto en que un político francés es condenado penalmente por no moderar contenidos de incitación al odio con autoría de terceros en su propio muro de facebook. El Tribunal de Estrasburgo convalida la condena penal y no encuentra (por mayoría) violación del artículo 10 CEDH. Muy crítico al respecto e indicando un camino -en su opinión desacertado y-opuesto a la jurisprudencia en los Estados Unidos COTINO HUESO, «Menos libertad de expresión en internet: el peligroso endurecimiento del TEDH sobre la responsabilidad de moderación de contenidos y discurso del odio», *Revista de Derecho Digital e innovación. Aranzadi La Ley*, (16), 2023, pp. 1 ss.

<sup>72</sup> Para la situación jurisprudencial previa a la Reforma del 2015 véase, por todos, LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), 2012, *passim*.

año 2015, sin embargo, hay una reforma en profundidad del tipo penal y una ampliación clara del marco literal que parece, definitivamente, abrir la puerta a una renovada doctrina interpretativa que parece más proclive a resoluciones condenatorias<sup>75</sup>. No hay un cambio radical expreso en la interpretación del artículo 510, pero sí una aproximación práctica que comienza a precipitar pronunciamientos condenatorios.

En efecto, tras una interpretación todavía titubeante, pero, al fin y al cabo, condenatoria, por medio de la STS 72/2018, de 9 de febrero (ECLI: ES:TS:2018:396) (que confirma el castigo por delito de incitación al odio del artículo 510 en un caso de tuits machistas), la STS 675/2020, Penal, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4283) ratifica también la condena de instancia en el caso conocido como «Batallón de Castigo». Se trata de un concierto de grupos de música RAC (OI, Batallón de Castigo y Más Que Palabras) con contenidos incitadores y un amplio despliegue de propaganda de agitación neonazi, fascista y skinhead. Los hechos enjuiciados eran anteriores al año 2015, pero el pronunciamiento jurisprudencial se extiende al delito del artículo 510 tanto anterior como posterior a la reforma (LO 1/2015) respecto del que el Tribunal Supremo ve, en lo esencial, una continuidad. A lo largo de la Sentencia, por un lado, parece que la referencia a la dignidad humana como objeto de tutela va ganando centralidad en el mismo sentido en que parece apuntar también la Fiscalía General del Estado<sup>74</sup>. El Tribunal Supremo, por otro lado, mantiene una cierta ambigüedad y construye su visión de la prohibición penal a partir de una pre-comprensión individualista de tutela, antes que colectiva; de mirada a un sujeto pasivo concreto, antes que a un grupo, pero con referencias generales también a bienes jurídicos o valores supraindividuales como la igualdad, la no discriminación y la convivencia democrática<sup>75</sup>.

En el mismo sentido de mantener una cierta ambigüedad, en la STS 488/2022, Penal, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2085), el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación contra el fallo condenatorio de instancia<sup>76</sup> que versa sobre la extensa publicación en redes sociales de duros mensajes de superioridad de una interpretación del Islam, glorificando la violencia e insultando gravemente a otras ramas del Islam, a los nacionales del pueblo español en general y a los andaluces en particular, pero también a los homosexuales, a las mujeres o a «las personas de derechas (*sic*)». En concreto se le condenó al sujeto activo por un delito de incitación grave del artículo 510.1.a (agravado por el uso de internet y redes sociales como vía comisiva: artículo 510.3) a la pena de dos años y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo, a una multa de nueve meses con cuota diaria de dos euros por día y a una inhabilitación especial de siete años para profesión u oficio educativo, del ámbito docente, deportivo y de tiempo libre. El Tribunal Supremo fundamenta la dura condena

<sup>73</sup> GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, p. 89. La doctrina científica, no obstante, sigue manifestando una actitud muy crítica por el riesgo de interferencia -quizás incluso ahora aún mayor- en la libertad de expresión. Así, por todos, sugiriendo drásticamente reformas de supresión y modificación en profundidad del artículo 510 reformado ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Los denominados delitos de odio: análisis dogmático y tratamiento jurisprudencial», *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 648 ss.; también, más atento a cuestiones de índole ideológica, PORTERO HENARES, «Los delitos de odio en el artículo 510 del Código Penal y la libertad ideológica. Propuesta de enmienda», en GARCÍA RIVAS (dir.), *Criminalización del radicalismo violento: un debate europeo*, 2021, pp. 363 ss., con propuestas restrictivas, entre otras, de reducción del ámbito de prohibición del artículo 510 -que no en el caso del artículo 22.4 CP- a las conductas contra los colectivos diana de tipo étnico (dejando fuera el ideológico o los colectivos sexuales).

<sup>74</sup> Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Apartado 2.1.

<sup>75</sup> Para un análisis más en profundidad véase LANDA GOROSTIZA, «El delito de incitación al odio (artículo 510 cp): Quo vadis», *Revista Azafes*, (23), 2021, pp. 70 ss.

<sup>76</sup> Ratificando por tanto la condena dictada por SAP Madrid, Sección 17, de 2 de marzo de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:3439).

en que no se castiga un puro sentimiento de odio, «(...) sino acciones ejecutadas con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a conductas que ponen en peligro las bases de una convivencia pacífica.» (Fundamento de Derecho segundo). La gravedad de las expresiones que llegan a invitar de forma expresa a la violencia, rebasa el ámbito de protección de la libertad de expresión con lo que encajan a juicio del alto tribunal en el artículo 510 como delito de peligro que no exige un resultado concreto ni tampoco un dolo más allá del genérico.

El Tribunal Supremo, en síntesis, consolidando una cierta ambigüedad «expansiva», no clarifica a día de hoy si el sentido de tutela es puramente individual (la dignidad humana) o más colectivo (protección de grupos)<sup>77</sup>, pero sugiere un conjunto de referencias valorativas (así, por ejemplo, la convivencia pacífica) que permitiría acoger los diferentes sentidos y que demanda siempre un contraste motivado antes de convalidar la intervención penal entre las expresiones vertidas y su encaje en la jurisprudencia de control de la libertad de expresión. Es por tanto una doctrina más abierta y flexible que va generando condenas<sup>78</sup>, acompasando este instrumento penal con la activación mucho más prolífica desde un principio de la agravante del artículo 22.4 CP que pasamos ahora brevemente a exponer.

#### 4.2. Jurisprudencia de la agravante del artículo 22.4 CP: delitos con hechos

La agravante desde un principio no se va a ver expuesta a una impugnación radical de su constitucionalidad a diferencia de lo que ocurrió con el artículo 510 CP. La postura de la jurisprudencia en esta materia pronto se decantaría a favor de una agravante interpretada en clave subjetiva sin que tal posición haya variado significativamente desde los primeros pronunciamientos hasta la reforma que se produce en el año 2015 (LO 1/2015)<sup>79</sup>. Agravante

<sup>77</sup> Aunque la STS 437/2022, Penal, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1644: caso Carpa española), en que se analiza la agresión contra personas que estaban atendiendo una carpa en la vía pública con el objetivo de visionar un partido de fútbol de la selección española en Barcelona, hace una interpretación del objeto de tutela del artículo 510.2.a (por el que se condena en concurso de leyes con el artículo 173.1 CP pero con aplicación de principio de especialidad -artículo 8.1- en favor del primero) muy en clave de protección del principio de igualdad y derecho a la no discriminación (en este caso con relación a razones de origen nacional y de tipo ideológico). El fallo se centra, sobre todo, en negar la necesidad de que se active el artículo 510 sólo cuando se trate de minorías o colectivos vulnerables y se adhiere también, con referencias a la dignidad humana, a la Circular de la Fiscalía General del Estado (Circular 7/2019, de 14 de mayo) antes mencionada. Más adelante en este mismo apartado de jurisprudencia, pero dentro del estudio de la agravante, volveremos sobre este aspecto esencial del colectivo vulnerable respecto del que esta Sentencia 437/2022 representa una posición no pacífica en la jurisprudencia reciente del alto tribunal.

<sup>78</sup> GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, p. 88, señalan que de la muestra analizada (n=177) en el periodo de tiempo inmediatamente posterior a la Reforma de 2015 (2018-2022) el porcentaje de sentencias que tienen que ver con el artículo 510 representa hasta el 61,6% del total. Por ello (p. 89) concluyen: «Una segunda tendencia evidenciada en la muestra analizada es que la controvertida figura del discurso de odio criminalizado vía el artículo 510 CP ha comenzado ya de forma definitiva a ser utilizado de forma más profusa por los tribunales arrumbándose definitivamente las reticencias a imponer condenas. Ello no prejuzga una valoración necesariamente positiva -ni negativa- de una tal evolución. En este trabajo, sin embargo, sí que debe constatarse que la apertura y ajuste de los tipos penales que se conjugan en el renovado artículo 510, ha permitido estrenar una jurisprudencia in crescendo que antes no acababa de sacudirse un estatus de paralización ante la eventualidad de su invasión de ámbitos esenciales para el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión.» Véase, también, *infra*, apartado 5.2.

<sup>79</sup> Véase entre el año 2001 y el 2017 las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 1125/2001, Penal, de 12 julio (ECLI:ES:TS:2001:6086): no se aprecia la agravante en un caso de detención ilegal a inmigrante en el que se afirma que no consta que los acusados profiriesen insultos o frases ofensivas alusivas a su raza o procedencia nacional; STS 713/2002, Penal, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2937): se aprecia la agravante en delitos de amenazas y homicidio intentado cometidos por un grupo que actuaba por motivación ideológica contra las

subjetiva que parece tender a una cierta investigación motivacional a partir de un contexto esencialmente bilateral de agresor frente a agredido, en clave de tutela antidiscriminatoria antes que de tutela de colectivos.

Lo señalado representa la línea de interpretación asentada sobre todo en torno al conjunto de conductas agresivas contra grupos étnicos o del colectivo LGTBIQ+ (homofobia, transfobia...). La reforma del año 2015, que incorpora expresamente las «razones de género», va a suponer, sin embargo, una línea novedosa de interpretación. A partir de tal reforma se detecta un creciente

---

víctimas –Skin Heads contra estudiantes de izquierdas–; STS 1341/2002, Penal, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5418): se aprecia la agravante en un ataque en la que los acusados se dirigieron a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales y dijeron a la víctima de las lesiones que les daba asco por esa razón; STS 364/2003, Penal, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2003:1732): se aprecia la agravante en delito de lesiones a un marroquí llamándolo «moro de mierda» y perseguiéndolo al grito de «al moro, al moro»; Auto TS 2131/2005, Penal, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:13989A): se aprecia la agravante en un caso de agresión tras gritar consignas de apoyo a un equipo de fútbol local y de carácter fascista y espetar a la víctima con la expresión «tú qué estás mirando, moro de mierda»; STS 241/2006, Penal, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:1271): no se aprecia en un supuesto de enfrentamiento entre bandas con origen en una rivalidad en la que el factor de la procedencia nacional fue meramente circunstancial; STS 1160/2006, Penal, de 9 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7728): no se aprecia en el caso de un ataque a un indigente por ser un grupo de dudosa inclusión en el ámbito de la agravante; STS 1145/2006, Penal, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7935): se aprecia en el caso de asesinato de un militante de la izquierda abertzale siendo los motivos políticos el origen del suceso; STS 1243/2009, Penal, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:7693): no se aprecia en un caso de retardo malicioso de una adopción por parte de una pareja homosexual por considerarla inherente al delito de prevaricación aplicado; STS 360/2010, Penal, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2010:2019): se aprecia en un supuesto de asesinato por parte de un joven neonazi contra un adolescente antifascista que se dirigía a una manifestación; STS 460/2010, Penal, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2563): no se aprecia en un caso de agresión a magrebí por los acusados, uno neonazi y otros simpatizantes, motivada por el haber causado daños el primero al vehículo de uno de los segundos; STS 815/2011, Penal, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5131): se aprecia en el caso de una agresión por parte de simpatizantes de la ideología skinhead; STS 585/2012, Penal, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2012:5121): no se aprecia porque el motivo ideológico no fue el que determinó la agresión; STS 607/2014, Penal, de 24 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:3756): no se aprecia en un caso de injurias ya que se considera que la utilización de la mujer de la víctima para ofenderle a él no se desprende una finalidad machista, sino que su utilización estaba justificada por el parentesco; STS 314/2015, Penal, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2446): se aprecia en un supuesto de agresión y asesinato por motivos ideológicos; Auto TS 414/2016, Penal, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:2160A): no se aprecia en un supuesto de lesiones porque de las conversaciones en las que el acusado se refiere a la víctima como «el negro» no se considera probada la motivación racista; y, finalmente, la STS 983/2016, Penal, de 11 enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:15): se aprecia la agravante por motivos ideológicos en el caso de un grupo de personas que de propósito común impiden un acto de celebración del día de Cataluña por medio de amenazas y coacciones. Véase también, por todos, AGUILAR GARCÍA, (dir.), *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, 2015, p. 174 ss., en donde se ofrece una síntesis del panorama jurisprudencial hasta el año 2015 afirmando que la jurisprudencia se pronuncia mayoritariamente por una naturaleza fundamentalmente subjetiva (p. 170). Incide en esa caracterización también, más recientemente, por todos, GUARDIOLA GARCÍA, «La agravante de discriminación y sus reformas: criterios interpretativos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (28), 2022, pp. 117 ss., con una propuesta crítica (también de las contradicciones de la jurisprudencia) de superación de ese paradigma puramente motivacional.

número de sentencias<sup>80</sup> que hacen referencia a dichas razones de género<sup>81</sup>, en las que se constata una construcción interpretativa diferente. En concreto el punto clave remite de manera casi

<sup>80</sup> El cuerpo jurisprudencial por aplicación de la agravante por razones de género, a pesar de haberse iniciado más tarde –Reforma de 2015– que el resto de motivos, va acumulando un volumen de pronunciamientos del Tribunal Supremo (más de 30 fallos en apenas 6 años) muy superior al número global conjunto del resto de aplicaciones que se habían ido produciendo desde 1995. Es lógico si se tiene en cuenta que la aplicación de la tal agravante se proyecta potencialmente sobre la mitad de la población (las mujeres), y no ya sobre minorías, en un campo -la violencia machista- con una etiología criminal tan grave, estructural y sostenida en el tiempo. Así, sin ánimo de exhaustividad, véanse los siguientes fallos condenatorios, con agravación de género (se indicará expresamente sólo los que no se aplica la agravante en el entendido que en el resto sí que concurre), en delitos, mayoritariamente contra la pareja o expareja -aunque también fuera de esa relación íntima- y sobre todo contra la vida (asesinatos, homicidios), la integridad física (lesiones) o la libertad sexual (con predominio de delitos de agresión sexual, violaciones, con un patrón severo de gravedad): STS 420/2018, Penal, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3164), primera sentencia condenatoria con la agravante por lesiones; STS 565/2018, Penal, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3757), condena por homicidio intentado contra la pareja; STS 707/2019, Penal, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2019:67), condena por asesinato de la pareja; STS 99/2019, Penal, de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:591), condena por agresión sexual con penetración, contra la expareja y en la que el alto tribunal empieza a consolidar una doctrina más objetivante; STS 452/2019, Penal, de 8 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3035), asesinato de la expareja en el que no se aplica sin embargo la agravante; STS 444/2020, Penal, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2904), condena por agresión sexual con penetración contra persona que ejerce la prostitución; STS 571/2020, Penal, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3975), condena por asesinato de la expareja; STS 59/2021, Penal, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2021:458), condena por asesinato intentado de la pareja; STS 114/2021, Penal, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:457), condena por asesinato de la pareja; STS 300/2021, Penal, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1374), no se aprecia la agravante en un supuesto de agresión reactiva del hombre contra su pareja que previamente le ataca apreciándose legítima defensa incompleta; STS 351/2021, Penal, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1732), condena por diversas agresiones sexuales cruentas y con penetración de la pareja en un contexto de sometimiento de intenso terror ambiental; STS 509/2021, Penal, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2547), condena por asesinato de la pareja; STS 650/2021, Penal, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3150), no se aplica la agravante en agresión sexual con penetración y asesinato posterior, a pesar de la dureza de la violación de una menor que era su amiga pero no era su pareja ni expareja, por no encontrar elementos adicionales más allá del ánimo de matar y de agredir sexualmente, para sustentarlo; STS 662/2021, Penal, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3301), condena por el asesinato de la pareja; STS 666/2021, Penal, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3302), condena por el asesinato de la pareja; STS 687/2021, Penal, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3457), condena por agresión sexual en contexto de terror ambiental severo de la pareja; STS 999/2021, Penal, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4599), no se aprecia en condena por homicidio de la pareja; STS 23/2022, Penal, de 13 de enero (ECLI:ES:TS:2022:14), condena por asesinato intentado de la pareja; STS 66/2022, Penal, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:247) no se aprecia en supuesto de agresión vicaria al acompañante -hombre- de la expareja aunque se había apreciado en el fallo de primera instancia; STS 412/2022, Penal, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1645), condena por asesinato de expareja; STS 615/2022, Penal, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2625), condena por asesinato intentado de la expareja; STS 887/2022, Penal, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4134), condena por asesinato intentado de la expareja; STS 883/2022, Penal, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022: 4141), condena por agresión sexual con penetración de la expareja; STS 986/2022, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4840), condena por asesinato intentado de la pareja; STS 66/2023, Penal, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:398), condena por asesinato consumado de dos cuñadas e intentado de la suegra; STS 160/2023, Penal, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1284), condena por asesinato de la pareja; STS 337/2023, Penal, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2100), condena por el asesinato de la pareja; STS 357/2023, Penal, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2250), condena por homicidio de la pareja; STS 595/2023, Penal, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3243), condena por agresión sexual con penetración a una menor desconocida con ocasión de encontrársela inmediatamente después de haber mantenido relaciones sexuales con un tercero en un lugar apartado detrás de los autos de choque en un contexto festivo después de haberle reprochado tal conducta a dicha menor; STS 605/2023, Penal, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3364), condena por agresión sexual en el contexto de otro delito de explotación sexual del artículo 187.1 respecto de su pareja; STS 626/2023, Penal, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3544), condena en que se agrava el delito de amenazas del artículo 169.2 por resultar más grave que el 171.4 en un contexto de maltrato de la pareja; STS 651/2023, Penal, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3768), condena por asesinato de la pareja; STS 825/2023, Penal, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4682), condena por asesinato de la pareja; y STS 917/2023, Penal, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5377), condena por asesinato cruento –maza y cuchillo de sierra– de la pareja y de la hija como violencia vicaria también agravada.

<sup>81</sup> En contraste, las Sentencias del Tribunal Supremo por motivos diferentes de las razones de género, se limitan en el periodo de tiempo desde el año 2017 hasta la fecha (según consulta de la base de datos Aranzadi Instituciones

automática al «contexto» de los hechos objeto de enjuiciamiento. Parece decaer una visión puramente subjetiva y de investigación básicamente motivacional y se tiende a fijar la investigación judicial también, de forma adicional, en el reconocimiento de indicios objetivos que atestigüen la dominación del hombre (sujeto activo del delito a agravar) y su intento de subordinación sobre la mujer (sujeto pasivo de la conducta) a la búsqueda de una manifestación de la secular situación de discriminación machista<sup>82</sup>. Agravar parece así el resultado de constatar

---

[último acceso 9 de marzo de 2024]) esencialmente a dos supuestos: el caso Altsasu STS 458/2019, Penal, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3124) relativo a razones ideológicas -no probadas finalmente- en la agresión a guardias civiles en la localidad navarra; y una STS 180/2020, Penal, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2489), relativa a motivos racistas y xenófobos (origen nacional) de extrema dureza. Se trata este último de un supuesto en que el condenado va a acabar violando y asesinando a la hija -no común- de la pareja con la que convive, de tan solo cuatro años de edad. La agravante de racismo se va proyectar sobre todos los cargos: asesinato (hiperagravado con imposición de prisión permanente revisable: artículos 138/139/140.1.1º y 2º), cuatro delitos de maltrato ocasional (artículo 153.1), un delito de maltrato habitual (artículo 173.2) y un delito de agresión sexual con penetración a persona menor de 16 años (artículo 183). Se da por probado que dichos comportamientos se produjeron porque el padre biológico de la niña era rumano y el condenado profesaba fobia contra ese colectivo dentro del cual encuadraba a la niña de 4 años; la otra hija de su pareja, con la que también convivía, pero de padre biológico a su vez diferente de la anterior -no rumano a la sazón-, no sufrió agresión alguna. Llama la atención que dicha agravante se proyecte no sólo sobre el asesinato o la agresión sexual, sino también sobre los delitos de maltrato -ocasional y habitual-: serían, estos últimos, casos expresos de condena por discriminación múltiple o interseccional acumulándose un doble efecto agravatorio al combinarse la condición de conductas de marca de género (artículos 153 y 173) con la dimensión xenófoba (artículo 22.4) contra el colectivo étnico-nacional rumano.

<sup>82</sup> Por todas, la STS 509/2021, Penal, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2547), en un caso de asesinato con agravante de género de su pareja se incide directamente en la cuestión cuando señala en el Fundamento Derecho tercero que «(...) Conforme a la doctrina de esta Sala (...) la concurrencia de una circunstancia de agravación exige un aditamento que en el caso de la dominación por razones de género se concreta en una base fáctica que permite deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuricidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquéllos y la supeditación de éstas. Algunas resoluciones de esta Sala Casacional señalan que no requiere la agravante de género un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer (...) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así el efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto, sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado dé cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que el autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad (...)» (FD 3º).

También, la STS 66/2023, Penal, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:398), en un caso de doble asesinato consumado y otro en grado de tentativa contra dos cuñadas y la suegra de la exmujer del condenado, afirma lo que se considera como doctrina consolidada en la materia (Fundamento de Derecho tercero). Aunque el recurrente en amparo alega que los delitos se cometieron no por su condición de mujeres sino por ser familiares directos de su exmujer, el Tribunal Supremo rechaza el alegato con base en que se da por probado que sólo quería matar de forma exclusiva a las mujeres de la familia de su exmujer y no a los hombres. La aplicación de la agravante de género, además, se considera compatible con la de parentesco también apreciada en el caso. En la larga exposición explicando la naturaleza y fundamento de la agravante de género el alto tribunal no es tan categórico y sigue aludiendo a la motivación y la reprochabilidad de la misma pero, al mismo tiempo, se acumula también el argumentario propio del Convenio de Estambul y la remisión al contexto de dominación masculina ya señalado con anterioridad.

Por último, la reciente STS 917/2023, Penal, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5377), vuelve a acumular toda la doctrina y afirma la necesidad de los componentes o fundamento más de tipo objetivo (contexto de dominación, superioridad...) con el de tipo subjetivo (este último descrito como motivación pero también como dolo de consciencia sobre la situación de dominación). En esta última sentencia en la que el asesinato lo es tanto de la mujer como de la hija, se asienta la consideración respecto de esta última de su condición de víctima vicaria o vicarial. Así:

«Y como incide el Fiscal de Sala la agravante se aplicó en cuanto a las dos víctimas, porque lo hizo con ese fundamento subjetivo y objetivo, también respecto a su hija en una *forma vicaria de violencia de género*, por cuanto esta agravante no se aplica solo respecto al ataque a la pareja o ex pareja, sino que también puede ser aplicable en



una discriminación estructural, de grupo, en el caso objeto de enjuiciamiento y, por tanto, parece fundarse el castigo incrementado más en clave colectiva y «objetiva»<sup>83</sup> a la hora de tasar la agravante.

En la misma línea, algunos pronunciamientos relativos a cuestiones ideológicas parecen enlazar con una cierta tendencia a esa mayor «objetivización» de la interpretación de la agravante. Destaca aquí por su importancia el denominado caso Altsasu. En efecto, la STS 458/2019, Penal, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3124) representa un hito fundamental en el debate sobre la aplicación de los delitos de odio al ámbito ideológico y, más aún, a la eventual tutela institucional<sup>84</sup>. Se trata de un supuesto de agresión contra dos agentes de la Guardia Civil, fuera de servicio, que después de cenar con sus parejas se dirigieron el 15 de octubre de 2016 a las 2:30 de la madrugada al bar *Koxka* de la localidad navarra de Alsasua a tomar unas consumiciones. Los autores, a los que se incardina en un contexto ideológico propio de la denominada «izquierda abertzale» (nacionalismo vasco de izquierdas), fueron condenados finalmente por el Tribunal Supremo, según las diferentes participaciones, a delitos de atentado, lesiones, desordenes públicos y amenazas; pero a nuestros efectos interesa el debate que se produjo respecto de la aplicación en primera instancia de la agravante por discriminación ideológica (artículo 22.4 CP) que se corrige y descarta finalmente en casación. Y para ello la gran novedad que supone este caso respecto de la línea general de interpretación jurisprudencial del artículo 22.4 CP, es que se otorga un gran peso a la consideración de la vulnerabilidad del colectivo a la hora de determinar la relevancia típica de la conducta. Se excluye la agravación por odio ya que el colectivo de la policía (la Guardia Civil) no es un «grupo vulnerable».

Esta nueva tendencia a analizar la vulnerabilidad del colectivo inclinaría la interpretación de la agravante hacia una cierta «objetivización» ya que es el impacto en el colectivo el punto clave a partir del cual releer el daño causado. En todo caso, es una tendencia incipiente que se encuentra a la espera de una mayor clarificación jurisprudencial<sup>85</sup>.

---

el ataque a la hija mujer por el hecho de ser mujer y con la clara intención subyacente que tiene el agresor de dominarle y subyugarle, acabando por matarla después de haberlo hecho con su mujer, y engañándole, como consta en los hechos probados y para facilitar su ejecución, que es lo que llevó a cabo, por la presencia del factor de dominación y para, finalmente, hacer patente la desigualdad de género existente.

Ello nos lleva a admitir, también, la agravante de género en los crímenes a hijas del agresor, como en este caso ha ocurrido, en una acción de crimen vicarial con agravante de género matándolas a las dos por la misma razón estructural y el mismo fundamento, que debe ser enfocado con perspectiva de género para poder ahondar en el conocimiento y gravedad de esta agravante que supone una reiteración conductual de dominación, y que en algunos casos, como aquí ha ocurrido, puede acabar con el asesinato (...).

El relato descriptivo de los probados supone una evidencia del proceso seguido a cabo "antes" en su trayectoria para acabar con el "después" a la hora de ejecutar los dos crímenes, del fundamento de dominación de su acción y la razón de matarlas por ser mujeres y del sustrato psicológico y cosificador llevado a cabo que termina con la forma y modo de acabar con la vida con las dos mujeres que son su mujer y su hija a quienes les golpeó fuertemente con una maza para luego degollarlas.» (FD 2<sup>a</sup>).

<sup>83</sup> ALONSO ÁLAMO, «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2019, p. 114.

<sup>84</sup> ANDERREZ BELATEGI, «La protección institucional a través del discurso de odio: problemática general con especial referencia al caso "Savva Terentyev c. Rusia"», en ALONSO RIMO (dir.)/COLOMER BEA (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, 2019, pp. 511 ss.; LANDA GOROSTIZA, «El mapa de odio en el País Vasco. A la vez una reflexión sobre los delitos de odio y la violencia política en Euskadi, Catalunya e Irlanda del Norte», *InDret*, (4), 2018, pp. 21 ss.

<sup>85</sup> Sin duda parece clave que la sentencia del caso Altsasu se centra en un colectivo muy particular, la policía, a la que se presupone una neutralidad ideológica y que presenta peculiaridades a la hora de determinar que se pueda tratar de un colectivo homologable al resto de los citados en los delitos de odio. En esa misma línea la STS 252/2023, Penal, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1404) se decanta con contundencia por excluir definitivamente a la policía como colectivo vulnerable a efectos de su eventual tutela vía los preceptos de odio al tiempo que reclama en sus argumentaciones (con invocación por cierto de la sentencia del caso Altsasu) esa ligazón del resto de los colectivos a proteger precisamente con esa vulnerabilidad. En dirección opuesta, sin embargo, en la STS

En síntesis: la agravante de odio se sigue concibiendo jurisprudencialmente sobre un fundamento subjetivo, pero tanto en materia de género, como en materia ideológica, aparecen tendencias que parecen impulsar más bien una mirada «objetiva», que insinúan un transitar hacia una pre-comprensión colectiva del daño -o al menos mixta: individual y colectiva- relevante a efectos de incrementar la pena. Esa tendencia emergente se liga, por una parte, de forma unánime en la jurisprudencia del Tribunal Supremo del artículo 22.4 al contexto objetivo de dominación en la dinámica agresiva, machista, del hombre contra la mujer y, por otra parte, con división todavía de opiniones en el alto tribunal, en el recurso al argumento potencialmente restrictivo de la cualidad de «grupo vulnerable» como requisito para aplicarla que se está desplegando predominantemente en constelaciones de casos de matriz puramente ideológica.

El cuadro aquí expuesto de las tendencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ilustran un debate que se antoja común cuando se revisan tanto casos de delitos de discurso de odio (artículo 510) como de aplicación de la agravante (artículo 22.4). Su distinta naturaleza no impide que el debate sustantivo sobre su sentido último de tutela acabe consolidándose en una mirada común de qué es un delito de odio. Por ello resulta de enorme trascendencia comprender que sobre todo la inclusión de las razones de género en el artículo 22.4 y su irrupción como un instrumento más de combate penal contra la violencia machista, tiene el riesgo de distorsionar el debate y la evolución interpretativa en la materia. El número de sentencias condenatorias del Tribunal Supremo en que se aplica la agravante por razones de género, aunque arranca mucho más tarde tras la reforma del año 2015, supera ya con creces las falladas en todo el resto de supuestos desde 1995. Nuestra posición y análisis no aboga por eliminar esa agravante por razones de género, sino por poner de manifiesto que la doctrina interpretativa de los delitos de odio se tiene que desagregar al menos según los paradigmas étnico (originario de estos delitos), el de colectivos sexuales minoritarios (orientación e identidad sexual, LGTBIQ+), de género (cuando sea la mujer la destinataria en clave de violencia machista), de personas con discapacidad, por razones de aporofobia o de tipo socio-económico, etc. El hecho de que todos los grupos se hayan incorporado a la legislación no debe producir un efecto «homogenizador» de las particularidades de injusto según constelaciones de casos. La búsqueda de un «único» objeto de tutela común deberá complementarse con criterios interpretativos adicionales que vayan perfilando filtros de relevancia según grupos<sup>86</sup>. En cierto modo eso ya está pasando con la parte de los delitos de odio por razones de género. Y en todo caso, el paradigma puramente ideológico debe tratarse como

---

437/2022, Penal, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1644: caso Carpa española), se analiza la agresión contra personas que estaban atendiendo una carpa en la vía pública con el objetivo de visionar un partido de fútbol de la selección española en Barcelona. El ponente –quien precisamente había emitido un voto particular crítico respecto de la Sentencia del caso Altsasu– reconduce la discusión a un supuesto de colectivo-diana mixto –por origen nacional y por ideología– y niega categóricamente que se pueda utilizar el argumento del grupo «vulnerable» para negar la tipicidad en este caso de un delito de discurso del odio criminalizado del artículo 510. Como se ve, por tanto, más allá de la exclusión de la policía como grupo susceptible de tutela, está abierta la discusión en el Tribunal Supremo sobre si la condición de grupo vulnerable debe ser un requisito o elemento clave a la hora de integrarse el tipo penal del artículo 510 y, en su caso, fundamentar un incremento de elevación de la pena en la agravante.

<sup>86</sup> Véase al respecto el volumen colectivo de MOYA GUILLEM (dir.)/DYANGO BONSIGNORE (coord.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, 2023, pp. 15 ss., en que –desde un prisma todavía más amplio que el de la normativa penal antidiscriminatoria– acertadamente se critica la ausencia en la doctrina de obras que arrojen una mirada transversal y exhaustiva de análisis sistemático y del fundamento de tutela penal de la diversidad del tratamiento del creciente número de grupos vulnerables en el Código penal. También véanse las reflexiones de TAPIA BALLESTEROS, «La protección de la igualdad y la no discriminación en el Código Penal. Errores y aciertos de las últimas reformas», *IgualdadES*, (9), 2023, pp. 169 s. y 143 ss., quien aunque parte de una valoración positiva de la política penal antidiscriminatoria que se va expandiendo sistemáticamente a los diversos colectivos, advierte, sin embargo, de lo pernicioso que es un solapamiento sin matices con el paradigma de los delitos de odio, conduciendo su reflexión con gran atención a las características de cada grupo y contra el riesgo de que se acabe por olvidar y desproteger a los colectivos históricamente discriminados.

una suerte de frontera exterior de los delitos de odio que no acabe infiltrándose en el núcleo de protección de estos preceptos haciéndoles perder su sentido originario y real de tutela. Los comportamientos agresivos de matriz puramente ideológica, no ligados a la tutela de grupos vulnerables, deberá analizarse más bien en la línea de los paradigmas antiterroristas, contra la violencia extremista y otros tipos equivalentes de violencia de motivación política.

### 4.3. Jurisprudencia de la jurisdicción militar

Resta, para terminar este apartado, una última reflexión sobre la jurisprudencia militar en esta materia. En realidad una reflexión sobre su aparente ausencia. Y es que el legislador no ha incorporado delitos de odio en sentido estricto en el Código penal militar. Sí que se recoge una mención expresa a la punición de actos de discriminación dentro de dos artículos de dicho cuerpo legislativo que acumulan además otra serie de conductas delictivas de forma conjunta (artículo 48 y 50 Código Penal Militar<sup>87</sup>), y que en todo caso se dirigen a una línea de tutela más general del principio de igualdad y derecho a la no discriminación<sup>88</sup>. No obstante, se producen casos de enorme gravedad que materialmente podrían ser supuestos paradigmáticos de criminalidad de odio cuya calificación según la jurisprudencia militar como conductas propias de los citados artículos 48 y/o 50, podría tener un efecto banalizador –y en todo caso distorsionador o de cierto ocultamiento– si se comparan con cómo están configurados y también, eventualmente, con cómo acabarían tipificados si las conductas en cuestión se juzgaran por la jurisdicción ordinaria. De forma paradigmática se puede ilustrar esa problemática con el caso del que se ocupa la STS 2052/2022, Militar, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2052).

---

<sup>87</sup> El Código penal militar vigente en la redacción de los artículos 48 y 50 contiene una mención idéntica en ambos preceptos a actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancias personal o social. Esta mención se acumula a un listado de actuaciones punibles como amenazas, coacciones, injurias, calumnias, ataque a la intimidad, a la dignidad o acoso. En concreto el artículo 48, dirigido a conductas del superior respecto de sus subordinados, se encuadra sistemáticamente dentro del Título II (Delitos contra la disciplina) cerrando su Capítulo III (Abuso de superioridad). El artículo 50, dirigido a conductas entre militares de la misma graduación, se incardina, sin embargo, en el Título III que, muy próximo al enunciado de encuadre sistemático del artículo 510 del Código Penal ordinario, se titula: Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares. Véase al respecto, JUANES PECES, «Artículos 45 a 48. Los delitos contra la disciplina (III). Artículos 49 y 50. Los delitos relativos al ejercicio de las libertades fundamentales y de las libertades públicas de los militares», en DE LEÓN VILLALBA/JUANES PECES/RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, 2017, pp. 652 ss. y 656 s.

Artículo 48.

El superior que, respecto de un subordinado, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare, coaccionare, injuriare o calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizare *actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo. (el resaltado es nuestro)

Artículo 50.

El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, impidiere o limitare arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare o coaccionare, le injuriare gravemente o le calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, realizara *actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión. (el resaltado es nuestro)

<sup>88</sup> JUANES PECES, en DE LEÓN VILLALBA/JUANES PECES/RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, 2017, pp. 652 y 656 s., sitúa estos preceptos en la línea de protección del principio de no discriminación adaptada a las propias necesidades y especificidades de la institución castrense.

En tal supuesto la Sala V (militar) del Tribunal Supremo ratifica íntegramente la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Cuarto (con sede en A Coruña) y considera a los cuatro acusados autores de un delito consumado de abuso de autoridad del artículo 48 Código Penal Militar (en su modalidad de acoso profesional o atentado grave contra la dignidad personal en el trabajo o realizando actos que supongan discriminación por la orientación sexual) con penas de 10 meses de prisión para los cuatro autores (guardia civiles) con una indemnización (responsabilidad civil) por daños psíquicos y morales de 10.000 euros. Se aplicó, desde el propio fallo de instancia, una atenuante por dilaciones indebidas ratificada también por el Supremo. El Tribunal Supremo modifica, subsana, la sentencia de instancia en el sentido de que declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado respecto de la indemnización de 10.000 euros, ya que considera que se omitió por error por el tribunal inferior.

Los hechos se remontan a una conducta de acoso constante de palabra en forma de hostigamiento y humillación (insultos, bromas, motes y comentarios homófobos y despectivos tanto respecto de su aspecto como de su valía profesional) durante 4 años (2010 a 2014) que le abocan a la víctima, finalmente, incluso a coger la baja con crisis de ansiedad el 30 de noviembre de 2014 con un cuadro diagnóstico de trastorno mental severo, que precisa atención psicológica y psiquiátrica por parte de profesionales de la salud. Son cuatro años de acoso ininterrumpido y hostigamiento desde que ingresa (junio de 2010) en el puesto de destino donde lo sufre (cuartel de Noia –A Coruña–) a manos de su superior (Cabo primero) y otros tres compañeros más veteranos que él. Las razones para ese comportamiento son claras y palmarias: la orientación sexual de la víctima<sup>89</sup>.

En la misma línea se produce una condena por el artículo 50 del Código Penal Militar en el caso de la STS 95/2021, Militar, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3913), en que también se condena a tres sargentos –hombres– a un año de prisión por acoso (en este caso horizontal) con comentarios continuos de vejación y menosprecio a una compañera (sargento de tierra) por su orientación sexual y contra su valía profesional con expresiones despectivas como «hombre frustrado en cuerpo de mujer», «Chihuahua», «gandula», «minion», o «rata». La absolución en instancia es corregida por el Tribunal Supremo Militar quien condena a los acusados a penas a cada uno de un año de prisión, con la accesoria de suspensión militar de empleo y pérdida de derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y 15.000 euros en concepto de indemnización. No obstante, en este fallo se ratifica la absolución de instancia por la posible comisión de un delito de odio del artículo 510 del Código Penal ordinario<sup>90</sup>.

Debería considerarse hasta qué punto sería conveniente que se exploren más a fondo las posibilidades, en primer lugar, del artículo 1.3 del Código Penal Militar que señala que «Cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar». Y ello desde la perspectiva de que las sentencias ya referidas, en concreto la STS 2052/2022, Militar, de 30 de mayo

---

<sup>89</sup> Los hechos probados de la sentencia confirmada recogen que entre 2010, cuando la víctima llegó al cuartel de Noia (A Coruña) y 2014, un cabo Primero de la Guardia Civil y otros tres guardias más veteranos que él en el destino, se referían a su persona con expresiones como «maricón» «Maripilí» «fresita» «la mujer del Puesto». El Cabo 1º, en concreto, hizo comentarios referentes a que «los maricones no deberían de estar en la Guardia Civil», «muerte a los maricones», «arriba España y muerte a los maricones», «prefiero tener un hijo muerto o drogadicto que maricón». Esas expresiones se alternaban, en ocasiones, con bromas o mofas, y también se realizaban comentarios acerca de la escasa competencia profesional, tildando al Guardia Civil de inútil y vago. La situación descrita se inició desde el momento en que el guardia se incorporó al Puesto de Noia, en junio de 2010, de forma ininterrumpida hasta que, en fecha 30 de noviembre de 2014, fue atendido de una crisis de ansiedad.

<sup>90</sup> En la citada STS 95/2021, Militar, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3913), se concentra el razonamiento para tal absolución en su Fundamento de Derecho séptimo, en el que el Tribunal Supremo (Militar) expone la doctrina (en su dimensión más internacional) de interpretación del Tribunal Supremo, sala segunda, pero termina de forma lacónica de la siguiente manera: «(...) Los hechos probados no tienen encaje en este tipo por más que la recurrente no lo entienda. (...)».

(ECLI:ES:TS:2022:2052), dan por probadas conductas de tal gravedad<sup>91</sup> que la comparación de penas con el Código penal ordinario parece que podría elevar las mismas<sup>92</sup>. En todo caso debería quizás reflexionarse sobre si conviene que se produzca alguna reforma del Código penal militar para ayudar a visibilizar de forma más adecuada y reforzar la tutela de los delitos de odio que puedan producirse en comportamientos de competencia castrense<sup>93</sup>.

## 5. Mapa empírico: los incidentes de odio

Las principales fuentes oficiales de datos relativos a los delitos de odio en España nos remiten principalmente a las Memorias Anuales de la Fiscalía General del Estado, a las Memorias anuales del Consejo General del Poder Judicial y a los informes de incidentes policiales que recopila anualmente el Ministerio del Interior del Gobierno de España y también, en ejercicio de su autonomía, el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco (*Ertzaintza*: policía vasca).

### 5.1. Fiscalía y Poder judicial

El cuadro que se desprende tanto de las dos últimas Memorias de la Fiscalía<sup>94</sup> como del Consejo General del Poder Judicial<sup>95</sup> que recogen los datos hasta el año 2022 inclusive, es relativamente desolador. Y es que ya la Memoria de la Fiscalía, mucho más completa que la del Poder Judicial, indicaba lapidariamente respecto de los datos recogidos a lo largo de año 2022 (sobre las actuaciones relativas al año 2021):

«Resulta muy difícil o casi imposible una cuantificación exacta del número de procedimientos penales que se sustancian por estos delitos en los Juzgados de Instrucción de toda España. Ninguna

<sup>91</sup> Una situación de acoso tan prolongado y de destrucción psíquica de la persona como el referido en la STS 2052/2022, Militar (Sección 1ª), de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2052), podría eventualmente ser calificado conforme al Código penal ordinario como lesiones psíquicas (147/149 CP) también a su vez agravadas por el artículo 22.4 CP e incluso todo ello en concurso con un delito de tortura discriminatoria del artículo 174/177 CP o, alternativamente, de atentado contra la integridad moral del artículo 175/177 CP (en este último caso entonces con posible aplicación de la agravante del 22.4 CP).

<sup>92</sup> RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, «Artículo 1. Ámbito de aplicación», en DE LEÓN VILLALBA/JUANES PECES/RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, 2017, pp. 65 ss., 72 ss.

<sup>93</sup> Se trata de una idea que no puede desarrollarse aquí por limitaciones de esta contribución. Pero a pesar de que existe la posibilidad de recurrir de forma conjunta al Código penal ordinario y al militar (para complementar y suplir las posibilidades de calificación jurídica de hechos que no tuvieran reproche en el Código militar (artículo 1.2 Código Penal Militar), o también la posibilidad ya mencionada, en su caso, de aumentar las penas por comparación del Código Penal ordinario en concursos de leyes (artículo 1.3 Código Penal Militar), quizás una reforma de éste último podría ajustar más adecuadamente la punición de comportamientos de odio graves que se puedan dar dentro de la jurisdicción castrense.

<sup>94</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, 2022 y FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, 2023 (disponibles, respectivamente, on line en [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA\\_SITE/recursos/pdf/MEMFIS22.pdf](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS22.pdf) y [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA\\_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf) [último acceso 16 febrero 2024]).

<sup>95</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. SECRETARÍA GENERAL, *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2022, 2023* (disponible on line en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2023--correspondiente-al-ejercicio-2022> [último acceso 19 febrero 2024]).

de las aplicaciones informáticas de registro actualmente en funcionamiento tiene capacidad para ofrecer información fiable al respecto.»<sup>96</sup>

Al año siguiente, la Memoria de la Fiscalía correspondiente a la actividad del año 2022, vuelve a incidir en la misma línea:

«Los datos estadísticos que se ofrecen en este apartado hay que tomarlos con prevención respecto a su exactitud, por los problemas de registro ya aludidos que impiden hacer un volcado de los delitos en los que se ha apreciado la agravante. Las cifras que se aportan son las proporcionadas en las memorias de las/os especialistas, entre quienes hay los que añaden a las dificultades para tener un control y conocimiento completo tanto de los procedimientos como de las sentencias, el hecho de no ser reportada esta información completa por las/os compañeras/os, lo que responde a la distinta organización que del trabajo se desarrolla en las diferentes fiscalías atendiendo a su tamaño y recursos.»<sup>97</sup>

La Memoria 2021, recurriendo a diversas fuentes de información cruzadas (atestados policiales que se instruyen por delitos de odio y se remiten a los juzgados; datos centralizados por la Oficina Nacional de Lucha contra los delitos de odio del Ministerio del Interior; registros judiciales; denuncias y querellas del Ministerio Fiscal) daba cifras «aproximadas»<sup>98</sup> en torno a 1824 procedimientos judiciales penales incoados en el año 2021 y 1434 en el año 2020. Además, se recogen diligencias de investigación incoadas por las fiscalías territoriales: 224 (año 2021) frente a 236 del año (2020) anterior<sup>99</sup>. A ello se añade que durante el año 2021 ascienden a 102 las diligencias incoadas por denuncias de delitos de odio y presentadas directamente ante la Delegación especializada de la FGE (correspondiendo la mayoría a hechos acaecidos el año 2020): nada menos que 97 de esas 102 denuncias se corresponden con delitos de expresión del artículo 510.1 CP y prácticamente todas esas 97 mediante modalidades de comisión a través de las TIC. En todo caso 53 de las 102 denuncias fueron archivadas directamente por no presentar *ab initio* relevancia jurídico-penal<sup>100</sup>.

A partir de ahí señala la Memoria 2021 de la Fiscalía un conjunto algo disperso de datos de distinta naturaleza y poco precisos. Quizás los más interesantes se refieren a que se detecta un incremento en el número de escritos de acusación de hasta un 44,44% respecto del año anterior: de 135 –año 2020– a 195 –año 2021–<sup>101</sup>. También indica que entre los tipos penales específicos de delitos de odio más aplicados en la práctica sigue siendo el más frecuente el de lesión de la dignidad del artículo 510.2.a CP. Y añade:

<sup>96</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, 2022, p. 955 (en adelante *Memoria 2021*).

<sup>97</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, 2023, p. 985 (en adelante *Memoria 2022*). Además, ya en referencia a las cuestiones comunes a todas las Fiscalías se apunta también: «Es prácticamente unánime la mención en las memorias a las dificultades para tener un control efectivo y poder realizar la contabilización y seguimiento de las denuncias por delitos de odio, escritos de acusación y de archivo que se elaboran y las sentencias que se dictan, temática esta que conecta con la petición reiterada de disponer de un registro oficial que recoja no solo los distintos campos delictivos sino todas las particularidades de los motivos de discriminación que concurren en la materia.» (p. 984).

<sup>98</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, p. 955.

<sup>99</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021, 2022*, p. 956.

<sup>100</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, p. 951.

<sup>101</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, pp. 948 y 959.

«(...) En lo que respecta a los tipos penales generales a los que se aplica la agravante de motivación discriminatoria del artículo 22.4 CP, los más numerosos son los de lesiones y de amenazas. Se constata, igualmente, un aumento sostenido del número de procedimientos y escritos de acusación en los que la conducta se ha materializado a través de redes sociales o TICs.»<sup>102</sup>

Por lo que respecta a los colectivos diana «La motivación discriminatoria más frecuente en procedimientos y acusaciones sigue siendo la relacionada con el racismo y la xenofobia (racismo, etnia, origen nacional y nación). Ahora bien, las motivaciones discriminatorias referidas a la orientación e identidad sexual y de género registran un aumento que ya venía apreciándose en años precedentes. Otro tanto ocurre con el motivo por ideología.»<sup>103</sup>

Finalmente, también se hace eco del número de sentencias condenatorias en primera instancia recaídas en el año 2021 por delito de odio o que aprecian la agravante: 91. De ellas 49 corresponden a la aplicación de la agravante del artículo 22.4 CP y 28 a delitos de lesión de la dignidad (artículo 510.2)<sup>104</sup>.

La Memoria 2022 no sigue exactamente la misma estructura<sup>105</sup> que su precedente y reduce en parte el despliegue de datos que proporciona. Aun así cabe destacar que apunta a un descenso notable de las diligencias de investigación<sup>106</sup> respecto de años anteriores. Así se indica que tales diligencias conforman una cifra global de 198 de las que sólo en 166 se tiene una información algo más completa que permite añadir que 35 son de supuestos cometidos a través de las TIC, que fueron archivadas 101<sup>107</sup>, que se interpuso denuncia en 43 y que 22 seguían en tramitación al concluir el año<sup>108</sup>. El número de escritos de acusación se mantiene estable (191 frente a 192 del años anterior)<sup>109</sup>. Sí que se constata, sin embargo, un aumento del número de sentencias (152 frente a 91 del años anterior y de ellas 125 condenatorias)<sup>110</sup>. En todo caso, con todas las limitaciones y precariedad de las fuentes de datos disponibles, parecen mantenerse en términos globales las tendencias apuntadas en la memoria del año precedente tanto de dominancia de los incidentes dirigidos contra colectivos étnicos como grupo mayoritario seguido del de orientación

---

<sup>102</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, p. 948.

<sup>103</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, p. 948.

<sup>104</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, pp. 958 s.

<sup>105</sup> De forma notoria, por ejemplo, se prescinde en esta memoria respecto de la del año anterior, de cualquier referencia a –e incorporación de– los datos del informe del Ministerio del Interior.

<sup>106</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, p. 985, indicando que tal descenso «puede responder a un conocimiento cada vez mayor por parte de particulares y asociaciones respecto de los elementos que han de concurrir para encontrarnos ante un delito de odio, por lo que se denuncia menos en las fiscalías».

<sup>107</sup> La mayoría de los archivos por falta de relevancia penal de los hechos aunque también se den casos de supuestos que se archivan por estar ya judicializados o por inhibiciones a favor de otra fiscalías. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, p. 986.

<sup>108</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, pp. 985 s.

<sup>109</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, p. 987, destacando asimismo la disminución desde 21 (año 2021) a 6 (año 2022) respecto de escritos de acusación por el artículo 510.1.a.

<sup>110</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, pp. 988 s.

e identidad sexual<sup>111</sup>, como de una cierta predominancia -algo menguante- de las calificaciones jurídicas de delitos de expresión frente a los delitos de hecho (delitos base agravados)<sup>112</sup>.

Como se colige a simple vista de lo expuesto, por más que se esfuerza la Fiscalía en dar datos, las limitaciones y diversidad de las fuentes arrojan un cuadro muy poco fiable. Ahora bien, si resulta escasa la información acabada de referir, los datos que contiene la Memoria del Consejo de Poder Judicial son directamente inexistentes remitiéndose como mejor fuente de datos a la de la Fiscalía General del Estado<sup>113</sup>. Por ello no debería sorprender que la recién aprobada Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en vigor desde el 14 de julio de 2022) disponga, taxativamente, en su artículo 36, párrafos 3 y 4 lo siguiente:

«Artículo 36. Estadísticas y estudios.

(...) 3. La Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial recabarán los datos de las denuncias presentadas en virtud de la presente ley, así como las resoluciones administrativas y sentencias judiciales.

4. La estadística judicial recogerá datos específicos sobre los asuntos registrados por infracciones relativas a trato discriminatorio. Cuando dichos datos se refieran a infracciones penales incluirán, al menos, las denuncias recibidas, los procedimientos incoados en relación con estos delitos, los tipos de delitos por los que se instruyen los procedimientos, los tipos de delitos por los que se dictan las sentencias, la causa de discriminación tenida en cuenta para calificar la conducta como discriminatoria, la aplicación en su caso de la agravante definatoria del móvil discriminatorio, las personas enjuiciadas, la forma de terminación de los procedimientos, las resoluciones de fondo sobre los mismos y las penas y medidas impuestas. (...)»<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, pp. 986 ss., en donde se señala que entre los motivos por discriminación detectados en las diligencias de investigación si se agrupan antisemitismo (6), antigitanismo (6), racismo, etnia, nación, origen nacional (67), ideología, religión y creencias (12) sumarían en total 91 y los correspondientes a orientación, identidad sexual y género llegarían a 59. El resto de motivos, residual en términos cuantitativos, se distribuye en razones de género (5), aporofobia, exclusión social (3) y enfermedad, discapacidad (8). En los escritos de acusación dominan igualmente los grupos diana de matriz étnica en sentido amplio (antisemitismo, antigitanismo: 3; racismo, etnia, nación, origen nacional: 38; ideología, religión, creencias: 26; en total: 66) siendo el segundo grupo el de orientación, identidad sexual, género (50). Debe destacarse que en los escritos ya las razones de género ascienden a 17. Por último, en los datos de sentencias que se reflejan la suma de antisemitismo (3), racismo, etnia, nación, origen nacional (34) e ideología, religión y creencias (19) da un total de 56 frente a orientación, identidad sexual y género -37-. Destaca en las sentencias la cifra de 20 respecto de las razones de género.

<sup>112</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, p. 985 ss, que se cifra en un total de 149 si se suman amenazas (1), integridad moral (3), artículo 510.1 (35), 510.2 (109) e incluso sentimientos religiosos (1) frente a 13 agravaciones del 22.4 en las diligencias de investigación; en los escritos de acusación un total de 96 (amenazas 170.1: 1; integridad moral 173.1: 10; artículo 510.1: 6; artículo 510.2.a: 79) frente a agravaciones del tipo base del 22.4 (91). Respecto de las sentencias, el sumatorio de supuestos relativos a integridad moral (11) y artículo 510 (65) asciende a 76 frente a la aplicación de la agravante del 22.4 con un total de 73.

<sup>113</sup> En el apartado correspondiente a estadística judicial relativo a delitos y condenas que se aloja en la página web del Consejo (CGPJ) se indica literalmente:

«La Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado es la mejor fuente para obtener información sobre los delitos en los procedimientos penales. Ofrece el número de procedimientos (previas, jurado, sumario, abreviados, diligencias urgentes) incoados y calificados por el fiscal; y sentencias por provincias y delito.» (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Actividad-del-Ministerio-Fiscal/> [último acceso 16 febrero 2024]). No consta, por tanto, información particular detallada respecto de este tipo de delitos a diferencia, por ejemplo, de la violencia doméstica y la violencia de género o el homicidio intencional.

<sup>114</sup> El artículo en cuestión se completa con los siguientes apartados:

«Artículo 36. Estadísticas y estudios.

1. Al objeto de hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta ley y en la legislación específica en materia de igualdad de trato y no discriminación, los poderes públicos elaborarán estudios, memorias o estadísticas, siempre que se refieran o afecten a aspectos relacionados con la igualdad de trato, y de acuerdo con los estándares



La propia Memoria 2022 de la Fiscalía se remite, por cierto, a dicho precepto legal como hito esencial que debería abrir una etapa con «(...) datos certeros que además permitan su trazabilidad y posibilite hacer reflexiones serias y detalladas sobre la evolución de la criminalidad»<sup>115</sup>.

## 5.2. Excursus: análisis de sentencias 2018-2022

Ante la falta manifiesta de datos solventes de estadística judicial, conviene traer a colación un reciente estudio en que se analizan un volumen relevante de fallos judiciales relativos a delitos de odio comprendidos entre los años 2018 y 2022<sup>116</sup> y que vienen en cierto modo a pre-figurar un doble mapa de colectivos diana y de clase de preceptos penales aplicados que puede servir de elemento informativo de transición a la espera de esa mejora de la estadística judicial ya mencionada. En efecto, el citado trabajo partió de una amplísima muestra suministrada por el propio CENDOJ de la que, tras un primer trabajo de depuración, se seleccionó un inicial bloque de fallos relevantes en el periodo considerado de hasta 418 supuestos. De éstos, sin embargo, se dejaron fuera de consideración 241 que correspondían a casos en que se había aplicado la agravante por razones de género<sup>117</sup>. Este primer dato que apunta a un volumen tan elevado de supuestos, nada menos que el 58,7%, relativos a las razones de género, arroja una primera reflexión de futuro sobre el riesgo de que la irrupción de estos motivos discriminatorios en la redacción del artículo 22.4 del Código Penal tras las reforma penal producida en el año 2015 (LO 1/2015), acabe por distorsionar el mapa de colectivos diana de este tipo de criminalidad si no se

---

internacionales existentes, que permitan un mejor conocimiento de las causas, extensión, evolución, naturaleza y efectos de la discriminación por razón de las causas previstas en esta ley.

2. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad recabarán los datos sobre el componente discriminatorio de las denuncias cursadas y los procesarán en los correspondientes sistemas estadísticos de seguridad, publicándose con pleno respeto al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y a la autoidentificación racial o étnica.

(...)

5. Las administraciones públicas recabarán datos sobre las tipologías de discriminación, en coherencia con las elaboradas por el Ministerio del Interior en su informe anual sobre la evolución de los delitos de odio en España, respetando siempre la legislación que haga referencia al ejercicio de las competencias de cada organismo que recabe la información.

En todo caso, los datos de carácter personal obtenidos en el ámbito de las actuaciones a las que se refiere este artículo, deben cumplir la legislación reguladora de la protección de datos personales y, en su caso, quedarán protegidos por secreto estadístico y no podrán ser objeto de comunicación a terceros salvo en los casos expresamente establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal.»

<sup>115</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz, Madrid, 2023, pp. 984, que además indica que la citada ley en su disposición final quinta añade un nuevo párrafo al artículo 18.3 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que «(...) literalmente dispone que en la Sección contra los delitos de odio deberá llevarse un registro de los procedimientos que se sigan relacionados con estos hechos, que permitirá la consulta de los Fiscales cuando conozcan de un procedimiento de los que tiene atribuida la competencia al efecto en cada caso. Puede ser esta la ocasión para que dicha previsión constituya el motor definitivo para disponer de tan solicitado registro, en el que se distingan tanto los tipos delictivos como de manera individualizada cada uno de los motivos de discriminación, así como el registro de las sentencias que en cada procedimiento se dicten, por instancias y sentido del fallo.»

<sup>116</sup> GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023. Estudio que es continuación de otros en la misma línea, a saber, GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS et al., *Análisis de casos y sentencias en materia de Racismo, Xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2014-2017*, 2019.

<sup>117</sup> GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, p. 24.

procede a una separación estadística cabal de la violencia machista contra la mujeres, por una parte, y la criminalidad de odio (racismo, xenofobia, homofobia, transfobia...) por otra<sup>118</sup>.

Los restantes 177 casos<sup>119</sup> se distribuyen por colectivos según un porcentaje mayoritario del 50,9% que comprende el grupo diana étnico en sentido amplio (raza, origen semita, pertenencia a la etnia gitana, etnia, origen nacional, nacionalidad, creencias, religión, ideología) frente a un segundo grupo de colectivos sexuales (orientación e identidad sexual) con un porcentaje del 22,7%<sup>120</sup>. El mapa de colectivos por tanto se reparte en casi la mitad en conexión con fenómenos agresivos contra el núcleo histórico originario de este tipo de delincuencia (racismo, xenofobia...) y casi un cuarto de comportamientos homófobos y tránsfobos. Llama la atención el propio estudio respecto del alto porcentaje relativo de supuestos de tipo ideológico (ideología política) que asciende a un 15,3% respecto del total (n=177)<sup>121</sup>.

Por último, también deben destacarse algunas conclusiones que se arrojan respecto del mapa de tipos delictivos como termómetro -reflejado en los fallos judiciales analizados- de la clase de conductas que son prevalentes. En tal sentido el porcentaje de delitos de expresión alcanzaría el porcentaje del 79,6% (con una mayoría abrumadora de éstos relativos a casos del artículo 510 del Código Penal) frente a un 18,6% de delitos de hechos agravados (mayoritariamente lesiones). Por tanto, se obtiene un cuadro de funcionamiento de la maquinaria judicial muy volcado en la persecución de conductas de expresión como resultado de la apertura y modificación del tipo penal del artículo 510 tras la reforma de 2015 (LO 1/2015)<sup>122</sup>.

### 5.3. Datos policiales

De conformidad con el último informe publicado al respecto, en España, durante el año 2022 se registraron 1.869 incidentes de odio, de los cuales 73 se corresponden con infracciones administrativas. De los 1.796 incidentes potencialmente delictivos de odio, en función del colectivo protegido, obtenemos la siguiente distribución: racismo/xenofobia (42,04%), orientación sexual e identidad de género (25,56%), ideología (13,64%), sexo/género (10,52%), creencias o prácticas religiosas (2,62%), discapacidad (1,28%), antigitanismo (1,22%), aporofobia (0,95%), discriminación generacional (0,83%), antisemitismo (0,72%) y enfermedad (0,61%)<sup>123</sup>.

Una visualización del mapa de colectivos arroja, por tanto, una primera franja de racismo-xenofobia en sentido amplio (sumando a racismo/xenofobia *stricto sensu*, la ideología, creencias o prácticas religiosas, antigitanismo y antisemitismo) del 60,24%; una segunda franja de colectivos con base en el sexo en sentido amplio (orientación sexual e identidad de género más

<sup>118</sup> GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, pp. 88 s.

<sup>119</sup> GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, p. 27.

<sup>120</sup> GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, pp. 85 s. El resto de colectivos (enfermedad, discapacidad, edad, situación familiar, exclusión social, aporofobia...) tendría un reflejo relativamente residual.

<sup>121</sup> GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, pp. 85 s.

<sup>122</sup> GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, pp. 86 ss.

<sup>123</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España 2022*, 2023, p. 36.

sexo/género) del 36,08%; y una tercera franja de otros colectivos (aporofobia, discriminación generacional, personas con discapacidad, enfermedad) del 3,67%.

Si se atiende a la tipología delictiva a que apuntan el conjunto de incidentes (n=1869), esto es, incluidas las infracciones administrativas, destacan dos grupos: en primer lugar, las lesiones acercándose a casi  $\frac{1}{4}$  del conjunto (22,63%); y en segundo lugar las amenazas (18,08%). A continuación, pero ya a cierta distancia las injurias (6,21%), los daños (5,67%), la promoción del odio (5,62%), el trato degradante (5,03%), las coacciones (3,91%), humillación y menosprecio (3%) y otros delitos contra la Constitución (2,89%). Sorprende y llama la atención que hay un 26,9%, más de un cuarto del total, de supuestos que se clasifican como «resto» y de los que no cabe, en consecuencia, conocer su potencial tipificación<sup>124</sup>.

El mapa de delitos se establecería con una predominancia de los incidentes potencialmente delictivos de expresión, con palabras: un 32,91% si sumamos un primer grupo de delitos tales como las amenazas, injurias, promoción del odio, humillación y desprecio; y hasta un 41,85% si sumamos además trato degradante y coacciones. Los delitos de hechos suman, por el contrario, un 28,3% y hasta un 31,19% si añadimos la categoría «otros delitos contra la Constitución».

Viremos ahora la mirada al País Vasco en donde se elaboran informes oficiales propios en los que la mejora progresiva de la metodología de trabajo policial parece facilitar, más que a nivel estatal, un incremento notable de los incidentes registrados en los últimos años<sup>125</sup>. En Euskadi, durante el año 2022 se registraron 438 incidentes de odio potencialmente delictivos, de los cuales 3 se corresponden con infracciones administrativas. Si tenemos en cuenta que en el año 2016 se registraron 124 incidentes delictivos, en 2017 se registraron 129, en 2018 se identificaron 130, en 2019 se registraron 105, en 2020 se registraron 241, y en 2021 se identificaron 279, se detecta un importante aumento en lo que a los incidentes se refiere en las 3 últimas anualidades, pero más pronunciado aún en la última<sup>126</sup>.

De los 435 delitos de odio (delitos de odio registrados), debido a los casos de discriminación múltiple, se parte en realidad de 444 delitos contra colectivos protegidos. En función del colectivo protegido, obtenemos la siguiente distribución: racismo/xenofobia (52,03%), orientación e identidad sexual (21,62%), género (15,32%), ideología y orientación política (7,66%), diversidad funcional (2,03%), creencias o prácticas religiosas (0,68%), aporofobia (0,23%), edad (0,23%) y otros (0,23%)<sup>127</sup>.

El mapa de colectivos se sintetiza por franjas globales de la siguiente manera: una consideración in extenso del colectivo étnico (racismo, xenofobia, ideología, orientación política, creencias y prácticas religiosas y el antisemitismo) representa el 60,37%, esto es, cerca de dos tercios del mapa de odio. En segundo lugar, los colectivos sexuales considerados también in extenso (aglutinando los incidentes por razón de la orientación e identidad sexual y la identidad/razones de género) representan el 36,94% de los casos, es decir, más de un tercio del total; el resto de

<sup>124</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España 2022, 2023*, p. 11.

<sup>125</sup> CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022, 2023*, p. 13 ss.

<sup>126</sup> CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022, 2023*, p. 13.

<sup>127</sup> CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022, 2023*, p. 44.

colectivos (aporofobia, diversidad funcional, edad y otros) ascendería hasta el 2,72%. Un mapa, por tanto, muy similar en su estructura al que veíamos para el conjunto de España, con la salvedad, de cierta relevancia, relativa a los incidentes de tipo ideológico donde el porcentaje en España (13,64%) es casi el doble del detectado en el País Vasco (7,66%).

Desde el punto de vista de la distribución de los incidentes según el tipo penal al que potencialmente apuntan, los informes del País Vasco tienen la ventaja frente a los datos del Ministerio del Interior del conjunto de España, que no hay un grupo de «otros» en los que se pierde la tipificación y, además se excluyen ab initio las infracciones administrativas. Además, el desglose de datos responde con exactitud y claridad a las referencias exactas del Código penal a la hora de identificar la tipología delictiva. Por tanto, ofrece más seguridad y precisión al respecto. Los datos, en todo caso, apuntan también en el País Vasco, como en España, a dos grupos de incidentes prevalentes: las lesiones (180 casos: 41,38%) y las amenazas (90 casos: 20,69%); ambos también a considerable distancia de los siguientes grupos delictivos. Pero con un significativo mayor porcentaje, casi el doble, de lesiones detectadas sobre el conjunto en el País Vasco (41,38%) frente al conjunto de España (22,63%). Los dos grupos de delitos prevalentes -lesiones y amenazas- juntos abarcan el 62,07% de los incidentes delictivos, esto es, más de la mitad del mapa de odio. Las lesiones, que ya suponen más de una tercera parte del conjunto (180 casos: 41,38%), si se tienen en cuenta en una consideración in extenso otros delitos asimilables a la dinámica comisiva de delitos «con hechos» (sumando así los delitos de homicidio n=1, tortura n=1, secuestro n=1, agresiones sexuales n=5, resistencia y atentado n=3; daños n=21; e incluso el hurto n=8, y el robo n=2) el porcentaje se elevaría hasta el 51,03% (n=222) de los incidentes potencialmente delictivos. La tendencia en Euskadi, por tanto, a que el mapa delictivo se vaya estabilizando en torno a los incidentes (de hechos) más graves frente a los incidentes de tipo expresivo (delitos de expresión) se va consolidando<sup>128</sup>. Así los delitos de odio «con palabras» («hate speech» en sentido amplio): esto es, si sumamos amenazas (n=90), discurso de odio en sentido estricto (n=34), injurias (n=10), y calumnias (n=3), alcanzan hasta el 31,49% (137), llegando incluso al 47,82% (208) si se acumulan asimismo categorías generales, pero próximas, como las coacciones (n=50) y el trato degradante (n=21). Así, incluso sumando tales categorías próximas, es necesario apuntar que los incidentes potencialmente delictivos de naturaleza expresiva han perdido la mayoría que ostentaban en años anteriores, arrojando la cifra más baja obtenida hasta la fecha.

En síntesis, en el País Vasco, como principales dos diferencias respecto del conjunto del Estado, se detectan: en primer lugar, en mayor número las lesiones y, en segundo lugar, comienza a dominar el registro de delito de odio «con hechos» frente a los «expresivos» al contrario de lo que ocurre en el conjunto de España.

## 6. Conclusiones

Son cuatro los estados de la cuestión que han sido presentados en este estudio. Cuatro estados del arte que se pueden sintetizar de la siguiente manera.

---

<sup>128</sup> CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022, 2023*, p. 45 ss.

### 6.1. Estado del modelo legislativo

El modelo político-criminal español contra los delitos de odio se ha caracterizado históricamente por un diseño generalista, de máxima expansión, que no tomaba en cuenta la sociología doméstica ni los grupos históricamente discriminados en España como punto de partida. En vez de tipos penales más ajustados y adaptados a constelaciones de casos particulares se optó por una suerte de política criminal antidiscriminatoria. Esta apertura y generalización del modelo por la variedad de figuras y la vaguedad de sus marcos literales, generó un cierto rechazo y reticencia a su aplicación por el poder judicial. Sólo con el tiempo y tras una reforma en el año 2015 se ha empezado a aplicar de forma más profusa sobre todo en lo que respecta a la parte que tiene que ver con el discurso de odio criminalizado: delitos con palabras (artículo 510 CP). El riesgo, no obstante, reside, por una parte, en que la apertura del modelo parece desviar la atención de su potencial de tutela con preterición de las minorías étnicas o sexuales históricamente discriminadas, en favor de una intervención en dinámicas de enfrentamiento puramente ideológico, incluso entre mayorías; y, por otra parte, el riesgo se cifra en la posible interferencia distorsionadora de esta línea político-criminal en los delitos de género y violencia machista contra las mujeres.

### 6.2. Estado del debate doctrinal

La discusión doctrinal, como perfecta correa de transmisión del modelo incorporado al ordenamiento, se ha debatido desde un principio entre impulsar una interpretación de los delitos de odio en la línea de un refuerzo general -individualista- del principio de igualdad y la dignidad humana de las personas, por una parte, y una tutela, por la otra, que tome en consideración como clave esencial el daño colectivo que estas conductas agresivas representan para el conjunto del grupo diana y la sociedad toda. De una precomprensión de los tipos penales más atenta a bienes jurídicos individuales y de política penal antidiscriminatoria se detecta, no obstante, una cierta tendencia emergente a propuestas más restrictivas que endosan la necesidad de filtrar la relevancia penal de las constelaciones de casos a través de un criterio de gravedad que pasa por el impacto colectivo del daño y por la vulnerabilidad de los colectivos que deben ser protegidos. Se detecta igualmente una creciente *vis atractiva* entre el paradigma de los delitos de odio y el paradigma antiterrorista a través del vector común de la naturaleza «ideológica» de ciertas constelaciones de casos subyacentes a sus respectivos núcleos de tutela.

### 6.3. Estado de la jurisprudencia

La jurisprudencia, más activa desde un principio a la hora de aplicar agravaciones de pena (artículo 22.4 CP), comienza también a partir de la Reforma de 2015 (LO 1/2015) a facilitar *de facto* condenas por delitos de incitación grave (artículo 510 CP). No hay tanto un cambio expreso y confeso de doctrina, sino más bien una actitud proactiva que se materializa en un número creciente de resoluciones condenatorias que contrastan con la tónica de predominancia de absoluciones y archivos previa. El hecho de hasta qué punto debe ser un requisito para la aplicación de los delitos de odio que el grupo diana deba ser vulnerable divide al Tribunal Supremo y sigue manteniendo la incógnita de si ello precipitará una evolución que la aleje de parámetros teleológicos excesivamente formalistas hacia la aprehensión de los marcos legales más en clave de tutela colectiva. A día de hoy prevalece una comprensión subjetivista de los tipos penales demasiado atenta a una investigación motivacional como clave de la antijuridicidad, aunque en materia ideológica –en particular en lo que hace a la denegación de colectivos institucionales como la policía– y también en materia de género, se van prodigando correctivos

jurisprudenciales que parecen asumir una cierta objetivación de la interpretación que acerca a los tribunales a lecturas del daño en clave colectivo. El volumen de casos y fallos conectados con las razones de género como vector de agravación albergan el riesgo potencial de distorsionar el conjunto de la evolución interpretativa en la materia. Por último, los delitos de odio en el ámbito de la jurisdicción militar carecen de una caracterización específica en el Código penal Militar que contribuye a una cierta falta de visibilidad pese a la gravedad de algunos casos fallados por la sala quinta del Tribunal Supremo. Debe abrirse el debate de hasta qué punto la situación actual de la jurisprudencia castrense es satisfactoria y si conviene una reforma que contribuya a una punición más adecuada y a una mayor visibilidad de estas conductas en aras de su efectiva prevención.

#### 6.4. Estado de la estadística policial y judicial

La estadística policial en España inicia una senda de consolidación a partir del año 2013 con el primer Informe del Ministerio del Interior relativo a incidentes de odio<sup>129</sup> y los Informes del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco<sup>130</sup>. La estadística judicial, sin embargo, no permite una trazabilidad de los incidentes y se encuentra a la espera de una articulación sistemática que, por mandato legal a partir de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación, obliga a un registro sistemático de datos tanto a la Fiscalía General del Estado como al Consejo General del Poder Judicial. La debilidad de las fuentes estadísticas, no obstante, parece apuntar según los datos disponibles a un mapa de delitos de odio en que dominan los incidentes contra los colectivos étnicos, en primer lugar, seguidos de las constelaciones de casos de transfobia y homofobia, ambos a gran distancia de otros colectivos. Como particularidades a destacar, en primer lugar, la (pura) «ideología»<sup>131</sup> presenta registros notablemente elevados (no así en el ámbito vasco, por contraste); en segundo lugar, la irrupción de las «razones de género» amenaza con distorsionar el registro estadístico en esta materia por la falta a día de hoy de una claridad y distinción adecuada de los delitos de odio originarios frente a la violencia machista contra las mujeres; y, finalmente, hay una tendencia al registro de incidentes policiales con evidente sobrerrepresentación de los delitos de expresión frente a delitos base agravados u otros delitos «de hechos», tendencia que parece empezar a corregirse al menos en el ámbito vasco.

#### 6.5. A modo de reflexión final: una mirada integrada de los cuatro niveles

A la luz del cuádruple estado de la cuestión descrito se podría intentar vislumbrar qué futuro sería deseable, y a la vez posible, para que el modelo español de delitos de odio mejorara su efectividad. Es quizás ya tarde para una reducción significativa de *lege ferenda* de los colectivos-diana a proteger porque, desde un punto de vista político-criminal, puede resultar una quimera esperar que un legislador se vaya a atrever a desandar el camino y reducir las esferas de tutela. La corrección del modelo deberá probablemente iniciarse a partir de una combinación adecuada

<sup>129</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*, 2014 (disponible on line en <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2013/Informe-sobre-los-delitos-de-odio-en-Espana-2013.pdf> [último acceso 27 julio 2023]).

<sup>130</sup> CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2017, 2018* (disponible on line en [http://katedraddhh.eus/documentos/pdf/informes/Informe\\_de\\_Incidentes\\_de\\_Odio\\_de\\_Euskadi\\_2017\\_-\\_CASTELLANO\\_-\\_DEFINITIVO.compressed.pdf](http://katedraddhh.eus/documentos/pdf/informes/Informe_de_Incidentes_de_Odio_de_Euskadi_2017_-_CASTELLANO_-_DEFINITIVO.compressed.pdf) [último acceso 27 julio 2023]).

<sup>131</sup> Alerta adecuadamente del particular potencial distorsionador de esta categoría («caballo de Troya»), por todas, TAPIA BALLESTEROS, «El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», *Política Criminal*, (16-31), 2021, pp. 284 ss.

de la evolución de la reflexión doctrinal en diálogo con la consolidación de determinados criterios jurisprudenciales emergentes (objetivización de la investigación motivacional, preponderancia del carácter objetivamente vulnerable de los grupos, diversificación y adecuación de criterios sustantivos de interpretación según grupo-diana...). Si se profundizara en las vías de corrección y contención de los tipos penales de odio (por medio del uso de criterios interpretativos sustantivos más exigentes de daño individual y colectivo combinados; de bienes jurídico-penales mixtos individuales y colectivos; de reducciones teleológicas según grupos más o menos vulnerabilizados; de un escrutinio más exigente de las constelaciones de casos en delitos de expresión frente a agravaciones de tipos base; de cautela y contención en contextos de enfrentamiento puramente ideológico, especialmente en casos de grupos mayoritarios; de evitación de invasiones recíprocas e interferencias intrusivas entre los ámbitos de prohibición de los tradicionales delitos de odio y el terrorismo o la violencia machista...), se prepararía el camino para una futura reforma de *lege ferenda* con ajustes técnicos que podría neutralizar los riesgos tanto de ineffectividad como de abuso o de desvío de su orientación de tutela. A ello ayudaría, sin duda, que la estadística judicial arrancara y se pusiera a disposición de la academia y la ciudadanía con rigor y transparencia. Ya que en tal caso las resoluciones judiciales permitirían una reflexión doctrinal más fructífera, más ajustada, y se revelaría un mapa empírico más realista que pudiera orientar –y poner el foco– sobre las conductas agresivas más habituales y graves. Ello visibilizaría dónde (grupos-diana y tipos de conducta) están los problemas reales y las necesidades de protección. La trazabilidad sería de ida (desde incidentes policiales a condenas firmes y ejecutadas) y vuelta (desde las condenas a la revisión de los criterios de selectividad policial) con el beneficio particularmente urgente de que la actividad policial pro-víctima se podría ir corrigiendo y re-orientando según se va depurando el contorno preciso de los ámbitos de prohibición vía condenas firmes. Al desvelarse entonces con claridad el núcleo de tutela, la persecución policial podría concentrar –y ahorrar– sus recursos con mejores resultados, con atestados mejor dirigidos (desplazando la prevalencia de incidentes de expresión a conductas de otra naturaleza y mayor gravedad), más sólidos en términos de carga probatoria, con mayor seguridad jurídica y con una consecuencia directa en la tutela de las víctimas que reforzaría su confianza. También permitiría discriminar de forma mucho más precisa el ámbito penal y el de los ilícitos administrativos (este último todavía por explorar y articular de forma adecuada). El círculo vicioso (de desconfianza cuando hay impunidad, de desorientación sobre las constelaciones de casos que abarca o de desaliento para el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión) se convertiría en uno virtuoso de manera que a más y mejor investigación policial mejoraría asimismo el resto de la cadena hasta la condena previsible con elevación de los estándares de seguridad jurídica evitando, asimismo, excesos liberticidas de derechos fundamentales. Todo ello, aunque pueda parecer paradójico, acabaría por reducir (quizás con la excepción de una necesaria reforma o ajuste en dirección opuesta en el ámbito castrense) y equilibrar en el medio y largo plazo el papel del derecho penal ante la lacra de los delitos de odio y facilitaría su coordinación (Estado Social) con otras políticas (antidiscriminatorias) jurídicas y extra-jurídicas, devolviendo a aquél una función de verdadera *ultima ratio* que nunca debió abandonar.

## 7. Bibliografía

ABRISKETA URIARTE, «La discriminación racial: un análisis comparado sobre el marco jurídico internacional y europeo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (29), 2015, pp. 1 ss.

AGUILAR GARCÍA (dir.), *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015.

ALKIVIADOU, «The Internet, Internet Intermediaries and Hate Speech: Freedom of Expression in Decline», *SCRIPTED Journal of Law, Technologie and Society*, (20), 2023, pp. 243 ss.

ALONSO ÁLAMO, «¿Es el feminicidio un delito de odio? », *Revista Penal*, (50), 2022, pp. 9 ss.

———, «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 91 ss.

ALTSCHILLER, *Hate Crimes*, 3ª ed., ABC-CLIO, Santa Barbara-California, 2015.

ANDEREZ BELATEGI, «La protección institucional a través del discurso de odio: problemática general con especial referencia al caso “Savva Terentyev c. Rusia”», en ALONSO RIMO (dir.)/COLOMER BEA (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pp. 511 ss.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Los denominados delitos de odio: análisis dogmático y tratamiento jurisprudencial», *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 593 ss.

ANTIC, «Sanctioning Hate Speech on the Internet: in Search of the Best Approach», *Union University Law School Review (Pravni Zapisi)*, (14), 2023, pp. 74 ss.

BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., West Academic Publishing, St. Paul Minnesota, 2023.

BASTRESS, «El principio de “la alternativa menos restrictiva” en Derecho constitucional americano», *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 1998, pp. 239 ss.

BILLS/VAUGN, «A Contemporary Review of Hate Crime Legislation in the United States», *Criminal Justice Policy Review*, (34-2), 2023, pp. 115 ss.

BLAIR WOODS, «Hate crime in the United States», en HALL/CORB/GIANNASI/GRIEVE (eds.), *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, Routledge, London-New York, 2015, pp. 153 ss.

BJELOPERA, «Sifting Domestic Terrorism from Hate Crime and Homegrown Violent Extremism», *Congressional Research Service (CRS)*, 2016, p. 2.

CÁMARA ARROYO, «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70), 2017, pp. 139 ss.

CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022*, Eusko Jaurlaritza-Gobierno Vasco, Leioa-Vitoria-Gasteiz, 2023.

———, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2017*, Eusko Jaurlaritza-Gobierno Vasco, Leioa/Vitoria-Gasteiz, 2018.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. SECRETARÍA GENERAL, *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2022*, Madrid, 2023.



CORRECHER MIRA, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, (2), 2021, pp. 86 ss.

COTINO HUESO, «Menos libertad de expresión en internet: el peligroso endurecimiento del TEDH sobre la responsabilidad de moderación de contenidos y discurso del odio», *Revista de Derecho Digital e innovación. Aranzadi La Ley*, (16), 2023, pp. 1 ss.

DE LA MATA BARRANCO, *Derecho Penal Europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DE PABLO SERRANO, «El “reconocimiento” como fundamento filosófico para la sanción penal y administrativa del discurso del odio contra el colectivo LGTBI», en GUZMÁN ORDAZ/GORJÓN BARRANCO (COORDS.)/SANZ MULAS (ED.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2019, pp. 344 ss.

DE PABLO SERRANO/TAPIA BALLESTEROS, «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», *Diario La Ley*, (8911), 2017, pp. 1 ss.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DÍAZ, «Online Racialization and the Myth of colorblind Content Policy», *Boston University Law Review*, (103), 2023, pp. 1929 ss.

DÍAZ LÓPEZ, «Terrorism as a hate crime?», en CLIVE/LLOBET ANGLÍ/CANCIO MELIÁ (EDS.), *Precursor Crimes of Terrorism. The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, Edward Elgar, Cheltenham UK/Northampton Massachusetts USA, 2022 pp. 143 ss.

DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Capítulo 16. Circunstancias agravantes y mixta de parentesco. D. Motivos racistas», en MOLINA FERNÁNDEZ (COORD.), *Memento Práctico Penal 2021*, Francis Lefebvre Penal, Madrid, 2020, pp. 539 ss.

ELÓSEGUI ITXASO, «Las recomendaciones de la ECRI sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, (44), 2017, pp. 1 ss.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, Madrid, 2023.

———, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, Madrid, 2022.

FUENTES OSORIO, «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-27), 2017, pp. 1 ss.

GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

GARROCHO SALCEDO, «Capítulo 45. Delitos contra la Constitución. Sección 4. Delitos relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en MOLINA FERNÁNDEZ (COORD.), *Memento Práctico Penal 2021*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 1992 ss.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, Ministerio de Inclusión social, Seguridad Social y Migraciones, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Madrid, 2023.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS *et al.*, *Análisis de casos y sentencias en materia de Racismo, Xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2014-2017*, Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Madrid, 2019.

GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá, Porto, 2019.

———, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-20), 2016, pp. 1 ss.

GORDON BENITO, «Ciberodio. Un estudio de derecho penal comparado», *Cuadernos de RES PÚBLICA en derecho y criminología*, (4), 2024, pp. 14 ss

———, *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GUARDIOLA GARCÍA, «La agravante de discriminación y sus reformas: criterios interpretativos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (28), 2022, pp. 117 ss.

HARTLEY, «Cross Burning. Hate Speech as Free Speech: A Comment on Virginia v. Black», *Catholic University Law Review*, (54), 2004, pp. 1 ss.

HATANO, «Regulating Online Hate Speech through the Prism of Human Rights Law: The Potential of Localised Content Moderation», *The Australian Year Book of International Law*, (41), 2023, pp. 127 ss.

HENSON, «Virtual Whac-A-Mole: Addressing the Patchwork Regulation of Online Hate Speech», *Michigan State International Law Review*, (31), 2023, pp. 115 ss.

HÖRNLE, *Grob Anstössiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.

JAMES, «Federal Data on Hate Crimes in the United States», *Congressional Research Service (CRS)*, 2020, pp. 1 ss.

JUANES PECES, «Artículos 45 a 48. Los delitos contra la disciplina (III). Artículos 49 y 50. Los delitos relativos al ejercicio de las libertades fundamentales y de las libertades públicas de los militares», en DE LEÓN VILLALBA/JUANES PECES/RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 550 ss.

KAPLAN, «The Rise in Anti-Asian Racism and Xenophobia in the Time of COVID-19», *Journal of Hate Studies*, (18), 2023, pp. 96 ss.

KEANE/WAUGHROY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A living Instrument*, Manchester University Press, Manchester, 2017.

LANDA GOROSTIZA, «Igualdad de trato, no discriminación y delitos de odio», en SHERSHNEVA ZASTAVNAIA (ed.), *Dimensiones desde la desigualdad. Zabaldú*, v. 1, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2023, pp. 31 ss.

———, *Víctimas invisibles. Usos y abusos de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la violencia política a la luz de lucha antiterrorista contra ETA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

———, «Capítulo IV. Derecho penal sustantivo: la violencia sexual», en ETXEBERRIA GURIDI (dir.), *La mujer víctima de violencia. Análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul*, IVAP, Oñati, 2022, pp. 211 ss.

———, «Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del “caso altsasu” (STS 458/2019)», en LAURENZO COPELLO/DAUNIS RODRÍGUEZ (coords.) *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 351 ss.

———, «El delito de incitación al odio (artículo 510 cp): Quo vadis», *Revista Azafea*, (23), 2021, pp. 57 ss.

———, «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-19), 2020, pp. 1 ss.

———, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4 CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

———, «El mapa de odio en el País Vasco. A la vez una reflexión sobre los delitos de odio y la violencia política en Euskadi, Catalunya e Irlanda del Norte», *InDret*, (4), 2018, pp. 1-29.

———, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), 2012, pp. 301 ss.

———, «El modelo político-criminal antirracista “sui generis” del Código penal español de 1995: una aproximación crítica», *Revue Internationale de Droit Penal*, (73), 2002, pp. 167 ss.

———, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2001.

———, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2000.

LANTZ/WENGER/MILLS, «Fear, Political Legitimization, and Racism: Examining Anti-Asian Xenophobia During the COVID-19 Pandemic», *Race and Justice*, (13), 2023, pp. 80 ss.

LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1994.

LAURENZO COPELLO, «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, (19), 1996, pp. 219 ss.

MCGONAGLE, «General Recommendation 35 on combating racist hate speech», en KEANE/WAUGHTRY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A living Instrument*, Manchester University Press, Manchester, 2017, pp. 246 ss.

MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España 2022*, Ministerio del Interior. Gobierno de España, Madrid, 2023.

———, *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*, Secretaría de Estado de Seguridad. Gabinete de coordinación y estudios, Madrid, 2014.

MIRÓ LLINARES, «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en EL MISMO, (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 21 ss.

———, «La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (17-23), 2015, pp. 1 ss.

MOYA GUILLEM (dir.)/DYANGO BONSIGNORE (coord.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 24<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NOTES, «Responding to Domestic Terrorism: a Crisis of Legitimacy», *Harvard Law Review*, (136), 2023, pp. 1914 ss.

PARADA, «White Supremacist have committed Domestic Terrorist Attacks, but Why have the Attackers not been indicted as Domestic Terrorists?», *University of La Verne Law Review*, (41), 2019, pp. 104 ss.

PORTERO HENARES, «Los delitos de odio en el artículo 510 del Código Penal y la libertad ideológica. Propuesta de enmienda», en GARCIA RIVAS (dir.), *Criminalización del radicalismo violento: un debate europeo*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 327 ss.

PORTILLA CONTRERAS, «Lección 10<sup>a</sup>. La represión penal del discurso del odio», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 379 ss.

RIESMEYER, «The Dark Side of technological Advances: How Technology has enabled domestic Violence and The contributing Role of The First Amendment», *Gonzaga Law Review*, (59), 2023, pp. 91 ss.

RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, «Artículo 1. Ámbito de aplicación», en DE LEÓN VILLALBA *et al.* (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 52 ss.

RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea contra la discriminación racial: ¿es la decisión marco 2008/913/JAI un verdadero avance? », en Díez-PICAZO/NIETO MARTÍN (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp. 331 ss.

ROLLNERT LIERN, «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista española de derecho constitucional*, (115), 2019, pp. 81 ss.

ROSTALSKI, «Motivos y actitudes como fundamento de la agravación penal en los “delitos de odio”», en LANDA GOROSTIZA/GARRO CARRERA (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 79 ss.

SACCO, «Stifing Domestic Terrorism from Violent Extremism and Hate Crime», *Congressional Research Service (CRS)*, 2022, pp. 1 ss.

SILVERMAN, «Criminalidad xenófoba en los Estados Unidos: posibilidades de tutela ante el conflicto entre la protección de minorías y la libertad de expresión», *Cuadernos de Política Criminal*, (63), 1997, pp. 689 ss.

SINNAR, «Hate Crimes, Terrorism, and the Framing of White Supremacist Violence», *California Law Review*, (110), 2022, pp. 489 ss.

———, «The Conundrums of Hate Crime Prevention», *Journal of Criminal Law and Criminology*, (112), 2022, pp. 801 ss.

———, «Separate and Unequal: The Law of “Domestic” and “International” Terrorism», *Michigan Law Review*, (117), 2019, pp. 1333 ss.

TAPIA BALLESTEROS, «La protección de la igualdad y la no discriminación en el Código Penal. Errores y aciertos de las últimas reformas», *IgualdadES*, (9), 2023, pp. 143 ss.

———, «El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», *Política Criminal*, (16-31), 2021, pp. 284 ss.

THORNBERRY, «Foreword», en KEANE/WAUGHRA (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A living Instrument*, Manchester University Press, Manchester, 2017, pp. XIV ss.

VALCORE/BUCLER, «An Act on Terror and an Act of Hate: national Elite and Populace Newspaper Framing of Pulse Nightclub Shooting», *Criminal Justice Studies*, (33-3), 2020, pp. 276-296.

## Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad

### Sumario

-  
*Este trabajo pretende analizar la figura de la conformidad en tanto problema de Derecho penal sustantivo, una dimensión habitualmente desatendida por la doctrina a pesar de su enorme importancia en la práctica de nuestros tribunales. Se estudiará en primer lugar lo que constituye su principal “riesgo constitucional” (que por distintas razones lleguen a conformarse personas inocentes o que de haber ido a juicio hubieran podido obtener una calificación más benigna que la pactada), pues de lo que allí se trata es de un exceso del ejercicio de poder punitivo; y se abordará también su vertiente de beneficio para el acusado (asumamos que culpable) que decide aportar a la Administración de justicia su renuncia al juicio oral a cambio de un tratamiento más benigno, lo que nos sitúa en el contexto de las disposiciones premiales que ya conoce nuestro ordenamiento y nos obliga a valorar su compatibilidad con los fines de la respuesta estatal al delito, tanto en términos de prevención general como especial. El trabajo incluye asimismo un estudio jurisprudencial sobre una muestra de sentencias de conformidad en delitos contra la libertad sexual, con el que se pretende ejemplificar hasta qué punto toman cuerpo en la práctica los inconvenientes –tanto por excesos como por defectos de punición– previamente destacados.*

### Abstract

-  
*This work aims to analyze plea bargaining as a problem of substantive Criminal Law, a dimension often neglected by doctrine despite its significant importance in our courts' practice. First, we will focus on plea bargaining's main constitutional risk: that, for various reasons, innocent people may end up accepting a guilty plea, or that defendants agree to a harsher penalty than they would have received if they had risked going to trial, as this involves an excess in the exercise of punitive power. Secondly, we will examine plea bargaining as a benefit for the accused (assumed to be guilty) who decides to waive their right to a trial in exchange for more lenient treatment. This places us in the context of the award provisions already known to our legislation and compels us to assess its compatibility with the goals of the state's response to crime, both in terms of general and special deterrence. The paper also includes a jurisprudential study on a sample of rulings in crimes against sexual freedom, which aims to illustrate the extent to which the previously highlighted disadvantages –both due to excessive and insufficient punishment– manifest in practice.*

### Zusammenfassung

-  
*In dem vorliegenden Beitrag soll die Figur der Verständigung als ein Problem des materiellen Strafrechts analysiert werden, eine Dimension, die trotz ihrer enormen Bedeutung für die Praxis unserer Gerichte von der Lehre gewöhnlich vernachlässigt wird. Zunächst wird der Aspekt untersucht, der das größte „verfassungsrechtliche Risiko“ darstellt (dass diejenige Angeklagte, die aus verschiedenen Gründen dem Verständigungsvorschlag zustimmen, unschuldig sind oder, wenn sie vor dem Gericht beurteilt worden wären, eine harmlosere rechtliche Qualifizierung als die vereinbarte hätten erhalten können). Denn es geht hier um eine übermäßige Ausübung der Strafgewalt. Ferner wird auch erörtert, inwiefern die Verständigung einen Vorteil für denjenigen Angeklagten darstellen kann, der sich unter der Voraussetzung, dass er schuldig ist, dazu entschließt, der Justizverwaltung den Verzicht auf die Hauptverhandlung als Gegenleistung für eine mildere Behandlung anzubieten. Dies führt uns zu dem Kontext des positiven Nachtatverhaltens und zwingt uns dazu, ihre Vereinbarkeit mit den Zielen der*

staatlichen Kriminalitätsbekämpfung sowohl unter general- als auch spezialpräventiven Gesichtspunkten zu untersuchen. Der hiesige Beitrag analysiert zudem ausgewählte Urteile wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die auf Verständigungen beruhen; sie sollen exemplarisch aufzeigen, inwieweit sich die beiden genannten Nachteile –sowohl Strafexzesse als auch Strafdefizite– in der Praxis niederschlagen.

**Title:** *Negotiated justice, at any cost? On the substantive implications of plea bargaining*

**Titel:** *Gerechtigkeit: um jeden Preis? Zu den materiellrechtlichen Auswirkungen der Verständigung*

-

**Palabras clave:** conformidad, justicia negociada, reparación, confesión, disposiciones premiales

**Keywords:** *plea bargaining, negotiated justice, reparation, confession, reward.*

**Stichwörter:** *Verständigung, Verhandlungsjustiz, Wiedergutmachung, Geständnis, positives Nachtatverhaltens.*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i4.06

-

Recepción  
12/04/2024

-

Aceptación  
07/06/2024

-

## Índice

-

- 1. Introducción y planteamiento**
- 2. La conformidad en el ordenamiento jurídico español. Breve panorámica en función de su componente negocial**
  - 2.1. La conformidad sin negociación (conformidad «en la guardia» o «premiada»)
  - 2.2. Conformidades con negociación (en procedimiento ordinario por delitos graves, procedimiento abreviado y juicios por jurado). La difícil cognoscibilidad de la verdadera rebaja negociada
  - 2.3. Pacto sobre la pena y articulación formal
- 3. Algunas consideraciones de constitucionalidad**
  - 3.1. Reparos de constitucionalidad *ad intra* y *ad extra*
  - 3.2. Breve apunte de Derecho comparado. La jurisprudencia constitucional norteamericana como punto de referencia
  - 3.3. Problemática constitucional de la conformidad en el ordenamiento español
    - a. El castigo por juicio como vulneración del derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable
    - b. La coerción y la deficiente información como vulneración del derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable
    - c. ¿Hay conformidad de inocentes en el sistema español?
    - d. Las rebajas de pena en la conformidad como vulneración del principio de proporcionalidad por defecto
    - e. La conformidad negociada como instrumento constitutivamente desigualitario
- 4. Conformidad y justificación de la renuncia (parcial) a la pena**
  - 4.1. Conformidad y colaboración. Relación entre conformidad y la atenuante de confesión
  - 4.2. Conformidad, disposiciones premiales y justificación de la renuncia a la pena
  - 4.3. La atenuante de reparación del daño como instrumento central en las conformidades
- 5. El papel de la víctima en la conformidad**
  - 5.1. La diversidad de valoraciones sobre las repercusiones del pacto de conformidad para la víctima
  - 5.2. Víctima y conformidad en el ordenamiento español
- 6. Estudio jurisprudencial**
- 7. Algunas reflexiones**
- 8. Bibliografía**

-

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



## 1. Introducción y planteamiento

En su obra *Derecho y razón*, hace ahora algo más de treinta años, FERRAJOLI se pronunciaba sobre la figura del *patteggiamento*, que acababa de ser introducida en el ordenamiento italiano, en términos tan demoledores como estos:

«El pacto en materia penal (...) no puede sino fundamentarse en un intercambio perverso: ¿Qué puede dar el sospechoso, en su confrontación desigual con la acusación, a cambio de la reducción de la condena, sino la propia declaración de culpabilidad o la admisión, incluso infundada, de haber codelinquido con los demás acusados? Y ¿qué garantiza que un ciudadano inocente, pero privado de defensa, viendo frustradas sus protestas de inocencia y desconfiando de la justicia, no acepte a pesar suyo acceder al acuerdo...?»<sup>1</sup>. «Todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del ministerio público y que discipline la partida que ha emprendido con el acusado; la inderogabilidad del juicio, que implica infungibilidad de la jurisdicción y de sus garantías, además de la obligatoriedad de la acción penal y de la indisponibilidad de las situaciones penales, burladas de hecho por el poder del ministerio fiscal de ordenar la libertad del acusado que se declara culpable; la presunción de inocencia y la carga de la prueba a la acusación, negadas sustancial, ya que no formalmente, por la primacía que se atribuye a la confesión interesada y por el papel de corrupción del sospechoso que se encarga a la acusación cuando no a la defensa; el principio de contradicción, que exige el conflicto y la neta separación de funciones entre las partes procesales (...)»<sup>2</sup>.

Invectivas como esta, o las de muchas otras voces críticas en países europeos<sup>3</sup>, Estados Unidos<sup>4</sup> o en nuestro país<sup>5</sup>, no han servido para detener el avance imparable de la conformidad, que en ordenamientos de todo el mundo e inscritos en diversas tradiciones jurídicas se está

<sup>1</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., 1997, p. 748.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2ª ed., 1997, p. 749.

<sup>3</sup> En Alemania destacadamente los diversos trabajos de SCHÜNEMANN, para quien la incorporación del modelo negocial en el ámbito continental europeo supone «una crisis vital para la estructura de un Estado de Derecho liberal y una crisis de sobrevivencia, que no puede ser captada, o no quiere serlo, por los profesionales que actúan en el proceso» (SCHÜNEMANN, «Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global», *Derecho Penal y Criminología*, [25-76], 2004, pp. 175 ss., 181).

<sup>4</sup> Como muestra de voces especialmente autorizadas (entre muchísimos otros) pueden verse los numerosos trabajos publicados por ALSCHULER a lo largo de varias décadas (uno de los más recientes: ALSCHULER, «*Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*», *Duquesne Law Review*, [51], 2013, pp. 673 ss.), el conocido artículo de LANGBEIN, «*Torture and Plea Bargaining*», *The University of Chicago Law Review*, (46-1), 1978, pp. 3 ss., o el de SCHULHOFER «*Plea Bargaining as Disaster*», *Yale Law Journal*, (101), 1992, pp. 1979 ss.

<sup>5</sup> Sirva de ejemplo GARCÍA-PABLOS MOLINA, para quien se trata de modelos que «de hecho, ponen en tela de juicio la naturaleza pública del *ius puniendi*, minando los pilares del sistema acusatorio (principio de contradicción, de publicidad, de igualdad de armas, de legalidad y seguridad jurídica, etc.), y las garantías fundamentales del ciudadano que el proceso penal pretende hacer valer» (GARCÍA-PABLOS MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, t. I, 5ª ed., 2012, pp. 20-21) o SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, pp. 74-82, que inscribe la justicia negociada en una dinámica gerencialista en la que el Derecho penal aparece, «ante todo, como mecanismo de gestión eficiente de determinados problemas, sin conexión alguna con valores» (p. 76). A lo largo del trabajo se mencionarán las contribuciones de autores críticos con la conformidad desde distintas perspectivas; por su carácter general en relación con todo tipo de medidas aceleradoras del proceso que pongan en riesgo el delicadísimo equilibrio de derechos que informa la dinámica procesal penal, merece la cita el ponderado trabajo de HERNÁNDEZ GARCÍA, «*Rapidez y reforma del Derecho penal*», *Jueces para la Democracia*, (44), 2002, pp. 27 ss.

consolidando como modo muy frecuente, cuando no el prevalente, de terminación del proceso<sup>6</sup>. En el caso de España, año tras año las estadísticas recogidas por las Memorias de la Fiscalía General del Estado ilustran una progresión que solo cabe calificar de arrolladora<sup>7</sup>. Cierto es que en nuestro sistema procesal, unido salvo excepciones (art. 963.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en adelante LECrim– respecto de los delitos leves) al principio de oficialidad en el ejercicio de la acción penal –a diferencia de otros con un mayor reconocimiento del principio de oportunidad en relación a la no persecución de la delincuencia leve, como es el caso de Alemania con la no acusación condicionada o la figura de la *Strafbefehl* de los §§ 153 y 407 ss. *StPO* respectivamente, que en cualquier caso también implican una posibilidad de negociación– casi toda la carga de agilización de la justicia se hace recaer sobre las conformidades; una mayor apertura de nuestro sistema a estos otros mecanismos asociados con el principio de oportunidad, que ya se anuncia en los diversos intentos de reforma global del sistema de los últimos quince años, posiblemente redundaría en un menor recurso a la conformidad. Pero con todo y con esto, el ritmo de la progresión deja pocas dudas sobre hacia dónde seguirán evolucionando las cosas.

No cabe descartar que en relación a la delincuencia de las personas jurídicas terminen incorporándose también a nuestro ordenamiento instrumentos del sistema norteamericano ligados al principio de oportunidad dotados de un importante componente negocial como los *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) y *Non-Prosecution Agreements* (NPA), en los que la no iniciación de la persecución penal o su interrupción en una fase temprana –dada la especial carga de los costes reputacionales para las personas jurídicas– se someten al cumplimiento de determinadas condiciones (que pueden llegar a implicar un grado notorio de intervención por los poderes públicos)<sup>8</sup>. Este trabajo, por otra parte, se centra en la conformidad de las personas físicas y deja al margen los particulares problemas de la prestada por las personas jurídicas (recogida en el art. 787.8 LECrim).

Este grado de implantación absolutamente consolidado e *in crescendo* informa en buena medida, especialmente en los últimos años, la textura de las aproximaciones académicas al fenómeno; incluso desde perspectivas críticas con la figura, se acepta ya como un *prius* su papel central para la propia supervivencia del sistema de justicia penal –que, se reconoce, necesita de ella para no caer en el colapso–, y deslegitimaciones rotundas como las que todavía podían encontrarse hace

<sup>6</sup> Puede consultarse el conocido informe *The disappearing Trial*, de 2017 (disponible en: <https://www.fairtrials.org/articles/publications/the-disappearing-trial/> [consultado por última vez el 11 de abril de 2024]), así como el actualizado estudio de LANGER, «Plea-bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Conviction», *Annual Review of Criminology*, (4), 2021, pp. 377 ss.

<sup>7</sup> Según la Memoria de la FGE elevada al Gobierno en 2023 (con los datos de 2022), en este último año el 75% del total de las diligencias urgentes calificadas concluyeron en sentencia de conformidad ante el Juzgado de Instrucción por el procedimiento previsto en el art. 801 LECrim (la llamada conformidad «premiada»). El mismo porcentaje del 75% (ligeramente superior al 73% del año 2021) se aprecia en las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal (condenatorias y absolutorias). En las Audiencias provinciales, la tendencia creciente de años anteriores (66% en 2017, 71% en 2018, 70% en 2019, y 72% en 2020) se ha reducido claramente en los dos últimos (58% en 2021 y 43,8% en 2022), pero incluso así el porcentaje sigue siendo enormemente relevante (Memoria FGE 2023, Cap. IV, apartados 1.1.9.1 y 1.1.9.2).

<sup>8</sup> Una competente exposición puede encontrarse en 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. 508-557. Con instrumentos menos perfilados que estos, caminos similares habían sido ya transitados varios lustros antes en sobreseimientos condicionados como los de los casos «Contergan» y «Holzschutzmittel» en Alemania, con la peculiaridad de que las cargas asumidas por las empresas (creación de una fundación para los niños afectados por la talidomida, y constitución de una cátedra de química medioambiental, respectivamente) implicaba la no exigencia de responsabilidades penales a las personas físicas imputadas.

unos años en la línea del filósofo italiano<sup>9</sup> van cediendo espacio a enfoques que, con mayor o menor grado de resignación, optan por formular propuestas de mejora que contrarresten sus efectos más perniciosos<sup>10</sup>, y/o por defender la necesidad de constreñir su operatividad a unos límites que –a juzgar por las diversas iniciativas de reforma de nuestro proceso penal aparecidas en la última década– el legislador parece dispuesto a traspasar, si es que la propia práctica del foro no los ha eliminado ya<sup>11</sup>.

A pesar de la ocasional intervención del TS anulando sentencias de este tipo, es de todos conocida la práctica de las llamadas «conformidades encubiertas», en las que con el fin de burlar la limitación de la pena conformada a un máximo de 6 años (prevista en los arts. 655 –según la interpretación asentada de su referencia a la «pena correccional»– y 787.1 LECrim para el procedimiento ordinario y abreviado respectivamente, y en el art. 50 de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado) se lleva a cabo un simulacro de juicio cuya única práctica probatoria se reduce (previamente acordada con la acusación hechos, calificación y pena) al reconocimiento de los hechos por el encausado, lo que da lugar a una sentencia que pretende presentarse como de no conformidad aun siéndolo materialmente<sup>12</sup>. En otras ocasiones los tribunales acuden sin tapujos a la conformidad pero pretenden justificarla con argumentos cuando menos discutibles<sup>13</sup>, y no faltan tampoco supuestos en los que simple y llanamente se desprecia la expresa prohibición legal sin ningún tipo de rebozo<sup>14</sup>.

Ha de reconocerse, por otra parte, que el factor negociación no se reduce en nuestro sistema a la operatividad (deficientemente regulada, pero regulada al fin y al cabo) de la conformidad. En no

<sup>9</sup> Es el caso, entre los penalistas, de OLAIZOLA NOGALES, «El principio de oportunidad: ¿modernización o crisis del Derecho penal?», *Nuevo Foro Penal*, (82-1), 2014, pp. 15 ss., o anteriormente, SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (47-2), 1994, pp. 105 ss., 119-135.

<sup>10</sup> Cita destacada merece el conocido trabajo de LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss., que tras identificar la presión del resto de los coimputados (propensos al acuerdo) como uno de los factores que más claramente pueden determinar la conformidad del inocente, proponen la reforma del art. 697 LECrim para consagrar una desvinculación que sí se admite ya para las personas jurídicas (art. 787.8 LECrim). Este enfoque «resignado» sobre la figura es mucho más frecuente en la doctrina –especialmente la penal– que posturas que la valoren en términos claramente positivos, caso de CUGAT MAURI, «La conformidad en los delitos socioeconómicos», en GARCÍA ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, pp. 313 ss., 364, que considera que ha dado «excelentes frutos».

<sup>11</sup> La tendencia de la justicia negociada a instaurarse y expandirse de modo «informal» (antes de ser regulada y/o por encima de los límites legales existentes en su caso) no es desde luego privativa de nuestro país; esta fue su vía de entrada en el propio Estados Unidos (durante unos decenios, incluso con una primera jurisprudencia reacia del TS) y lo ha sido en Alemania hasta su regulación en 2009.

<sup>12</sup> STS 291/2016, Penal, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1505) (anula la condena a catorce años y tres meses por agresión sexual continuada y ordena la realización del juicio), que subraya lo inadmisibles de la práctica, o en idénticos términos STS 808/2016, Penal, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4663) (respecto de una condena a 15 años por asesinato y lesiones). A pesar de una jurisprudencia consolidada que aprecia en la conformidad una renuncia implícita al recurso, el TS ha venido configurando una serie de excepciones a esta regla, entre ellas la de (como en estos casos) haberse incumplido los requisitos legales de la figura. Denuncia estas prácticas DEL MORAL GARCÍA, «Capítulo VI: Declaración del delincuente», en RIVES SEVA (dir.), *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, t. I, 2021, pp. 559 ss., 771-772.

<sup>13</sup> Así, SAP Granada 405/2015, Sección 2ª, de 23 de junio (ECLI:ES:APGR:2015:1134), que aun reconociendo el límite legal (que erróneamente atribuye al juego supletorio del art. 655 LECrim, cuando se recoge expresamente en el art. 50 LOTJ) argumenta que «en el ámbito del procedimiento ante el Tribunal del Jurado se está generalizando una práctica forense que no se sujeta a este último requisito, en atención a que, asumidos los hechos de la acusación por parte del reo sin ninguna reserva, se diluye el ámbito objetivo del enjuiciamiento encomendado a los ciudadanos miembros del Jurado», que es únicamente el de la valoración de la prueba. La pena conformada para un asesinato alevoso con agravante de parentesco y eximente incompleta de trastorno psíquico fue 9 años de prisión.

<sup>14</sup> SAP Palencia 1/2015, de 3 julio (ECLI:ES:APP:2015:142), que impone 10 años de prisión por un homicidio doloso. La Audiencia repasa el art. 50 LOTJ en relación con el momento procesal oportuno para prestar la conformidad en los juicios por Jurado –cuestión de la que no nos ocuparemos aquí–, pero ignora olímpicamente la prohibición expresa del precepto sobre el límite de la pena.

pocas ocasiones, especialmente en delincuencia socioeconómica, aun habiéndose celebrado el juicio resulta evidente la existencia de un pacto previo entre Fiscalía y defensa, por el que el acusado deposita antes del juicio una determinada cantidad y la Fiscalía se compromete a solicitar una atenuante de reparación muy cualificada; o supuestos en los que incluso puede pactarse la retirada de la acusación o la petición de sobreseimiento<sup>15</sup>.

Parece, pues, que aunque todavía no hayamos llegado al extremo de Estados Unidos, sí nos es aplicable la resignada apreciación de uno de los más destacados críticos del sistema, ALSCHULER, en el sentido de que «el tiempo de la cruzada para prohibir el *plea-bargaining* ha pasado ya»<sup>16</sup>. Poco importa ya a estas alturas dónde radiquen las verdaderas causas de esta suerte de oxímoron de una «emergencia permanente» que han convertido en imprescindible el recurso a una figura *a priori* tan discutible –falta de inversión de recursos públicos en el sistema de justicia, una legislación penal exenta de las mínimas exigencias de racionalidad instalada en la continua creación de nuevas figuras delictivas, un incremento real de la criminalidad, el aumento del número de instrucciones inevitablemente muy complejas en contextos de delincuencia progresivamente más sofisticada sobre todo económica, un diseño caduco del proceso penal que lo aboca a la lentitud, o el conjunto de todas ellas–; lo cierto es que nos encontramos inmersos en una paradoja, ya convertida en permanente, que ha sido acertadamente descrita (no solo en relación a la conformidad, sino también respecto de otras manifestaciones del principio de oportunidad) como cada vez «más Derecho penal, y menos proceso»<sup>17</sup>. La opción del legislador, pero sobre todo de los operadores jurídicos (Fiscalía General del Estado<sup>18</sup>, Abogacía –véase el Protocolo suscrito entre ambos en 2009<sup>19</sup>–, los propios tribunales), que son quienes en los últimos quince o veinte años vienen realmente impulsando y expandiendo la práctica de la conformidad muy por encima de lo inicialmente previsto por el legislador, es tan clara en su objetivo eficientista (acortar la duración del proceso, con el ahorro de recursos públicos y de esfuerzos y molestias de distinta índole a los que toman parte en su desarrollo) como –y con ello

<sup>15</sup> Véase por ej. la sentencia del caso Gran Tibidabo, SAP Barcelona 1/2008, Sección 2ª, de 12 de febrero (ECLI:ES:APB:2008), comentada por ASÚA BATARRITA, «Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena», en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, 2008, pp. 145 ss., 155-158. Rechaza la posibilidad de recurrir el supuesto incumplimiento por la Fiscalía de estos pactos «informales» la STS 522/2008, Penal, de 29 de julio (ECLI:ES:TS:2008:4289).

<sup>16</sup> ALSCHULER, *Duq. L. Rev.*, (51), 2013, p. 706. Con una tasa de terminaciones del proceso por acuerdo superior al 95%, en Estados Unidos se ha ido mucho más allá de la admisión por el TS, en su sentencia de 1971 *Santobello v. New York*, de que el *plea bargaining* constituye un «componente esencial de la administración de justicia» (404 U.S. 257 [1971], p. 260), y ha de convenirse que la justicia negociada, como ya se ha reconocido en *Lafler* con las derivaciones que luego comentaremos, es el sistema de justicia de ese país.

<sup>17</sup> BARONA VILAR, «El consentimiento en el proceso penal, ¿un oxímoron?», *Revista Boliviana de Derecho*, (31), 2021, pp. 208 ss., pp. 217-225; OLAIZOLA NOGALES, *Nuevo Foro Penal*, (82-1), 2014, *passim*; similar, ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 158.

<sup>18</sup> Actitud de la que deja temprana constancia ya la Circular FGE 1/1989, sobre el procedimiento abreviado introducido por la LO 7/1988, de 28 de diciembre, que DEL MORAL GARCÍA, «La conformidad en el proceso penal. Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español», *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, pp. 1 ss., 2, considera una «auténtica apología del sistema de conformidades», y que se mantiene constante hasta la actualidad (así, en la Memoria del Ministerio Fiscal de 2020 «se insiste en la necesidad de potenciar la aplicación de las conformidades y de hacerlo en los primeros momentos procesales para obtener los máximos beneficios posibles»).

<sup>19</sup> Protocolo de 1 de abril de 2009, suscrito entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía, que –constatada la escasa eficiencia de las prestadas al inicio del juicio oral– pretende promover las conformidades tempranas. Al mismo siguió la Instrucción FGE 2/2009, de 22 de junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española (el texto de la Instrucción incorpora el del propio Protocolo).

nos introducimos en los aspectos que aquí más pretenden estudiarse– discutibles y problemáticos sus costes y efectos.

En la deriva que ha adoptado nuestro sistema de justicia penal en la actualidad, ha llegado a decirse que «el fin principal del proceso penal es hoy en verdad que el juicio oral no tenga lugar»<sup>20</sup>. Lo cierto es que la presión del sistema para llegar a la conformidad es enorme, y a menudo discurre por cauces procesales no solo no previstos, sino muy cuestionables desde el punto de vista de las garantías para el encausado. Así, con mucha frecuencia es el propio Juez o la Audiencia Provincial quien convoca a las partes a una audiencia preliminar (no prevista en la normativa procesal) y todavía no agendada como sesión del juicio oral, para plantear la posibilidad de una negociación –asumiendo de modo más o menos directo un cierto papel de promotor del acuerdo–; a pesar de que expresamente lo desaconseje el Protocolo de 2009 (punto 5.3.2), también es frecuente en la práctica que la negociación se debata en sala sin que el juez opte por abandonarla, lo que resulta particularmente inadmisibles a la luz de la garantía de imparcialidad en caso de que la conformidad no prospere<sup>21</sup>.

No se pretende partir aquí, desde luego, de un rechazo a objetivos de eficiencia en la agilización de la Administración de Justicia, perfectamente legítimos y deseables en sí mismos, que resultaría sesgado contraponer sin más a la noción de las garantías<sup>22</sup>. La importancia de una respuesta pronta al delito para la eficacia y la propia legitimación de la pena es algo asumido cuando menos desde la obra de BECCARIA<sup>23</sup>, y no es necesario insistir en la naturaleza iusfundamental del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que también es responsabilidad estatal intentar garantizar. La cuestión radica, por supuesto, en qué es lo que estamos dispuestos a sacrificar para ello; en ese sentido, las diferencias entre nuestros respectivos sistemas procesales no son óbice para que resulte muy conveniente una mirada al *plea-bargaining* estadounidense, aunque solo sea para constatar los límites que no estamos dispuestos a traspasar<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> GÓMEZ COLOMER, «El proceso penal español a comienzos del siglo XXI», *InDret*, (1), 2017, pp. 1 ss., 12, quien en tono muy crítico señala que «se quiere evitar a toda costa, sin reparo ideológico ni dogmático alguno».

<sup>21</sup> Particularmente crítico con la intervención proactiva de los jueces y magistrados en favor del acuerdo, DEL MORAL GARCÍA, *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, p. 3, así como la STS 767/2013, Penal, de 25 septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4998), que insta al distanciamiento para no comprometer la imparcialidad del eventual juzgador. Quedan ya muy lejos las rotundas críticas de la entonces mayoritaria Asociación Profesional de la Magistratura, que en referencia a las cláusulas premiales subrayaban la «inmoralidad» de la «negociación y el cambalache» (ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA. GABINETE DE ESTUDIOS Y DOCUMENTACIÓN, «Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (47), 1992, pp. 309 ss.).

<sup>22</sup> En referencia a las cláusulas premiales, *vid.* CUERDA ARNAU, «El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna», *Estudios Penales y Criminológicos*, (25), 2005, pp. 4 ss., 12.

<sup>23</sup> «Cuanto más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y más útil», BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 1969, p. 81.

<sup>24</sup> BARQUÍN SANZ, «Retos de la justicia penal: avance de un diagnóstico», en SUÁREZ LÓPEZ *et al.* (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, 2018, pp. 27 ss., 33-41; una mirada necesaria si convenimos con SILVA SÁNCHEZ que se trata de «un modelo que tampoco nos es tan ajeno como pudiera parecer a primera vista» (SILVA SÁNCHEZ, «Acuerdos ¿proceso sin Derecho?», *InDret*, [4], 2010, p. 2, n. 3). A la luz de la evolución descrita, las intenciones de prelegisladores de diversas tendencias ideológicas, y la propia tendencia de la conformidad a una práctica expansiva que desborda los límites legales, no parece ocioso plantear la necesidad de debatir, por ejemplo, sobre la voluntariedad de la conformidad prestada para evitar la acusación por un delito castigado con prisión permanente revisable, o la prestada a cambio de que no se ejerza acusación alguna contra una determinada persona (el conocido *charge-bargaining* norteamericano respecto de terceros).

Para los penalistas –sobre todo quienes carecen de un contacto directo con el ejercicio de la profesión–, la conformidad se ha convertido en el «elefante en la habitación» al que preferimos no conceder demasiada atención; la percepción del instituto como puramente procesal (aun con indudable proyección constitucional), y la escasa relevancia de las sentencias dictadas a su amparo (en su inmensa mayoría carentes por completo de razonamiento jurídico alguno que invite a su lectura) contribuyen a sostener nuestro desinterés por su evolución. Quizás parezca excesivo el temor expresado por algún autor al asociar su imparable avance con la desaparición de la dogmática<sup>25</sup>; pero lo cierto es que la idea misma de la justicia negociada –propensa a desembocar en una «justicia del cadí»<sup>26</sup>– ataca la línea de flotación de aquello a lo que sirve tanto la teoría del delito como el esfuerzo interpretativo sobre el alcance de los concretos tipos penales: construir un instrumento teórico capaz de captar y categorizar los matices de la conducta delictiva y dotar así a la reacción estatal de un mayor grado de justicia material, pero siempre con una pretensión de generalidad al servicio tanto de la seguridad jurídica como de la igualdad en la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales<sup>27</sup>. Deviene así inexcusable reflexionar sobre esta (ya no tan) nueva realidad no solo desde la perspectiva de las garantías procesales, sino insertándola en el conjunto del sistema punitivo sustantivo, desde el punto de vista de su incidencia en la respuesta penal y los fines que la informan; una tarea que en el actual grado de implantación en nuestro sistema requiere, para empezar, de análisis empíricos que demuestren cómo funciona realmente en las diferentes clases de delitos, a qué tipo de rebajas de pena da lugar y en función de qué variables, cómo se combina con la atenuante de reparación del daño y hasta qué punto esta incide en la negociación, qué papel juegan en la realidad las acusaciones particulares, cual podría ser la tasa de personas inocentes que se conforman o si existe o no un verdadero control judicial (resultaría del mayor interés conocer qué porcentaje de acuerdos de conformidad son rebajados por el juez para aplicar una pena menor o incluso absolver, y cuál el de supuestos en que por considerarse incorrectamente calificados los hechos y estimarse más correcta una pena mayor, son remitidos a juicio); un conocimiento empírico imprescindible para evaluar hacia dónde se está desplazando nuestro sistema penal y tomar postura al respecto<sup>28</sup>.

Indudablemente, analizar un fenómeno de tan amplísima implantación como este exige considerar sus múltiples matices en función del contexto en el que opera: al ofrecerse tanto a acusados culpables como inocentes; con muy distintas posibilidades de salir absueltos en caso de celebrarse

---

<sup>25</sup> VOLK, *FS-Detlef Krauß*, 2006, pp. 89 ss., 92 ss. (citado por SILVA SÁNCHEZ, «Acuerdos ¿proceso sin Derecho?», *InDret*, [4], 2010, p. 2).

<sup>26</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, p. 77.

<sup>27</sup> Cuestión distinta es que en su conjunto y del modo en que habitualmente se concibe, esta tarea –en principio al servicio de la previsibilidad de la reacción penal como derecho del ciudadano– haya desembocado en una continua superposición de teorías ajenas a las palabras de la ley que, desigualmente asumidas a su vez por los tribunales, disuelve toda garantía y genere precisamente el efecto contrario al pretendido. Sobre este fracaso de la dogmática como ciencia ha insistido VIVES ANTÓN (entre otras muchas obras en VIVES ANTÓN, «Principios penales y dogmática penal», *Derecho y Cambio Social*, [22], 2011, pp. 174 ss.), seguido por CUERDA ARNAU, «Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto», *Teoría y Derecho*, (8), 2010, pp. 121 ss., pp. 126-130, o CARBONELL MATEU, «El Derecho penal (y los penalistas) en tiempos de crisis», *Teoría y Derecho*, (10), 2011, pp. 296 ss., 303.

<sup>28</sup> En esta línea se inscriben los recientes trabajos de VARONA GÓMEZ «La suspensión de la pena de prisión: ¿una alternativa a la prisión o un anzuelo para la conformidad?», en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante «lo empírico»*, 2021, pp. 281 ss.; VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ MANRIQUE, «La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad», *InDret*, (1), 2022, pp. 307 ss. Este tipo de análisis empírico se encuentra muy presente en la doctrina norteamericana, donde cobran especial interés variables como la raza o la situación económica del acusado.

el juicio oral y la correspondiente práctica de la prueba<sup>29</sup>; aplicarse en casi cualquier tipo de delitos (que sin embargo pueden presentar diferencias muy notables entre sí en relación a aspectos relevantes de cara a la conformidad –dificultades probatorias de sus elementos típicos, mayores problemas interpretativos sustantivos, marcos abstractos más o menos «inflados»–); comportar resultados diversos en cuanto a la rebaja de pena; operar en delitos con y sin víctima –y, en el primer caso, con o sin víctima personada como acusación particular–; incorporar o no al pacto el pago de la responsabilidad civil, etc., resulta imposible referirse a la conformidad como un todo. La figura juega de modo muy distinto –por poner algunos ejemplos– en delitos contra la seguridad en el tráfico, contra la libertad sexual, delitos contra el patrimonio o socioeconómicos (sin olvidar que además puede ser también prestada por la persona jurídica, con todas las particularidades que ello comporta).

Este trabajo se inscribe en la línea arriba descrita. Después de exponer brevemente las modalidades de conformidad en el sistema español y el modo en el que se articula en la práctica la llamada conformidad negociada (*infra* 2), realizaremos algunas consideraciones de carácter constitucional, centradas sobre todo en su aspecto más problemático desde esta perspectiva, esto es, el riesgo de que la figura dé lugar a un exceso de castigo (*infra* 3). Nos referiremos después (*infra* 4), a la vertiente premial del instituto, pues no cabe duda de que en la mayoría de los casos en que se aplica sí supone un beneficio para el acusado en términos de pena, lo que nos obliga a contextualizar la conformidad en las disposiciones premiales que ya conoce nuestro sistema penal al servicio de fines utilitarios, y a valorar su relación de tensión con los distintos fines de la pena (se tratará aquí de valorar, por tanto, si la conformidad puede conducir a un «defecto» de reacción penal que perjudique el cumplimiento de los fines de aquella). Solo después (*infra* 5) analizaremos la posición de la víctima del delito en el juego de la conformidad, y aportaremos (*infra* 6) un estudio jurisprudencial de sentencias de conformidad dictadas por dos Audiencias Provinciales en delitos contra la libertad sexual, que permita –con toda la prudencia necesaria a la luz de los muy diversos contextos en que opera la institución– constatar hasta qué punto se realizan los riesgos y desventajas previamente estudiados. Concluiremos (*infra* 7) con algunas reflexiones y propuestas de cara a una regulación de la figura que tarde o temprano (cuando nuestro legislador consiga alumbrar por fin la eternamente pospuesta nueva ley procesal penal) terminará produciéndose en nuestro país, y que todo apunta avanzará en un nuevo ensanchamiento que considero del todo desaconsejable.

## **2. La conformidad en el ordenamiento jurídico español. Breve panorama en función de su componente negocial.**

### **2.1. La conformidad sin negociación (conformidad «en la guardia» o «premiada»)**

En la compleja regulación procesal del instituto que nos ocupa en el ordenamiento jurídico español (no cabe en puridad hablar de «la» conformidad, sino de «las» conformidades), existen dos modalidades que (al menos en principio)<sup>30</sup> no incorporan el elemento de negociación sobre la entidad de la ventaja que al imputado le reporta el avenirse a las pretensiones de la acusación. La segunda de ellas (el llamado procedimiento por aceptación de decreto), introducido por la reforma de la LECrim operada por la LO 41/2015, de 5 de octubre, ha devenido en una vía claramente inaplicada y de ahí que la excluyamos de estas páginas.

<sup>29</sup> El incentivo para conformarse es obviamente mayor cuanto más sólida la evidencia probatoria; de ahí las estadísticas tan altas de conformidad, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad vial, como muestra el estudio de VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ MANRIQUE, *InDret*, (1), 2022, p. 327.

<sup>30</sup> Matizaremos el supuesto componente no negocial de los descuentos fijos de pena *infra* 7.

La regulación prevista para los llamados juicios rápidos, conformidad «en la guardia» o «premio» (procedimiento introducido en nuestro ordenamiento a través de la reforma de la LECrim por Ley 38/2002, que lo regula en los arts. 795 a 803) incorpora una disposición de carácter sustantivo que disciplina su repercusión penológica: la reducción en un tercio de la pena solicitada (art. 801.2 LECrim)<sup>31</sup>. Esta previsión específica de lo que en realidad viene a ser una verdadera «atenuante por conformidad», que en caso de acuerdo *obliga* al juzgador (o mejor dicho, a un juez de instrucción que en puridad no ejerce una función jurisdiccional en sentido estricto<sup>32</sup>) a aplicar una notable reducción de la pena, implica una verdadera modificación del Código penal<sup>33</sup>, que sin embargo en principio no fue explicada ni entendida como tal: llama la atención que la aprobación del nuevo art. 801 LECrim con rango de ley orgánica (LO 8/2002, de 24 de octubre) obedeciera, según la escueta Exposición de Motivos de esta última, al hecho de que con esta conformidad en la guardia se viniera a atribuir a los juzgados de instrucción una nueva competencia no prevista en el art. 87 a) de la LOPJ –precepto cuya nueva redacción sí se incluye en dicha norma orgánica–, sin que el legislador considerara necesario no ya modificar expresamente el Código para introducir esta nueva disposición premial, sino incluir siquiera una mención a la incidencia del nuevo art. 801.2 sobre el texto punitivo. La efectiva aprobación del precepto con el rango de orgánico permitió –fuesen cuales fuesen los motivos que la determinaran– salvar cualquier objeción desde el punto de vista del principio de legalidad, pero parece claro que esta puerta de introducción en nuestro Derecho contribuye a explicar –más aún en una organización académica como la española, con su consabida cesura entre las disciplinas penal y procesal– la falta de conocimiento e interés (al menos inicial) de la academia penalista por una disposición premial de una relevancia práctica infinitamente mayor que cualquiera de las otras de esta misma naturaleza a las que en cambio se ha dispensado mucha mayor atención.

Aun cuando se trate de casos que en principio no satisfacen los requisitos del procedimiento rápido (por ejemplo porque no se hayan iniciado como consecuencia de atestado policial), el art. 779.1.5<sup>a</sup> LECrim permite el llamado «reconocimiento de hechos» del acusado ante el Juez de instrucción, que en caso de cumplirse los requisitos del art. 801 en cuanto al límite de pena desembocan en la conformidad premiada reconocida en dicho precepto. Se trata con ello de estimular la conformidad temprana –pues cuanto antes se produzca mayor será su utilidad desde el punto de vista del ahorro de recursos públicos y molestias de todo tipo a los involucrados en el proceso–, permitiendo la importante rebaja del tercio de la pena solicitada. En potenciar esta vía se centraba el ya citado Protocolo de 1 de abril de 2009, suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía, y la Instrucción de la FGE subsiguiente (2/2009), aunque con resultado, por lo que

<sup>31</sup> El art. 801 LECrim limita esta posibilidad a que 1) el delito objeto de acusación no tuviere prevista pena superior a tres años de prisión, pena de multa de cualquier cuantía o pena de distinta naturaleza no superior a 10 años; 2) que la pena, en caso de ser de prisión, no supere (una vez reducida en un tercio), los dos años –es indiferente que la pena así reducida quede por debajo del límite mínimo del marco abstracto–. La sentencia se dictará en el acto, lo mismo que la decisión sobre la suspensión, para la que bastará «el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles (...) en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije». Importa también recordar que de acuerdo con el art. 795 LECrim el procedimiento abreviado solo es aplicable (aparte del límite de pena no superior a cinco años) si el procedimiento se ha incoado en virtud de atestado policial, siempre que se trate además de delitos o bien flagrantes, o bien de instrucción sencilla, o bien constitutivos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal; hurto; robo; hurto y robo de uso de vehículos; contra la seguridad del tráfico; daños del art. 263 CP; contra la salud pública del tipo atenuado del art. 368 2.º CP, o delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 CP.

<sup>32</sup> Muy claro al respecto GASCÓN INCHAUSTI, «La reforma del proceso penal español por Ley Orgánica 8/2002 y por Ley 38/2002 de 24 de octubre: “juicios rápidos” y nuevo juicio de faltas», *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, (3), 2004, pp. 193 ss., p. 209.

<sup>33</sup> Así lo entiende el TS en STS 422/2017, Penal, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2354), donde la califica de «atenuante privilegiada con una eficacia especial».



parece, menos exitoso de lo deseado (para frustración de una FGE que año tras año insiste en sus Memorias en la conveniencia de «generalizar la previsión legal establecida en el art. 779.5 LECrim»<sup>34</sup>); desde el punto de vista de un acusado que se considera inocente o con posibilidades de una buena defensa, parece lógico esperar a la conclusión de la instrucción para valorar –solo si esta concluye con el decreto de apertura del juicio oral– la conveniencia de conformarse.

## 2.2. Conformidades con negociación (en procedimiento ordinario por delitos graves, procedimiento abreviado y juicios por jurado). La difícil cognoscibilidad de la verdadera rebaja negociada

La modalidad más habitual de conformidad es la que se presta en el procedimiento abreviado, prevista en los arts. 784.3 y 787 LECrim, aunque como ya se ha señalado también puede operar en el procedimiento ordinario (arts. 655 a 700) y en los juicios por jurado (art. 50 LOTJ). Importa recordar que la limitación respecto de la pena de 6 años (pena máxima que se puede solicitar con la que cabe conformarse<sup>35</sup>) no ha de ser entendida en el sentido de que solo quepan conformidades respecto de delitos que no puedan superar esa pena. La práctica habitual (mucho más frecuente que la alternativa de que desde un principio acusación y defensa presenten un escrito conjunto en un momento anterior) es que la conformidad se preste en el momento de inicio del juicio oral, una vez modificado, como consecuencia de la negociación, el escrito de acusación inicial; nada impide por tanto que la conformidad opere con respecto a delitos con pena abstracta mucho más elevada, y respecto de los que inicialmente se hubiera solicitado mucho más de seis años, siempre que se respete dicho límite en la pena *finalmente* solicitada y conformada<sup>36</sup>. Cuestión distinta, como se señalaba en la introducción de este trabajo, es que dicho tope legal se respete realmente en la práctica.

La tarea de desentrañar la operatividad real de esta clase de conformidades se ve enormemente dificultada por la opacidad en que se desenvuelve (una de las características que sus detractores suelen destacar y que como después mencionaremos constituye una de las «debilidades constitucionales» del instituto), que vela al observador externo aspectos esenciales cuyo conocimiento sería determinante para poder valorarla con realismo. A no ser que se haya sido parte en el proceso (o que excepcionalmente se haya producido una cobertura mediática que haga pública dicha información), con la lectura de una sentencia no es posible conocer cuáles eran la calificación y la petición de pena inicialmente pretendidas, lo que impide calibrar, para empezar, hasta qué punto se incurrió en el famoso *overcharging* o «sobreacusación» con el fin de forzar más fácilmente la conformidad.

<sup>34</sup> Memoria FGE, 2023, Capítulo IV, apdo. 1.1.9.1.

<sup>35</sup> Respecto de las personas jurídicas no existe, en cambio, límite máximo de pena conformable, lo que no ha impedido que, en consonancia con la exclusión de las penas más graves vigente para las personas físicas, la pena de disolución suela considerarse no conformable (entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Análisis jurisprudencial de las conformidades en los procesos penales», en GÓMEZ-JARA DÍEZ *et al.* [coords.], *LH Maza Martín*, 2018, pp. 319 ss., 325).

<sup>36</sup> De ahí que sencillamente no se corresponda con la práctica ya muy asentada el argumento de la STS 767/2013, Penal, de 25 septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4998), según el cual la solicitud inicial de unas penas superiores a 6 años «hacían inviable, por tanto, cualquier acuerdo que permitiera un desenlace consensuado entre las partes, como expresión de una justicia pactada que, por su propia naturaleza, es inidónea para el enjuiciamiento de delitos de especial gravedad, como el que iba a ser objeto de enjuiciamiento». Como más adelante se comprobará, son absolutamente corrientes las conformidades en delitos graves contra la libertad sexual –como el enjuiciado en la sentencia– inicialmente conminados con penas muy elevadas. Cuestión distinta, por supuesto, es que, como dice el Tribunal, la gravedad de los delitos y sus consiguientes penas inciden en la idoneidad del instrumento.

Solo en algunos casos mediáticos puede conocerse, por informaciones de prensa, la calificación y pena inicialmente solicitadas por la Fiscalía. La consulta de sentencias de conformidad proporciona, por tanto, solo una lectura parcial de la realidad, de modo que los análisis empíricos a los que antes nos referíamos obviamente requieren el contacto con operadores jurídicos dispuestos a aportar una visión más completa.

Por otro lado, dada la esencia misma de la figura (una declaración de hechos probados pactada) al observador puede serle muy complejo discernir cuál es el verdadero beneficio que para un acusado –partamos ahora de un acusado culpable– se ha derivado del mero dato de haberse conformado. Solo cabe deducirlo a partir de los únicos hechos probados de que se dispone (los que han sido objeto de conformidad), y del tipo penal en el que encajan (el conformado), para valorar después hasta qué punto se han aplicado las atenuantes propias del contexto de la conformidad (reparación, confesión, otras posibles) y con qué efectos (simple o cualificado). Pero a nadie se le escapa que a menudo la cuestión se halla en el propio pacto sobre los hechos mismos, que pueden presentarse del modo necesario para acomodarlos a la calificación y la pena pretendidas, ya sea en sí mismos o con el añadido de ulteriores circunstancias modificativas<sup>37</sup>.

### 2.3. Pacto sobre la pena y articulación formal

En las conformidades negociadas la regulación procesal española deja completamente abierto a los operadores jurídicos el modo de articular el pacto hasta llegar al objetivo pretendido<sup>38</sup>; el control judicial del pacto de conformidad ha de constatar únicamente que calificación jurídica y

---

<sup>37</sup> Afirman con rotundidad la frecuencia del pacto sobre los hechos, CÓRDOBA RODA, «Las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho», *Diario La Ley*, (7898), 2012, p. 4; LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, *InDret*, 3/2018, p. 10, o, en tono especialmente crítico, DEL MORAL GARCÍA, *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, *passim*. Sirva de ejemplo la antes citada SAP Palencia 1/2015, de 3 julio (ECLI:ES:APP:2015:142), un supuesto de conformidad contraria al art. 50 LOTJ, cuyos telegráficos hechos probados acordados («Luisa acudió al domicilio de Horacio y entre las 23:00 horas del día 18 y la 01:00 de la madrugada del día 19 con intención de acabar con su vida, repetidamente y hasta que lo consiguió, le clavó un cuchillo en 42 ocasiones, causándole heridas en cabeza, cuello y tórax. Heridas que afectaron a órganos vitales y a consecuencia de las cuales murió Horacio») se acomodan a la calificación de homicidio doloso sin circunstancias con pena de 10 años de prisión. Huelga decir que el pacto sobre los hechos excluye cualquier referencia a la modalidad del ataque o el sufrimiento experimentado por la víctima, que pudieran generar dudas en cuanto a la calificación como asesinato por alevosía o ensañamiento, una baza con la que es imaginable que jugara la acusación para obtener la conformidad.

Ciertamente, como se apunta en el texto, las posibilidades del pacto sobre hechos varían en función del tipo de delito y la fortaleza de los indicios de prueba con que se cuente en fase de instrucción; pero incluso en aquellos en que pueda parecer más complejo, una decidida voluntad *pro* pacto de la Fiscalía puede encontrar resquicios para ello. Así, en el delito fiscal, donde la intervención de la Agencia Tributaria parece dificultar el pacto sobre hechos en la medida en que aporta una carga probatoria indudable, la presencia de elementos normativos en los criterios de cálculo de la cantidad defraudada pueden dar lugar a un acuerdo sobre su interpretación que modifique a la baja este elemento fáctico fundamental, como sucedió, por ejemplo, en el caso *Ronaldo* (crítico con la sentencia de conformidad y las penas «extraordinariamente generosas» que a su juicio no satisfacen las necesidades sobre todo preventivo-generales, CARDENAL MONTRAVETA, «La respuesta del Derecho penal a los delitos fiscales de Cristiano Ronaldo (y de otros)», *La Ley Penal*, (136), 2019, pp. 1-8, trabajo en el que se citan otras sentencias de conformidad en delitos fiscales por cuantías muy elevadas, que concluyen con la suspensión de la pena de prisión. *Vid.* igualmente CUGAT MAURI, en GARCÍA ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, pp. 347 ss.

<sup>38</sup> Resulta muy expresiva la STS 938/2008, Penal, de 3 diciembre (ECLI:ES:TS:2008:7275): «Como es práctica usual en el foro (...) la conformidad en un determinado relato inculpativo y en las consecuencias penales y civiles derivadas de él, no surge de forma espontánea, sino que es el fruto de una expresa negociación entre el Ministerio Fiscal y otras acusaciones que pueden existir con la defensa. En aras a conseguir tal conformidad, es normal que acusadores y acusados, dentro del respeto al principio de legalidad, traten de acercar posiciones, rebajando las acusaciones sus peticiones, ya en relación a la calificación jurídica, concurrencia de agravantes o admisión de atenuantes con evidente incidencia en la pena a solicitar».

pena son acordes al principio de legalidad, lo que en la inmensa mayoría de los casos se reduce a comprobar si –siempre a partir de los hechos conformados– la pena alcanzada es matemáticamente posible con la calificación acordada.

Al margen del control por el juzgador del carácter voluntario e informado de la decisión (que en caso de suscitarle dudas le obliga a ordenar la continuación del juicio *ex art. 787.4 LECrim*), en caso de que «considerare incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente» tiene como es natural vedado modificarla y sustituirla por una pena superior en la propia sentencia de conformidad, lo que vulneraría tanto el principio acusatorio como el de contradicción<sup>39</sup>. En tales supuestos, el art. 787.3 LECrim establece que se ha de requerir a la parte para que manifieste si se ratifica o no en su calificación, y, en caso de ratificación, el juez ha de ordenar la continuación del juicio, con los problemas de cara a la imparcialidad derivados de ser conocedor de la conformidad que él mismo anula (precisamente para evitar esta contaminación, por cierto, los distintos proyectos de regulación del instituto obligan a que el juez que controla la conformidad sea distinto del eventualmente llamado a enjuiciar el caso). Aunque el precepto no diferencia entre ambas posibilidades, el procedimiento descrito se interpreta en el sentido de vedar una calificación más grave; sí que resulta posible al juez, en cambio, apreciar de oficio una calificación más benévola o incluso absolver, y resultaría del mayor interés conocer –como se decía al principio de este trabajo– hasta qué punto esta posibilidad de control se ejerce efectivamente<sup>40</sup>.

Los cauces para lograr el efecto atenuatorio con el que la defensa accede a conformarse son así múltiples: previo pacto que matice los hechos, en su caso, para que estos puedan acomodarse a la calificación y la pena acordadas, cabe la renuncia de la Fiscalía a acusar por un determinado delito o a solicitar una pena facultativa; la acusación por un tipo menos grave que el inicialmente sugerido (sea con un cambio de figura delictiva o descartando un subtipo agravado); dejar de solicitar una agravante genérica o la apreciación de delito continuado; matizar el grado de intervención (en los últimos años se ha incrementado, por ejemplo, la antes casi inviable apreciación de complicidad en los delitos de tráfico de drogas); calificar por concurso medial o ideal en lugar de real en casos de pluralidad delictiva; o, en fin, pactar la apreciación de alguna atenuante que permita justificar la imposición de la pena mínima del delito por el que se acusa (por ejemplo, una interpretación especialmente laxa de las dilaciones indebidas, circunstancia frecuente en las conformidades y cuya imprecisa redacción –«extraordinaria», «indebida», «complejidad de la causa»– se presta perfectamente a convertirla en factor de negociación) y/o un régimen especialmente generoso en la suspensión de la condena<sup>41</sup>. Cuando se pacta el límite inferior del marco penal, la tendencia jurisprudencial a imponer las penas mínimas aun sin atenuantes permitiría hasta cierto punto (no, por ejemplo, si concurre una agravante que es necesario compensar) prescindir del recurso a una atenuante genérica, pero aun así es frecuente que se incluya (especialmente, la reparación y la confesión tardía) para apuntalar mejor la pena conformada.

---

<sup>39</sup> Entre otras, STS 211/2012, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:2200), o STS 188/2015, Penal, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1389).

<sup>40</sup> Un amplio repaso a la jurisprudencia del TS al respecto, no siempre uniforme, puede encontrarse en DEL MORAL GARCÍA, en RIVES SEVA (dir.), *La prueba en el proceso penal*, t. I, 2021, pp. 703 ss. Especialmente tortuoso resulta el control de la conformidad en el caso resuelto en STS 606/2007, Penal, de 1 de junio (ECLI:ES:TS:2007:5053).

<sup>41</sup> Por más que el acuerdo sobre la suspensión corresponda siempre al Juez, en los delitos de tráfico de drogas del art. 368 ss. resulta esencial en la negociación la apreciación de la dependencia que permita atenuar la pena (incluso con el efecto privilegiado del art. 376, párrafo segundo) y determinar la entrada en juego del art. 80.5 CP (suspensión de penas de hasta cinco años).

Al margen de todo lo anterior, sin embargo, en muchas ocasiones la pena pactada<sup>42</sup> solo puede alcanzarse merced a una rebaja en grado (con frecuencia, en dos) del marco abstracto de pena del tipo por el que se califica, lo que sí requiere la combinación de dos atenuantes o la apreciación de una muy cualificada (art. 66.1.2ª)<sup>43</sup>. Pues bien, como cualquier estudio de sentencias de conformidad permite comprobar, el enorme grado de arbitrio judicial en la determinación de la pena propiciado por esta regla penológica –excesivo o no es otra cuestión– es plenamente aprovechado por acusaciones y defensas en el contexto de la conformidad, pues permite que reducciones de pena de gran importancia superen el posterior control de legalidad encomendado al tribunal. Es en este contexto donde el juego de las atenuantes de confesión (art. 24.4ª CP) y sobre todo de reparación (art. 24.5ª) deviene esencial, puesto que (al menos en la interpretación doctrinal y jurisprudencial hoy consolidada como claramente mayoritaria) las dos atenuantes que recogen el comportamiento postdelictivo positivo se prestan a ser «construidas» a lo largo del proceso –y a utilizarse por una defensa hábil del modo que dentro de ese interregno más favorezca los intereses del acusado–<sup>44</sup>, lo que las convierte, como veremos posteriormente, en recursos idóneos para cumplir esa función instrumental en la justificación de la pena negociada como acorde a la legalidad.

Dentro de este contexto de negociación y enorme flexibilidad en la fijación de la pena, no parece tener mucho sentido mantener la regla de que la rebaja aplicada a una de las penas acumulativamente previstas en el tipo ha de aplicarse imperativamente a las restantes (STS 754/2009, Penal, de 13 de julio [ECLI:ES:TS:2009:4715], que expresamente señala que el Fiscal y las partes pueden alcanzar «cualquier acuerdo», pero siempre que la penalidad acordada se acomode a «los cánones dosimétricos imperativamente establecidos en el Código»).

Esta extraordinaria flexibilidad del sistema español favorece un rasgo presente, si no en todas, sí –en lo que se nos alcanza– en la mayoría de las conformidades: la dificultad de individualizar en qué medida ha beneficiado al acusado el hecho de conformarse. Dejando ahora al margen el beneficio que pueda suponer el pacto sobre los hechos (incognoscible para quien no ha sido parte en el proceso), el beneficio «individualizable» por el mero hecho de conformarse solo aparece claro cuando se aplica la atenuante (analógica) de confesión tardía, directamente conectada con esa aportación de utilidad<sup>45</sup>. Respecto de todo el resto de elementos que concurran en la calificación con una incidencia en la pena, apreciar el grado en que benefician al reo requiere verificar hasta qué punto se ha producido una interpretación «generosa», algo muy evidente en algunos casos (por ejemplo, aplicar la complicidad en delitos de tráfico de drogas) pero no en muchos otros.

---

<sup>42</sup> Huelga insistir en la importancia para la defensa de alcanzar la pena de dos años de prisión, aunque no solo esta, siempre que deje abiertas posibilidades de suspensión; véase p. ej. la SAP Barcelona 39/2021, Sección 5ª, de 12 de enero (ECLI:ES:APB:2021:1098), en la que se imponen dos años por cada uno de los dos abusos sexuales cometidos, con suspensión del ingreso al amparo del art. 80.3 CP.

<sup>43</sup> No queda excluida tampoco la posibilidad de eximentes incompletas, lo que genera cierta inquietud en el caso de la semiimputabilidad (*vid. infra* 3), que al menos en lo que se refiere a la anomalía mental del art. 21.1 CP no parece un elemento apropiado para ser objeto de negociación.

<sup>44</sup> ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, *passim*, desde una perspectiva muy crítica con el enfoque doctrinal y jurisprudencial mayoritario de ambas atenuantes, con y sin recurso a la conformidad.

<sup>45</sup> Sobre ello con mayor detalle, *infra* 4.

### 3. Algunas consideraciones de constitucionalidad

#### 3.1. Reparos de constitucionalidad *ad intra* y *ad extra*

En la discusión inabarcable sobre su legitimidad desde el punto de vista constitucional, la justicia negociada ha recibido todo tipo de objeciones. Las más comunes se refieren, obviamente, a los derechos del imputado en un proceso penal (lo que cabría calificar de objeciones *ad intra*): presunción de inocencia, derecho a no confesarse culpable o el derecho a un juicio público con todas las garantías; considerarlos renunciables por parte de quien sabiéndose culpable se conforma libremente para obtener con ello una ventaja en términos de pena no obsta al carácter constitucionalmente problemático de la figura respecto de quienes por razones de diverso signo se conforman sabiéndose inocentes o aquellos que –a pesar de contar con cierto grado de posibilidades de salir absueltos o con una pena menor a la pactada– aceptan el pacto por temor a una condena superior a la ofrecida<sup>46</sup>. La idea de que la conformidad supone en realidad un castigo para quien decide ejercer su derecho al juicio constituye también, por su parte, una de las objeciones habituales a la figura. De ellas nos ocuparemos enseguida con algo más de detalle, al comentar si y cómo han sido tratadas por nuestra jurisprudencia constitucional.

Al margen de lo anterior, la figura de la conformidad suscita objeciones constitucionales, por así decirlo, *ad extra*, que van más allá de la afectación de los derechos procesales del imputado. Así, por ejemplo, se ha puesto en cuestión su encaje con la propia división de poderes, ya sea por el poder casi ilimitado que se deposita en la Fiscalía para adoptar las decisiones clave en materia penal sin ningún control efectivo –una crítica que se agudiza en los ordenamientos en que su poder para negociar se potencia con una operatividad sin límites del principio de oportunidad<sup>47</sup>–, ya sea en lo que su actividad tiene de ejercicio de funciones cuasi jurisdiccionales<sup>48</sup>; una asunción de funciones que agrava más, si cabe, el problema de base que ya supone la generalización de una deficiente técnica legislativa (disminución de la taxatividad de los tipos, excesiva amplitud de los marcos penales, problemas de *bis in idem*, etc.) ante la que el intérprete judicial asume cada vez más un papel de pseudo-legislador. No parece tampoco menor la objeción relativa a su opacidad, problemática en términos constitucionales tanto por lo que se refiere al secretismo de las negociaciones (que pese a ese carácter cuasi jurisdiccional escapan, por lo que al ordenamiento español se refiere, a la exigencia de publicidad del art. 120.1 CE) como por la casi absoluta falta de motivación de las sentencias, difícilmente cohonestable con la exigencia derivada del art. 120.3 CE. Es verdad, ha de admitirse, que la conformidad del acusado

<sup>46</sup> Sobre los distintos motivos de la conformidad del inocente resulta esencial el ya citado trabajo de LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, *InDret*, (3), 2018, pp. 13-20, que los sintetizan en tres: para evitar el riesgo de una condena grave, para evitar los costes inherentes al proceso, y para evitar costes a terceros.

<sup>47</sup> Como sucede en Estados Unidos, pero no entre nosotros. Relevante BARKOW, «Separation of Powers and the Criminal Law», *Stanford Law Review*, (58), 2006, pp. 989 ss., 1044 ss.

<sup>48</sup> Por todos, recientemente, VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ MANRIQUE, *InDret*, (1), 2022, pp. 313-314; en relación con delitos de corrupción, RODRÍGUEZ GARCÍA, «Hacia la maximización del principio de oportunidad en los procesos penales por hechos de corrupción», en CALAZA LÓPEZ/MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, 2020, pp. 397 ss., 408-409. Al margen de que no las formule en tono crítico, sino al contrario, resulta interesante la descripción realizada por el Juez LYNCH en un conocido trabajo, según la cual el proceso del *plea* no constituye una mera negociación descarnada, sino un debate de fondo entre defensa y fiscalía sobre los elementos fácticos, posibles argumentos favorables, etc., lo que lo acerca a un verdadero enjuiciamiento (LYNCH, «Screening Versus Plea Bargaining: Exactly What Are We Trading Off?», *Stanford Law Review*, [55], 2003, pp. 1399 ss., 1403-1404). Aunque se trata de unas reflexiones breves, parece cercana a esta idea la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (4), 2010, pp. 1-2, de alejar las conformidades de una mera lucha estratégica en la que el Derecho penal sustantivo se utilice simplemente para vestir el acuerdo, para articularlas como «escenarios de debate sobre el Derecho aplicable en marcos de incertidumbre fáctica».

permitiría hasta cierto punto prescindir de estas exigencias en lo que tienen de garantía de sus propios derechos –en este particular contexto la motivación no despliega su esencial función de garantía de la presunción de inocencia, ni opera su conexión con el derecho de defensa y la posibilidad del recurso del art. 24 CE<sup>49</sup>–, pero no ocurre lo mismo con la otra función (extraprocesal, institucional o *erga omnes*, como se quiera llamarla) derivada de ambas exigencias, que conectan con la confianza de la comunidad en los Tribunales –convirtiéndose en condición de legitimidad de la administración de Justicia<sup>50</sup>– y con el propio control del ejercicio arbitrario del poder (lo que implica como destinatarios de las sentencias a todos los integrantes de la comunidad jurídica, y no solo a las partes<sup>51</sup>).

### 3.2. Breve apunte de Derecho comparado. La jurisprudencia constitucional norteamericana como punto de referencia

En vivo contraste con este señalado carácter «sospechoso» para el delicado conjunto de garantías que informan el proceso penal, las jurisdicciones constitucionales –y también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– comparten un enfoque en principio deferente con la figura, en gran parte explicado por la ya mencionada consolidación como pieza clave del funcionamiento de sus respectivos sistemas de justicia. Aunque las importantes diferencias de articulación en los distintos ordenamientos exigen prudencia a la hora de realizar afirmaciones generales, puede decirse que las jurisdicciones constitucionales aceptan la premisa de que, siempre que se trate de una decisión voluntaria e informada del acusado, no repugna a las exigencias constitucionales la compensación con algún tipo de beneficio (sujeto a diversos grados de negociación) al acusado que renuncia al ejercicio del derecho al juicio y a la práctica de la prueba (orientada, con todo lo discutible del concepto, a la fijación de la verdad material) que este comporta. A partir de aquí, los pronunciamientos de jurisdicciones constitucionales en Alemania, Italia o Francia han introducido condiciones o matices interpretativos a sus respectivas normativas reguladoras<sup>52</sup>; algo que, como veremos, no se ha producido en nuestro país, pues no contamos con ningún

<sup>49</sup> Y es de esta dimensión de la que parte la STS 511/1998, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:1998:2385), al afirmar que «resulta incongruente que se impugne la fundamentación de una sanción impuesta en una sentencia de conformidad, dado que la propia conformidad exime a la Sala sentenciadora de una motivación detallada»; cfr. STS 489/2006, Penal, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2006:2839), que se muestra algo más exigente sobre una sentencia de conformidad que «carece en absoluto de motivación. Si bien hemos dicho que en los casos de conformidad la motivación puede ser más sintética, no se puede prescindir de ella de manera tan drástica como ha hecho la presente resolución».

<sup>50</sup> Por todas, STC (Sala 1<sup>a</sup>) 96/1987, de 10 de junio (BOE núm. 152, de 26 de junio de 1987), FJ 2.

<sup>51</sup> Sobre esta dimensión extraprocesal de la exigencia de motivación, ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, (12), 1992, pp. 257 ss., 261. Resulta difícil asumir que sentencias en las que se condena a penas de prisión de varios años se liquiden con un breve párrafo de exposición de hechos, unas líneas en las que se informa que la calificación acordada es conforme con la legalidad, y poco más (las exigencias de publicidad y motivación son en cambio mucho mayores en la regulación alemana).

<sup>52</sup> Sobre la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de marzo de 2013 –y las varias del Tribunal Supremo anteriores a la regulación de la figura por la ley de 2009– resulta muy ilustrativo el detallado comentario de WEIGEND/IONTCHEVA, «The constitutionality of negotiated Criminal Judgements in Germany», *German Law Journal*, (15-1), 2014, pp. 1 ss.; sobre los pronunciamientos de la Corte francesa y del TEDH, útil CZERWIŃSKA, «The role of the constitutional courts and ECtHR in shaping negotiated justice mechanisms – a comparative perspective», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, (8-1), 2022, pp. 115 ss. Varias sentencias de la más restrictiva *Corte Costituzionale* italiana (con la sentencia seminal de 2 de julio de 1990, que condiciona la legitimidad constitucional de la figura a un control judicial efectivo de la legalidad del pacto, que ha de reflejarse de modo motivado en la sentencia) son comentadas por CHOZAS ALONSO, «La conformidad penal española y el patteggiamento italiano», *La Ley Penal*, (104), 2013, pp. 1 ss., 14-6; sobre la muy interesante evolución reciente de la cuestión en Italia y el papel decisivo que en ella ha desempeñado la *Corte Costituzionale* volveremos –aunque no pueda tratarse en profundidad– en el último apartado de este trabajo, donde se destacarán aquellos extremos relevantes para nuestras conclusiones.

pronunciamiento específico del TC sobre la compatibilidad constitucional de la figura ni de su regulación en la LECrim. Tampoco la jurisprudencia del TEDH resulta de gran orientación para nuestro sistema, pues –presupuesta la renunciabilidad del derecho del art. 6 CEDH– su análisis se limita a las condiciones de voluntariedad de la decisión, en una línea que ha sido además acertadamente criticada por no conceder el peso adecuado, en la valoración del carácter coercitivo de la oferta de conformidad, al contexto y la fiabilidad del sistema de justicia en que se presta<sup>53</sup>.

En el caso del país más influyente en toda esta materia, Estados Unidos, el enfoque del sistema de *pleas* –que ya en el momento de los primeros pronunciamientos constituía una práctica asentada en la penumbra derivada de una completa falta de regulación– puede considerarse, de hecho, enormemente deferente: a pesar de sentencias anteriores sobre confesiones «premiadas» y de algún precedente a finales de los años sesenta que parecían apuntar en otro sentido<sup>54</sup>, en los años setenta –a partir sobre todo de la sentencia *Brady*– se consolida la idea de no considerar constitucionalmente ilegítimo el hecho de que las ofertas y la consiguiente presión ejercida por la Fiscalía persigan como objetivo la renuncia al ejercicio del derecho fundamental a la celebración del juicio<sup>55</sup>; sobre esta premisa, el análisis del Tribunal Supremo norteamericano se ha reducido fundamentalmente al examen de la voluntariedad de la decisión y su carácter informado. El estándar tan laxo utilizado especialmente en la valoración de la primera, que solo se considera excluida por el empleo directo de coerción o en casos claros de engaño, constituye sin embargo un cedazo tan amplio que pocas veces actúa como filtro –elementos como la magnitud de la pena que se corre el riesgo de recibir en caso de ir a juicio<sup>56</sup>, o la enorme desproporción entre la pena posible en ese caso y la que se ofrece en el pacto<sup>57</sup>, no se han

<sup>53</sup> Véase *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, de 29 de abril de 2014, sometida a detenida crítica por BACHMAIER WINTER, «Justicia negociada y coerción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del TEDH», *Revista General de Derecho Procesal*, (44), 2018, pp. 1 ss. Vid. igualmente *Navalnyy and Ofitserov v. Russia*, de 23 de febrero de 2016, § 100.

<sup>54</sup> Especialmente interesante por lo que afecta al efecto desaliento de toda esta construcción, *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968). La sentencia declaró inconstitucional la ley federal que para el delito de secuestro sin liberación de la persona preveía la pena de muerte si la condena era resultado de un juicio por jurado, pena que en cambio no podía imponerse si aquella procedía de un *guilty-plea* o de un *bench trial*. Excluido por el Tribunal que el único objetivo y efecto de la disposición radicara en el desaliento del ejercicio del derecho fundamental al juicio a través de la penalización indirecta de su ejercicio –en cuyo caso, se precisa, sí resultaría constitucionalmente inadmisibles–, y admitido que también se persiguiera el objetivo (garantista para el reo) de reservar la condena de muerte únicamente a juicios con jurado, la sentencia ancló la inconstitucionalidad no en el carácter necesariamente coercitivo de las ofertas de *plea* en este contexto, sino en la innecesariedad de promover la renuncia a un derecho fundamental como medio para conseguir el objetivo señalado. Sobre la compleja relación entre esta fundamentación de *Jackson* y las sentencias *Brady* y posteriores, detalladamente, BECKER, «Plea Bargaining and the Supreme Court», *Loyola and Los Angeles Law Review*, (21), 1988, pp. 757 ss., 790-799. Un resumen de la jurisprudencia previa a *Brady* puede encontrarse en RODRÍGUEZ-GARCÍA/MACHADO DE SOUZA, «La justicia negociada en el sistema penal de Estados Unidos: mitos y realidades», *Revista General de Derecho Procesal*, (55), 2021, pp. 11 ss., 7-18.

<sup>55</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), o *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971) –que da la razón al demandante al no haber respetado el acuerdo la Fiscalía–. A pesar de que en otros contextos el TS estadounidense ha considerado constitucionalmente inadmisibles condicionar una oferta de los poderes públicos a la renuncia de un derecho fundamental (la que suele etiquetarse como «doctrina de las condiciones inconstitucionales»), el *plea-bargaining* es tratado como un supuesto *sui generis* en el que se separa de esta línea; sobre ello, ampliamente, BECKER, *Loy. L.A. L. Rev.*, (21), 1988, 787 ss.

<sup>56</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970): el temor a una pena más alta de no aceptarse el pacto ofrecido por la Fiscalía no convierte la oferta en coercitiva, ni siquiera cuando se arriesga la pena de muerte; *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970); *Parker v. North Carolina*, 397 U.S. 790 (1970).

<sup>57</sup> *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 364 (1978): si el acusado es libre de aceptar o rechazarla, es admisible la oferta del Fiscal de recomendar al juez la imposición de una pena de cinco años amenazando, para el caso de no

estimado de entidad suficiente como para calificar la oferta de (indirectamente) coercitiva-. Por lo que se refiere a la falta de información, se ha considerado que no satisface el estándar constitucionalmente exigible, por ejemplo, el *guilty-plea* prestado por quien desconocía que implicaba su deportación<sup>58</sup>, aunque solo si se pudiera probar que con la información o el consejo adecuado se hubiera optado por ir a juicio.

En tiempos relativamente recientes se ha producido un giro extremadamente interesante en la jurisprudencia norteamericana, en una línea de cierto mayor control constitucional (siempre limitado) del sistema de *pleas*. A diferencia de la perspectiva tradicional, que siempre había implicado casos de aceptación de la oferta de la Fiscalía y por tanto de una *renuncia al derecho fundamental a un juicio* por jurado cuya voluntariedad o carácter informado es lo que se pone en cuestión –de tal manera que el derecho constitucional vulnerado sería el derecho al juicio por jurado reconocido en la VI Enmienda–, en dos sentencias de gran repercusión dictadas en 2012 el Tribunal se pronunció (en ambos casos en sentido favorable al recurso) sobre dos supuestos en los que la oferta de la Fiscalía *había sido rechazada por el acusado*, y en los que se alegaba que una actuación deficiente de la defensa –vulneradora del derecho al *assistance of counsel* de la VI Enmienda– no le había permitido aceptar una oferta que le hubiera resultado más ventajosa que la pena que finalmente le fue impuesta en el juicio<sup>59</sup>. La mera posibilidad de que un asesoramiento defectuoso pueda implicar la vulneración de derechos fundamentales en este tipo de supuestos plantea multitud de cuestiones propias del sistema legal norteamericano de las que no resulta posible ocuparnos aquí (la necesidad de probar un perjuicio, cuál haya de ser el estándar de valoración de la deficiencia del asesoramiento, o cómo articular el remedio más adecuado en caso de que un tribunal posterior al juicio aprecie ese *defective counsel*). Pero al margen de todas ellas, la contraposición argumental entre la opinión mayoritaria por el juez KENNEDY en *Lafler* y el voto disidente del juez SCALIA plantea una cuestión a mi juicio de interés, y en cierta medida, como después veremos, extrapolable a nuestro ordenamiento: ¿dónde estriba el perjuicio –primer elemento exigido para la vulneración del derecho– cuando la condena recibida por el acusado procede precisamente del juicio?

SCALIA rechaza de plano que la imposición de la pena derivada del juicio ante el jurado pueda vulnerar derechos del imputado: sea cual sea la condena, no cabe apreciar lesión alguna cuando, en puridad, se ha impuesto la pena legalmente prevista en un juicio con todas las garantías; esta última pena es identificada como la «merecida» o «justa», mientras que el castigo menor que se hubiera derivado del pacto constituye una pena rebajada (a la que, viene a decirse, no se tiene derecho *per se*)<sup>60</sup>. Esta afirmación –que en principio parece razonable– es sin embargo puesta en duda por la mayoría, con el argumento (frecuente en la doctrina norteamericana, pero cuando menos llamativo en boca del Tribunal Supremo) de que la enorme severidad en las penas propia

---

aceptarse, con solicitar (dada la aplicabilidad de una ley de «*three strikes and you're out*» al tratarse de un tercer delito) cadena perpetua.

<sup>58</sup> *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010).

<sup>59</sup> *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012) –aconsejado por su abogado, que le aseguraba que no podría probarse el dolo homicida en su conducta, el recurrente rechazó el acuerdo ofrecido por la Fiscalía y fue condenado en juicio a una pena tres veces y media más alta que la ofertada– y *Missouri v. Frye*, 566 U.S. 134 (2012) –tras no haber podido conformarse con una oferta de la Fiscalía que no le fue comunicada por su abogado, el recurrente resultó condenado en juicio a una pena superior a la ofertada–.

<sup>60</sup> *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012), voto discrepante de SCALIA. Con la sentencia, lamenta irónicamente el juez, el TS «ha elevado el *plea bargaining* de mal necesario a derecho constitucional», concibiendo el papel del Estado en el sistema de justicia como el de «un diligente croupier de casino, que da a cada jugador una oportunidad justa de ganar a la casa, es decir, de obtener menos condena de la que la ley dice que merece. Y cuando el jugador es excluido de las mesas, sus derechos constitucionales han sido violados».



de su ordenamiento no refleja el castigo proporcionado, sino que responde al objetivo de servir de medio de presión en el sistema de *pleas*, de tal modo que el haber sido impuestas en juicio no las convierte en las penas justas<sup>61</sup>. Dicha premisa, unida a la apreciación de que el sistema de justicia penal real norteamericano ya no es hoy el juicio por jurado sino el propio *plea-bargaining*, justifica según la sentencia *Frye* que sea en la negociación misma donde hayan de focalizarse las garantías, y permite atribuir relevancia constitucional a un *defective counsel* que a la postre –viene implícitamente a decirse– ha impedido obtener no ya una rebaja, sino la pena realmente más justa y acorde con el hecho cometido<sup>62</sup>. Más adelante habremos de volver sobre esta cuestión.

### 3.3. Problemática constitucional de la conformidad en el ordenamiento español

Teniendo en cuenta los múltiples aspectos problemáticos de la conformidad desde una perspectiva constitucional, y si consideramos además la enorme envergadura que su práctica ha cobrado en nuestro sistema y las penas tan elevadas que llegan a acordarse, resulta sorprendente el escasísimo número de casos en que ha sido objeto de atención por el TC. No es solo que no exista ningún pronunciamiento sobre la constitucionalidad de su regulación (como sí los ha habido en Estados Unidos, Francia, Italia o Alemania), sino que prácticamente no existen tampoco sentencias resolutorias de recursos de amparo. En lo que sigue examinaremos las cuestiones más fundamentales desde esta perspectiva (dejando al margen alguna ya mencionada más arriba, como la relativa a la falta de motivación de las sentencias) para comentar el modo en que han sido abordadas por el TC o por el TS, y para (aun cuando no lo hayan sido) ofrecer algunas ideas fundamentales sobre en qué medida nuestro ordenamiento favorece ciertos «riesgos constitucionales» en relación con la conformidad.

#### a. *El castigo por juicio como vulneración del derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable*

Solo en una ocasión ha abordado el Tribunal directamente una de las desventajas que con mayor frecuencia se achacan a la institución: la de hacer recaer en el imputado algún tipo de coste por no haberse conformado (lo que los anglosajones suelen denominar «castigo por juicio»)<sup>63</sup>. Aunque habitualmente esta cuestión suele enfocarse en la repercusión sobre la pena impuesta, es obvio que puede también plantearse en relación con cualquier decisión del juzgador que incida sobre derechos del imputado, como la concesión de la libertad condicional: en el caso objeto del recurso, la sentencia estima inconstitucional –«a todas luces manifiestamente irrazonable y

<sup>61</sup>*Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012), B. La idea puede encontrarse por ejemplo en BARKOW, *Stan. L. Rev.*, (58), 2006, p. 1034 («those who do take their case to trial and lose receive longer sentences than even Congress or the prosecutor might think appropriate, because the longer sentences exist on the books largely for bargaining purposes») o LYNCH, *Stan. L. Rev.*, (55), 2003, pp. 1401-1403.

<sup>62</sup>*Missouri v. Frye*, 566 U.S. 134 (2012), I.A (citando expresamente la frase arriba reproducida de BARKOW). Claro es que desde una perspectiva crítica con el *plea bargaining*, el reconocimiento de las conminaciones penales como intrínsecamente desproporcionadas puede interpretarse en sentido diverso al del TS (que a la postre no discute la legitimidad del sistema), y alegarse como clave de lo insostenible de todo el edificio, en la medida en que impregna toda oferta de rebaja de un carácter coercitivo. Este es precisamente el punto de vista de ALSCHULER: toda oferta de rebaja que parta de la amenaza de una pena desproporcionada equivale a un «la bolsa o la vida», y como oferta coercitiva ha de entenderse toda aquella que coloca a quien la rechaza en una posición más desventajosa de lo que en justicia le corresponde (ALSCHULER, *Duq. L. Rev.*, [51], 2013, pp. 685 ss., 696 ss.).

<sup>63</sup> Que mecanismos supuestamente premiales pueden pasar a convertirse en sancionatorios es algo ya suscitado alrededor de las cláusulas premiales en delitos de terrorismo; *vid. p. ej.* CUERDA ARNAU, *Estudios Penales y Criminológicos*, (25), 2005, pp. 27 ss., en relación con la regulación de los beneficios penitenciarios y la libertad condicional introducidos por la LO 7/2003.

constitucionalmente inadmisibles»<sup>64</sup>– la argumentación de la sentencia origen del recurso, que en un alarde de sinceridad justificaba la no imposición de la pena en su límite mínimo posible y la denegación de la suspensión en el hecho de no haberse conformado el acusado y haber obligado con ello a la celebración de un complejo juicio. Deja con ello sentada el TC, desde luego, la inconstitucionalidad de asociar cualquier tipo de castigo al hecho de no conformarse; el problema radica en que en el modo habitual de operar la figura resulta complejo distinguir (desde luego, mucho más que en el caso objeto de recurso, en el que la argumentación de la sentencia del Juzgado de lo Penal de Murcia lo hacía muy evidente) cuándo la pérdida de la ventaja que hubiera podido obtenerse en caso de conformidad se torna en un castigo por no haberla aceptado. El Tribunal Supremo, por su parte, asume expresamente que se trata de una línea «muy tenue», lo que tiñe de cierto voluntarismo su afirmación (guiada por un propósito sin duda garantista para quien no se conforma) de que, pese a ello, ha de distinguirse claramente entre ambos<sup>65</sup>.

Al margen de que se considere vulneración del art. 24 CE en el aspecto escogido por el TC (el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable<sup>66</sup>) o en el del derecho a «un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías» (que es realmente el que el no conformado desea ejercitar), la aclaración de cuándo estamos realmente ante un «castigo por juicio» constitucionalmente inadmisibles requiere algunas precisiones, pues la noción se emplea para designar situaciones en puridad muy distintas.

Una de las críticas clásicas a la conformidad es precisamente la que identifica en ella este componente como elemento consustancial, sobre la premisa de que premiar la renuncia al ejercicio del derecho equivale conceptualmente a sancionar al que lo ejerce<sup>67</sup>. Es esta objeción de base la que las jurisdicciones constitucionales siempre han descartado, sobre el presupuesto de que si la renuncia al derecho es libre e informada, nada hay de problemático en premiarla, sin que ello signifique penalizar su ejercicio. A partir de ahí, si el premio a la conformidad no implica *per se* un castigo por juicio –cosa que asumiremos en este trabajo–, este se identifica con otras prácticas: hacer recaer sobre el no conformado consecuencias desfavorables por encima de la reacción estatal adecuada a su hecho delictivo, en una suerte de venganza por no haber facilitado las cosas al sistema de justicia (tal y como aconteció en la sentencia del TC antes citada), o como sucedería si pudiera apreciarse una interpretación claramente contraria a los intereses del imputado que no hubiera sido «esperable». Es precisamente por la importancia de clarificar al acusado ese horizonte de condena esperable en caso de juicio por lo que algunos sistemas (caso de Inglaterra y Gales) establecen un estadio intermedio de intervención judicial en el que se informa al acusado de cuál sería la pena probable en caso de condena tras el juicio (o el máximo que podría recaer), una *presumptive sentence* por encima de la cual se produciría (a menos que pudiera motivarse) el castigo por juicio<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> STC (Sala 1ª) 75/2007, de 16 de abril (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2007), FFJJ 5 y 6.

<sup>65</sup> SSTS 487/2007, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3928), y especialmente 457/2013, Penal, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2013:4074).

<sup>66</sup> Sobre su configuración en la jurisprudencia del TC y el TEDH, recientemente 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. 1-4.

<sup>67</sup> Por todos, SCHÜNEMANN, *Derecho Penal y Criminología*, (25-76), 2004, p. 184: «la promesa de ventajas (...) tienen como reverso una amenaza concluyente de la desventaja en caso de rebeldía y, de esta manera, constituye una forma de coaccionar a la confesión».

<sup>68</sup> Para una sistematización de los posibles modos de incurrir en las *trial penalties*, que insiste en distinguir el premio por la renuncia al derecho, LIPPKE, *The Ethics of Plea Bargaining*, 2011, pp. 10-37; como medio de evitarlas desarrolla el autor estadounidense esta propuesta de la audiencia con el juez, en la línea del sistema inglés.

b. *La coerción y la deficiente información como vulneración del derecho a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable*

La mencionada STC 75/2007 opta por considerar el castigo al no conformado, como acaba de explicarse, una vulneración del derecho fundamental del art. 24 CE a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, identificando así la conformidad con la noción de confesión (como el «*non plus ultra*» de la confesión)<sup>69</sup>. Ya sea sobre este anclaje o sobre el antes propuesto del derecho al proceso con todas las garantías, el art. 24 CE es el espacio adecuado para valorar en términos constitucionales el problema, clave en toda la construcción de la conformidad, de si determinadas características de una oferta la dotan de un carácter coercitivo vulnerador de dicho derecho. La cuestión (que se liga íntimamente, en realidad, con la del problema de la conformidad de las personas inocentes, puesto que este es precisamente el riesgo generado por el carácter coercitivo) ha sido profusamente analizada por la doctrina, y solo podemos ofrecer aquí algunas ideas generales que proyectaremos después al ordenamiento español.

La idea de que la oferta de una ventaja por declararse culpable implica *per se* una coerción<sup>70</sup>, tesis que deslegitima de entrada cualquier forma de justicia negociada, no es admitida por ninguna jurisdicción constitucional. Existe acuerdo, sin embargo, en que determinadas características de la oferta –dejo ahora al margen condiciones ajenas a ella como la propia fiabilidad del sistema de justicia– sí pueden suponer una presión que elimine la voluntariedad de la decisión de pactar. Sin entrar ahora en el debate filosófico de fondo, cabe resaltar los factores que suelen destacarse como favorecedores del carácter coercitivo: la extrema dureza de la pena imponible en caso de juicio (haría bien nuestro legislador en plantearse la cuestión antes de extender la posibilidad de conformidad a todo tipo de penas incluida la prisión permanente revisable, tal como prevé en todas las propuestas de reforma formuladas hasta el momento<sup>71</sup>); el hecho de que la oferta implique una pena que no suponga ingreso en prisión frente a una segura privación de libertad en caso de ser condenado en juicio (supuesto este que no parece suscitar preocupación en nuestro país, donde es absolutamente frecuente); el hecho de que el acusado se encuentre en prisión preventiva y aceptar la oferta suponga la puesta en libertad, o, en fin, la existencia de una gran diferencia entre la pena ofrecida y la imponible en caso de juicio<sup>72</sup>. Ninguna de estas características, como antes se apuntaba, ha preocupado al Tribunal Supremo norteamericano cuando ha tenido que ocuparse de ellas; sí, en cambio, al *Bundesverfassungsgericht*, que en su decisión de 19 de marzo de 2013 (en la que acumuló el análisis de tres demandas concretas planteadas por ciudadanos que habían hecho uso de la figura regulada en la ley de 2009) consideró inconstitucional –precisamente por la razón que comentamos– una oferta de pacto que implicaba una pena suspendida de dos años frente a la de cuatro años de prisión –un

<sup>69</sup> Cuestión distinta, en la que no podemos entrar aquí, es la de si la confesión y asunción de los hechos por el conformado puede considerarse prueba de los hechos en sentido procesal; claramente en contra (la conformidad no obedece al paradigma de la confesión sino al de la negociación), derivando de ello diversas consecuencias, LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, *InDret*, (3), 2018, pp. 22-25; CÓRDOBA RODA, *Diario La Ley*, (7898), 2012, pp. 3-4; RODRÍGUEZ MOURULLO, en GÓMEZ-JARA DÍEZ *et al.* (coords.), *LH Maza Martín*, 2018, p. 322. Así lo ha entendido el propio TS en diversas sentencias –por todas, SSTS 339/2005, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1752), o 422/2017, Penal, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2354), en la que cita y parece dar por buena la idea de que «no es un acto de prueba, sino un medio de poner fin al proceso», de manera que «la conformidad es una declaración de voluntad de la defensa, que no constituye confesión».

<sup>70</sup> El clásico de LANGBEIN citado supra, n. 4.

<sup>71</sup> Volveremos sobre ello *infra*, en el último apartado del trabajo.

<sup>72</sup> *Vid.* el resumen de estos elementos favorecedores del carácter coercitivo de la oferta en TURNER/WEIGEND, «Negotiated case dispositions in Germany, England and the United States», en AMBOS/DUFF/ROBERTS/WEIGEND (eds.), *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, pp. 389 ss., 410-413 y los trabajos allí citados.

estándar, de nuevo, que parece muy exigente para las prácticas habituales en nuestro país; tampoco el Tribunal alemán concretó ningún criterio, por cierto, para medir ese «descuento coercitivo»<sup>73</sup>–.

El diseño de la conformidad en nuestro país (o el modo en que se ha consolidado en la práctica) analizado como es obligado en el conjunto del sistema jurídico-penal sustantivo en el que opera –marcos penales muy amplios, tendencia a la sobrecusación, penas de prisión por lo general elevadas pero susceptibles de quedar reducidas a dos años suspendibles con el juego de las dos atenuantes o una muy cualificada, un grado de imprevisibilidad notable sobre cuál puede ser el resultado del juicio (ya no en el plano probatorio, sino en la propia aplicación del Derecho) al menos en algunos contextos–, no ofrece un panorama halagüeño a este respecto. Resultaría del mayor interés que llegara a plantearse algún recurso de amparo a este respecto –sobre la base, por ejemplo, de una diferencia muy notable entre la pena en principio solicitada por la Fiscalía y la finalmente pactada–.

Tampoco se ha planteado el TC, aunque sí el TS, la relevancia que para la voluntariedad de la conformidad pueden suponer defectos de información que, de ser conocida, hubiera comportado la decisión de no pactar; así, p. ej., la STS 200/2007 anula una condena en conformidad por estimar que el acusado podía no haber comprendido que ello implicaba la expulsión del país; por su parte, la STS 422/2017 se basa en la importancia de «la necesaria información para un uso consciente y cabal por los acusados del derecho a no declarar contra sí mismo» para anular la condena por conformidad a los acusados que en el momento de prestarla no conocían el carácter ilícito de las iniciales pruebas de cargo contra ellos<sup>74</sup>. Las peculiares características de este último caso permitieron el descubrimiento posterior del carácter ilícito de las pruebas iniciales; pero el caso ilustra bien otro de los problemas constitucionales de la conformidad –que pueda prestarse sin conocer la ilicitud de las pruebas sobre las que la Fiscalía sustenta la acusación y ulterior negociación–, un problema que se agudiza si se promueve la prestación de la conformidad en fases tempranas, cuando la defensa puede no disponer todavía de información que haga dudar de la legitimidad de tales pruebas<sup>75</sup>.

### c. ¿Hay conformidades de inocentes en el sistema español?

El caso anterior no es sino un ejemplo más de la conformidad del inocente, entendido el término en sentido amplio (aquí se trataría, en la terminología de LASCURAÍN SÁNCHEZ y GASCÓN INCHAUSTI, del «inocente procesal»), el riesgo de exceso de intervención punitiva, y por ello, sin duda, el más

<sup>73</sup> 133 BVerfGE 168, nm. 130. Aunque la normativa alemana no impone un descuento fijo ni un límite máximo de pena reducible, se afirma que en la práctica la rebaja no suele ser superior a un tercio de la pena esperable en caso de juicio (vid. TURNER/WEIGEND, en AMBOS/DUFF/ROBERTS/WEIGEND [eds.], *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, p. 406).

<sup>74</sup> SSTS 200/2007, Penal, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:1487); 422/2017, Penal, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2354). La STSJ Castilla-La Mancha 17/2020, Civil y Penal, de 5 de junio (ECLI:ES:TSJCLM:2020:1113) desestima en cambio un recurso de apelación en el que el condenado en conformidad alegaba no haber comprendido el alcance de la pena de inhabilitación como pérdida de la condición de Guardia Civil.

<sup>75</sup> Sobre ello detalladamente, WEIGEND, «Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedure», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, (7-1), 2021, pp. 247 ss., esp. a nuestros efectos pp. 262-263. La sospecha de que los rasgos de la conformidad en los juicios rápidos del procedimiento español pudieran no satisfacer los estándares mínimos de derechos fundamentales constituyó la base de la conocida sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 23 de enero de 2017 (relativa a una conformidad de un hincha alemán acusado de atentado a un policía durante un partido de fútbol en Sevilla, que ya en su país impugnó la inscripción de la resolución en el Registro Federal Central).

inadmisible de toda la institución de la conformidad<sup>76</sup>. Un repaso a las sentencias de revisión anulatorias de sentencias de conformidad permite observar que no se trata en modo alguno de un riesgo insignificante –especialmente en las conformidades premiadas de los juicios rápidos–<sup>77</sup>, y que por diversas razones puede llegar a prestarse conformidad en casos de atipicidad de la conducta<sup>78</sup>, o a pesar de existir una condena previa y vulnerarse el *non bis in idem*<sup>79</sup>; lo que demuestra, en primer lugar, el modo en que la agilidad que a toda costa quiere imprimirse a la tramitación del proceso, especialmente en los juicios rápidos, perjudica el cumplimiento adecuado de sus respectivas funciones a Fiscal, abogado y especialmente el Juez en la satisfacción de la labor de control legalmente encomendada. En cualquier caso, aunque el recurso de revisión permita enmendar algunos de estos errores –aquellos en los que con posterioridad se dispone de elementos fácticos que no podían acreditarse en el momento de plantearse la conformidad y que hacen evidente la atipicidad de la conducta, art. 954 LECrim–, es importante destacar que este remedio ni opera de facto en todos los supuestos que podrían acogerse a él (no hay duda de que por diversas razones, entre ellas la económica, muchos de los erróneamente condenados por delitos contra la seguridad en el tráfico simplemente renunciarán a plantear la revisión) ni, sobre todo, puede operar (como tampoco la casación) en muchos otros contextos en los que sin duda se producen conformidades de inocentes, y que no tienen que ver con la disponibilidad en ese momento de elementos probatorios que acreditaran la inocencia (o cuando menos una condena menor a la impuesta) sino con la subsunción de los hechos bajo el tipo penal o una posible eximente o atenuante. Un mal asesoramiento por parte del abogado combinado con la dejación por parte del juez de una mínima tarea interpretativa de los elementos del tipo<sup>80</sup> o de la posibilidad de aplicar una eximente o atenuante<sup>81</sup> (algo que no puede sorprendernos en una

<sup>76</sup> Para una tipología del «inocente», LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, *InDret*, (3), 2018, p. 12. Interesan especialmente, a nuestros efectos, las nociones de inocente «fáctico» (quien no ha realizado los hechos imputados) vs el inocente «jurídico» (quien sí ha realizado los hechos que, sin embargo, no se adaptan el tipo penal –o cabría añadir, merecedores de una calificación más favorable que la pretendida por la acusación y ofrecida al pacto–), así como el concepto del inocente «procesal» (aquel «del que no se puede probar que haya realizado el hecho delictivo»).

<sup>77</sup> Un reciente y exhaustivo estudio sobre las sentencias de revisión dictadas en los últimos cinco años revela que casi el 60% tiene por objeto sentencias de conformidad. *Vid.* OUBIÑA BARBOLA, «El riesgo de la conformidad y la celeridad: condenar erróneamente», en GONZÁLEZ GRANDA/DAMIÁN MORENO/ARIZA COLMENAREJO (dirs.), *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos: Libro homenaje a Valentín Cortés Domínguez*, 2022, pp. 727 ss.

<sup>78</sup> No son extrañas, por ejemplo, las revisiones de sentencias de conformidad que condenan a ciudadanos extranjeros por el delito de conducción sin permiso, cuando posteriormente se demuestra que sí tenían permiso en vigor emitido por en su país de origen, lo que determina la atipicidad de la conducta. Entre otras, SSTS 1032/2013, Penal, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8802), que alude a la relativa novedad del precepto y la «confusión interpretativa» para justificar la revisión al tratarse de una conformidad prestada sin conocer la atipicidad de la conducta; 236/2016, Penal, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1226); 335/2016, Penal, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1696); 555/2018, Penal, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3819); 557/2018, Penal, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3815); similar también la 803/2013, Penal, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5416). La STS 204/2015, Penal, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1495), por su parte, elimina de la pena conformada los meses correspondientes a una agravante de reincidencia que posteriormente se demuestra incorrecta por cómputo indebido de antecedentes.

<sup>79</sup> Sobre estos supuestos, normalmente relativos al delito de quebrantamiento de condena, OUBIÑA BARBOLA, *LH Valentín Cortés Domínguez*, 2022, notas 39 ss.

<sup>80</sup> Cuando se conoce a fondo la jurisprudencia sobre un tema no es raro encontrar sentencias de conformidad respecto de conductas atípicas; así, en materia de propiedad intelectual puede citarse la SJP núm. 3 de Pontevedra 281/2008, de 16 de junio (ECLI:ES:JP:2008:17) (conducta claramente atípica por falta de ánimo de lucro); en relación al art. 143 CP llama la atención la condena por una conducta obviamente atípica de complicidad en una cooperación necesaria al suicidio en SJP núm. 1 de Avilés 135/2016, de 24 de mayo (ECLI:ES:JP:2016:74) (al margen de la aceptación de la condena por un delito del art. 368 CP).

<sup>81</sup> *Vid.* por ejemplo SJP núm. 1 Jaén 59/2018, de 5 de febrero (condena por delito contra los sentimientos religiosos por un fotomontaje que inserta la cara del autor en la imagen de Cristo).

figura destinada a ahorrar los costes no solo de la celebración del juicio, sino del tiempo y esfuerzo que el análisis del caso implica para el juzgador) puede determinar condenas erróneas que no parecen susceptibles de recurso alguno; del mismo modo, cuando se trata de conformidades prestadas por sujetos que en caso de celebrarse el juicio hubieran podido quedar absueltos por falta de pruebas (pensemos en contextos probatorios complejos, como ocurre en los delitos sexuales cuando solo existe la declaración de la víctima), o que se conforman con penas mayores que las que podrían haber obtenido de celebrarse el juicio (si, por ejemplo, el tribunal hubiera optado por una opción interpretativa discutida que favorece al acusado), ni el control de la conformidad previsto en la LECrim, ni el recurso de casación (admitido solo en supuestos excepcionales) ni el de revisión constituyen cauces adecuados para neutralizar el riesgo<sup>82</sup>. El riesgo de la condena de inocentes o de condenas más graves a las que hubieran podido imponerse tras el juicio es así consustancial al mecanismo de la conformidad; la argumentación esgrimida por la STS 339/2005 para rebatir la oposición de la Fiscalía a la concesión de una revisión, que descarta atribuir a la conformidad prestada por el acusado el carácter de prueba por confesión «dado que no se basa en el expreso reconocimiento de la autoría, sino en la *presión que ejercía en el caso concreto sobre la defensa y el acusado el riesgo de ser sometido a una pena mayor*» si no se le creía y «no podía aportar nada más para contradecir la acusación», es en realidad extensible a toda conformidad prestada en un contexto de incerteza probatoria<sup>83</sup>.

Lo anterior conecta con una cuestión interesante relacionada con la posibilidad de que terminen condenadas en conformidad personas que hubieran podido ser absueltas o recibir una pena menor en función de su inimputabilidad o semiimputabilidad. La celeridad de la conformidad premiada en los juicios rápidos puede generar supuestos como el tratado en un recurso de revisión resuelto por el TS en 2021, pues el escasísimo trato entre el acusado y la defensa (especialmente si es de oficio) puede determinar que esta desconozca un problema de salud mental que hubiera podido incidir en el juicio de culpabilidad del acusado y que tampoco es percibido por el juzgador<sup>84</sup>. Al margen de estos casos de completo desconocimiento –que sí puede dar lugar a una revisión–, también merece reflexión el hecho de que en ocasiones se incluya en el pacto de conformidad una atenuación de la pena basada en una disminución de la imputabilidad cuyo verdadero alcance (quizás mayor que el pactado) debiera a mi juicio analizarse siempre en el juicio oral, al menos cuando se trata de

<sup>82</sup> Dado que su ajuste al principio de legalidad es uno de los requisitos exigidos por la LECrim a las sentencias de conformidad, cuyo incumplimiento posibilitaría la interposición de recurso de casación según la doctrina del TS, la atipicidad de la conducta debería considerarse a mi juicio motivo suficiente de recurso. Se trata, en cualquier caso, de un tema controvertido (en contra, p. ej., DEL MORAL GARCÍA, en RIVES SEVA [dir.], *La prueba en el proceso penal*, t. I, 2021, p. 752). En la práctica jurisprudencial, sin embargo, solo se recurren (en revisión) supuestos en los que la atipicidad se deduce tras la aparición de elementos fácticos no conocidos, y la estimación en casación es excepcional (como en STS 789/2003, Penal, de 29 de mayo [ECLI:ES:TS:2003:3669]).

<sup>83</sup> STS 339/2005, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1752) (cursiva añadida). Se concedió la revisión a un condenado en conformidad por hurto, que solo con posterioridad puede disponer de la demostración de que el vehículo le fue voluntariamente prestado por su dueño; una revisión a la que la Fiscalía se oponía identificando conformidad con confesión y prueba de los hechos.

<sup>84</sup> STS 681/2021, Penal, de 1 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3505). La sentencia atiende la petición de revisión (el acusado, enfermo de trastorno delirante crónico, con numerosos ingresos psiquiátricos, se había conformado en un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.1 CP), pero remite el caso de nuevo al Juzgado para la celebración del juicio; el TS precisa que este último solo habrá de centrarse en la comprobación de la imputabilidad, pero insiste en que los hechos ya deben darse por probados a partir de la conformidad prestada –que de modo implícito se considera así válidamente emitida–. Respecto de este último extremo se suscitan toda una serie de cuestiones en las que no resulta posible entrar aquí: la valoración de la capacidad para conformarse de las personas con algún tipo de discapacidad intelectual y/o enfermedad mental; la incidencia en este punto de la reforma de la capacidad operada por la Ley 8/2021 (con su previsión genérica de provisión de apoyos, etc.); la necesidad de un control judicial reforzado que respecto de estos acusados, *per se* especialmente vulnerables, se asegure de la libertad de la decisión y de la comprensión de su verdadero alcance, etc. Sobre todo ello puede verse el competente trabajo de MUÑOZ BUSSAC, «La conformidad del acusado con discapacidad intelectual», *InDret*, (1), 2023, pp. 150 ss.

eximente incompleta por anomalía psíquica del art. 20.1<sup>a</sup> CP; a ello se añade, por otra parte, el hecho de que las medidas de seguridad no puedan ser objeto de conformidad (así parece poder interpretarse el tenor literal del art. 787.5 LECrim), de manera que puede producirse el desconcertante supuesto de una condena en conformidad a un semiimputable sin posibilidad de imposición de medidas<sup>85</sup>. Pretender solucionar la cuestión remitiendo la decisión sobre su adopción a una resolución posterior (como ocurre con la decisión sobre la suspensión de la condena) no constituye tampoco, creo, un expediente satisfactorio: por su propia naturaleza el juicio de peligrosidad que sustenta la imposición de medidas no debería ser objeto de pacto –tanto para afirmarlo como para negarlo–; pero sin juicio no existe actividad probatoria alguna sobre la peligrosidad criminal, que como elemento diferenciado de la semiimputabilidad debe ser sometido a contradicción.

Una reciente sentencia de la AP de las Islas Baleares ofrece un excelente ejemplo de lo que quiere decirse. Disuelto el jurado por haberse presentado conformidad, se condena a seis años de prisión a un acusado –afectado según los hechos pactados por un trastorno psicótico diagnosticado que alteraba parcialmente sus facultades– que provisto de un pasamontañas y armado con un hacha entró en el domicilio de dos vecinas, destrozó mobiliario con dicho instrumento y conminó a una de ellas a que saltara por la ventana de un primer piso –como ya había hecho la otra– si no quería que la matara. La sentencia no hace mención a medida de seguridad de ningún tipo (algo cuando menos sorprendente a la luz del escueto relato de hechos) ni remite a ninguna otra resolución al respecto, y la pena se justifica merced a la aplicación conjunta de la atenuante de dilaciones indebidas (a pesar de que la sentencia se dicta exactamente un año después de los hechos) y la atenuante (que no eximente incompleta) del art. 21.1<sup>a</sup><sup>86</sup>.

d. *Las rebajas de pena en la conformidad como vulneración del principio de proporcionalidad por defecto*

En lo que tiene de beneficio para sujetos culpables, las reducciones de pena (con frecuencia notables) alcanzadas en acuerdos de conformidad dan lugar a objeciones en relación con el principio de proporcionalidad<sup>87</sup>. La del defecto o insuficiencia de pena (si se quiere, lo que en ocasiones se denomina vulneración del principio de proporcionalidad por defecto o prohibición de infraprotección) no es sin embargo, a mi juicio, una cuestión que haya de plantearse en términos constitucionales; lo que ha de justificarse en estos términos es el castigo, y no la falta de él (o su disminución)<sup>88</sup>. Ello no quiere decir, obviamente, que las exigencias de racionalidad que han de presidir (reforzadamente) cualquier intervención criminalizadora desaparezcan cuando de disminución de la pena se trata; como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «en un sistema jurídico que se tome en serio sus prohibiciones penales, la extinción de una responsabilidad penal exigible [idea que más tarde hace extensible a la atenuación] debe ofrecer argumentos materiales que la justifiquen», y hacerlo de un modo coherente con el sentido de la intervención

<sup>85</sup> En este sentido, MUYO BUSSAC, *InDret*, (1), 2023, pp. 165-166.

<sup>86</sup> SAP Islas Baleares 1/2022, Sección 1<sup>a</sup>, de 5 de abril (ECLI:ES:APIB:2022:866). Otro ejemplo de conformidad con eximente incompleta de trastorno psíquico lo constituye la ya citada SAP Granada 405/2015, Sección 2<sup>a</sup>, de 23 de junio (ECLI:ECLI:ES:APGR:2015:1134), que (ilegalmente) impone como pena conformada para un asesinato alevoso con agravante de parentesco y eximente incompleta de trastorno psíquico 9 años de prisión. Nada se dice en ella, ni se remite a ninguna otra resolución, sobre la adopción de medidas.

<sup>87</sup> Entre otros, SCHÜNEMANN, *Derecho Penal y Criminología*, (25-76), 2004, p. 186, que respecto de los delitos económicos en Alemania se refiere a «concesiones en favor de la defensa que resultan grotescas, y además insoportables desde el punto de vista de la justicia y del tratamiento igualitario».

<sup>88</sup> Sí detectan en las rebajas de pena propias de la justicia negociada un problema de proporcionalidad (que también expresan en términos de respeto al principio de culpabilidad), WEIGEND/IONTCHEVA, *German Law Journal*, (15-1), 2014, pp. 3, 11-12, donde reprochan al *Bundesverfassungsgericht* la superficialidad de su análisis en la sentencia de 19 de marzo de 2013.

penal<sup>89</sup>; por otra parte, que el efecto de dar lugar a importantes rebajas de pena no implique *per se* la contradicción de la figura con los valores constitucionales no excluye la apreciación de dicha incompatibilidad si con ello se dan lugar a formas de privilegio no cohonestables con el principio de igualdad. Junto a la posibilidad de la condena de inocentes, el de la desigualdad es a mi juicio el más grave problema constitucional de la figura.

e. *La conformidad negociada como instrumento constitutivamente desigualitario*

Como se ha dicho muchas veces (basten las contundentes afirmaciones de FERRAJOLI reproducidas al principio de estas páginas), la conformidad<sup>90</sup> conduce, *per se*, a una aplicación desigualitaria de la ley penal, a esa «justicia del cadí» o del caso concreto (en su peor sentido) ajena a la pretensión de generalidad que ha de informar las normas penales. No se trata aquí, obviamente, de hacer gravitar exclusivamente sobre la justicia negociada problemas que también existen en la determinación de la responsabilidad aun con celebración del juicio oral (diferencias de trato no justificables debidas a interpretaciones divergentes de las leyes penales, obviamente favorecidas por una mala técnica legislativa); pero al margen de ello, no parece discutible que la noción misma de pacto en la determinación de la responsabilidad penal favorece extraordinariamente la desigualdad de trato no justificada. Como se ha dicho hasta la saciedad, en cualquier contexto de negociación los resultados dependerán de la correlación de fuerzas entre las partes, de manera que supuestos idénticos –partamos ahora de delitos efectivamente cometidos, en idénticos términos de injusto y culpabilidad– podrán recibir sanciones considerablemente distintas. La mayor o menor rebaja de pena para el acusado dependerá así de múltiples factores: la presión sobre la propia Fiscalía para lograr el pacto (a más complejidad del juicio, mejor punto de partida para el acusado)<sup>91</sup>; el propio marco de pena del que se parte (con toda la cautela que el estudio aportado en este trabajo requiere, dado su limitado objeto, sí puede apreciarse claramente que los acusados con marcos de partida más cercanos a los dos años suspendibles se benefician de menos descuentos de pena que autores de conductas más graves, donde alcanzar la frontera de los dos años por los que la defensa presiona requiere de una rebaja en uno o incluso en dos grados); la tantas veces mencionada solvencia económica del acusado para sostener los gastos del proceso, costear una buena asistencia letrada (un factor que si bien opera obviamente en cualquier proceso penal, parece adquirir una especial relevancia en la conformidad) o pagar una reparación del daño que sí puede ser decisiva al menos para conseguir que la acusación particular se avenga al pacto<sup>92</sup>; la solidez de los elementos probatorios de que se disponga en fase de instrucción; su propia aversión al riesgo, etc. No parece necesario insistir en que una vez abierto el sistema a la posibilidad del pacto en materia penal, la aplicación desigualitaria (*rectius*: el resultado desigualitario, puesto que es dudoso que exista aquí una verdadera actividad jurisdiccional de aplicación del Derecho) deviene inevitable.

<sup>89</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, «El indulto y sus razones», en EL MISMO (coord.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, 2009, pp. 251 ss., 255 (de donde procede la cita), 258, n. 11. De esta justificación nos ocupamos *infra* 3.

<sup>90</sup> Me refiero ahora ante todo a la variante «negociada»; el descuento fijo de pena previsto para la variante premiada de los juicios rápidos parece –aparentemente– soportar mejor el test igualitario, si bien, como veremos más adelante (*infra* 7), los descuentos fijos no impiden (más bien quizás enmascaran) la probable negociación en la calificación.

<sup>91</sup> En casos en los que la falta de pacto aboca a un juicio muy largo y complejo, la actitud del único coacusado que bloquea el acuerdo puede de hecho conducir a la Fiscalía –en un efecto inverso al descrito por LASCURAÍN SÁNCHEZ Y GASCÓN INCHAUSTI para el coimputado inocente– no ya a ofrecer una mayor rebaja de pena, sino incluso a la retirada de la acusación

<sup>92</sup> Sobre el sesgo desigualitario de la reparación, *vid. infra* 4.3.



#### 4. Conformidad y justificación de la renuncia (parcial) a la pena.

Al margen de las consideraciones ya realizadas sobre la vertiente de exceso punitivo que la conformidad puede propiciar respecto de acusados que se avienen al pacto a pesar de contar con ciertas posibilidades de salir absueltos o bien parados en caso de celebrarse el juicio oral, no cabe duda de que en infinidad de supuestos (al menos en aquellos en los que existen pruebas de cargo sólidas, y un encaje claro en una conducta típica) la conformidad supone un beneficio para el imputado, que además del evitarse el contenido aflitivo inherente al propio juicio oral, obtiene una ventaja en términos de pena. Procede por tanto valorar esta vertiente del instituto en el contexto de las disposiciones premiales de nuestro ordenamiento y las circunstancias atenuantes genéricas que son mayoritariamente tenidas como tales (las de confesión y reparación del daño) y que de hecho se aplican con mucha frecuencia para vehicular la atenuación de pena por conformidad.

##### 4.1. Conformidad y colaboración. Relación entre la conformidad y la atenuante de confesión

Como es conocido, la supresión por el Código penal de 1995 del requisito de «arrepentimiento espontáneo» de la anterior atenuante unitaria (hoy desdoblada en las de confesión y reparación) ha propiciado una interpretación doctrinal y jurisprudencial de la atenuante de confesión en clave claramente utilitarista, que sitúa su fundamento en el objetivo (si se quiere, político-criminal) de fomentar la colaboración con la Administración de Justicia en el esclarecimiento de los hechos; lo relevante es el ahorro de esfuerzos de investigación y la facilitación de la instrucción propiciados por la confesión<sup>93</sup>, y resulta indiferente que esta obedezca a una actitud interna de arrepentimiento o al simple propósito de obtener con ello un rédito o ventaja<sup>94</sup>. Aunque la jurisprudencia no resulte ni mucho menos uniforme<sup>95</sup>, puede señalarse que, en línea con una tendencia cada vez más generalizada a ampliar el campo de juego de las circunstancias atenuantes (tanto genéricas como –lo que es más cuestionable– específicas) y a suplir el

<sup>93</sup> Entre muchísimas otras SSTs 394/2002, Penal, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:1676); 613/2006, Penal, de 1 de junio (ECLI:ES:TS:2006:3989); 359/2008, Penal, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2008:2961), (aunque se introducen también consideraciones de menor merecimiento de pena); 240/2012, Penal, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:2206); 16/2018, Penal, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2018:38) (también con idea de acto contrario). En la doctrina, este fundamento objetivo es totalmente mayoritario (baste citar BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, 2002, p. 164; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 388-389; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, 1997, pp. 115-116 («obvias razones utilitarias de política criminal»); SÁNCHEZ MELGAR, «Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal», *Diario La Ley*, (7862), 2012, p. 1; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, p. 639. Un resumen de la evolución doctrinal hacia esta orientación utilitaria (que no comparte) en GARRO CARRERA, «La atenuante de confesión de la infracción», en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, pp. 79 ss., 84-98.

<sup>94</sup> Remarca este extremo, entre otros, BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, 2002, p. 159. En la jurisprudencia, entre muchas STS 1069/2003, Penal, de 22 de julio (ECLI:ES:TS:2003:5275). Con todo, en un ejercicio que no logra equilibrar lo que en puridad son dos lógicas distintas, la jurisprudencia no pocas veces añade al fundamento utilitario básico el elemento de resocialización inherente a la colaboración o su contribución al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma (así, p. ej., en SSTs 1258/1999, Penal, de 17 de septiembre [ECLI:ES:TS:1999:5580STS]; 359/2008, Penal, de 19 de junio [ECLI:ES:TS:2008:2961], o la 16/2018, Penal, de 16 de enero [ECLI:ES:TS:2018:38] o la idea de que los actos de colaboración «contribuyen también a la reparación simbólica del daño» –STS 284/2004, Penal, de 10 de marzo [ECLI:ES:TS:2004:1641]–).

<sup>95</sup> El trabajo de POZUELO PÉREZ, «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-17), 2020, pp. 1-28, resulta muy ilustrativo de la disparidad de criterios jurisprudenciales en la aplicación de la atenuante ordinaria, analógica y cualificada, y de la frecuente confusión entre las tres categorías.

incumplimiento de sus requisitos a través de la atenuante del art. 21.7<sup>a96</sup>, con mucha frecuencia se aplica la atenuante analógica de confesión a supuestos que rebasan ampliamente el requisito temporal impuesto por el tenor literal del art. 21.4<sup>a</sup> (haber procedido el culpable, *antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él*, a confesar la infracción a las autoridades); a pesar de que en tales casos el valor auxiliar de la confesión resulta menor por conocer ya la Administración de justicia tanto el delito como la identidad del autor –que confiesa, por ejemplo, en el momento de ser detenido–, al menos un sector amplio de la jurisprudencia se abre en estos casos a la aplicación de la atenuante por entender que incluso con un principio de prueba en su contra, el reconocimiento de los hechos puede resultar útil a la investigación y contribuir a su completo esclarecimiento<sup>97</sup>. En casos de colaboraciones valoradas como especialmente relevantes se ha considerado que el incumplimiento del requisito temporal (reconocimiento de los hechos tras la detención, durante la tramitación del procedimiento o incluso durante el mismo juicio oral) no impide la apreciación como circunstancia cualificada, especialmente si ha posibilitado o facilitado la detención de otros intervinientes en el delito<sup>98</sup>.

En estos últimos supuestos, la atenuante –mutada más en colaboración que en confesión– y aplicada por analogía al ser extemporánea, se convierte en una disposición premial genérica para cubrir el mismo papel que las disposiciones premiales específicas por colaboración previstas por el Código respecto de determinados delitos, señaladamente los clásicos de terrorismo (art. 579.3) y tráfico de drogas (376).

Aunque sólo se utilice en un porcentaje moderado de las sentencias de conformidad, pues como se comentaba *supra* existen muchas otras vías para poder justificar la pena pactada, el recurso a la atenuante de confesión como cauce para justificar la rebaja de pena pactada en la conformidad se compadece bien con esta interpretación objetiva y utilitaria de la circunstancia, pues indudablemente –este es el sentido mismo de la figura– conformarse supone una colaboración con la Administración de justicia que ahorra a esta esfuerzo, tiempo y recursos ya no en la investigación y esclarecimiento de los hechos, pero sí en la consecución del objetivo final del proceso –la fijación de la sanción penal y, en su caso, la responsabilidad civil derivada del delito–. Aunque en las (normalmente brevísimas) sentencias de conformidad que aprecian confesión suele renunciarse a aportar justificación alguna, implícitamente parece partirse de que al prestarse conformidad concurre el núcleo esencial del aporte de utilidad que (según este entendimiento mayoritario) fundamenta la circunstancia, y el hecho de que la conformidad «raramente (...) se preste por un reconocimiento de la propia responsabilidad y la asunción de una actitud resocializadora»<sup>99</sup> no constituiría impedimento alguno. El incumplimiento del requisito temporal, que como hemos visto también fuera de la conformidad se suple por vía de la atenuante analógica, no supone tampoco dificultad para los tribunales a la hora de controlar la adecuación a la legalidad del pacto de conformidad en lo que a la atenuación por confesión se refiere, aunque es claro que con ello se viene a prescindir en realidad de cualquier límite

---

<sup>96</sup> Críticamente, POZUELO PÉREZ, *RECPC*, (22-17), 2020, *passim*.

<sup>97</sup> SSTS 127/2011, Penal, de 1 de marzo (ECLI: ECLI:ES:TS:2011:1097); detalladamente, 240/2012, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:2206); 215/2015, Penal, de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1889); 750/2017, Penal, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4152).

<sup>98</sup> SSTS 1365/2005, Penal, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:7170); 359/2008, Penal, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2008:2961), que en cualquier caso entiende que la atenuación muy cualificada en casos de circunstancia analógica ha de ser «excepcional».

<sup>99</sup> CÓRDOBA RODA, *Diario La Ley*, (7898), 2012, p. 3.

temporal<sup>100</sup>. En tanto no se prevea para los procesos ordinario, abreviado y por Jurado una atenuación específica por conformidad –y después volveremos sobre la utilidad de hacerlo–, es esta atenuante de confesión, interpretada como disposición premial por un aporte de utilidad a la Administración de justicia, la que mejor acoge ese elemento específico de toda conformidad, que en la regulación del instituto en los juicios rápidos el legislador sí tradujo en previsión expresa de la reducción de la pena en un tercio del art. 801 LECrim<sup>101</sup>.

Cuestión distinta, por supuesto, es que la interpretación utilitarista que ha terminado imponiéndose –y que en su versión de «atenuante analógica de confesión tardía» se muestra apta para vehicular la rebaja por conformidad– resulte la más correcta a la luz del art. 24.4ª CP. Como convincentemente han argumentado algunas autoras, el elemento temporal de la dicción legal, «antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él» atribuye a la autoinculpación un significado específico que habría de servir de referencia para explicar el fundamento de la circunstancia, que no residiría en la función premial de incentivar la colaboración, sino en reconocer la menor necesidad de pena derivada de que el autor asuma, a su costa, una responsabilidad con la que hubiera podido no tener que cargar de no ser por su propia confesión; «una espontaneidad en la decisión de afrontar las consecuencias del hecho delictivo que marca la diferencia sustancial respecto de otras formas de colaborar con la justicia»<sup>102</sup>, que dota de valor de acción a la conducta, permite entenderla desde una perspectiva intersubjetiva como verdadero «acto contrario» o de revocación parcial de la decisión de lesionar el bien jurídico, y despliega por ello un significado comunicativo de pacificación que (en lo que la pena tiene de elemento simbólico-expresivo) reduce la necesidad de sanción<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Aunque no se trataba de un caso de conformidad en sentido estricto, resulta ilustrativa la STS 394/2002, Penal, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:1676): «La colaboración, en el caso presente, no se ve desvanecida por el hecho de que ante el Juez de Instrucción, negare momentáneamente lo anteriormente manifestado, ya que, en el momento culminante y decisivo del juicio oral, reconoce los hechos y muestra su conformidad con el relato fáctico de las conclusiones provisionales de la acusación pública, aligerando notablemente el trámite de las sesiones del plenario, lo cual constituye un nuevo acto de auxilio a la justicia». A la hora de valorarla como muy cualificada, aun habiendo sostenido un fundamento en clave utilitarista, la sentencia se refiere también al «deseo de resocialización que puede desprenderse de la actitud colaboracionista [sic] del acusado». Se muestra contrario a esta utilización de la atenuante analógica en sede de conformidad, MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, «Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (35), 2019, pp. 167 ss., 186-187.

<sup>101</sup> Un significativo ejemplo de la utilización de la atenuante analógica de confesión tardía para justificar una rebaja de pena en dos grados en sentencia de conformidad puede encontrarse en STS 211/2012, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:2200).

<sup>102</sup> GARRO CARRERA, en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 80.

<sup>103</sup> GARRO CARRERA, en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, pp. 102-105. Conferir uno u otro fundamento a la circunstancia incide en la interpretación de la solución más correcta para determinados supuestos: así, al poner el acento en la eficacia objetiva de la colaboración, la interpretación mayoritaria descarta aplicar la atenuante en casos de poca o nula utilidad, mientras que en la interpretación defendida por GARRO CARRERA esta última no empecería a la aplicación de la atenuante si a pesar de ello sí concurría el elemento cognitivo-temporal (que el autor no supiera en aquel momento que el procedimiento ya se dirigía contra él, p. 86). La utilidad sería así el efecto o consecuencia que se derivará en algunos casos, pero en modo alguno el núcleo de la circunstancia.

Por lo que a nuestro tema se refiere, un problema análogo (se haga o no uso de la atenuante de confesión para vehicular la rebaja de pena) se plantea respecto de acusados que han accedido a conformarse sin que finalmente haya podido evitarse el juicio por falta de acuerdo de la acusación particular o de los coimputados. No parece ocioso preguntarse si tal cosa habría de ser tenida en cuenta por la Fiscalía a la hora de moderar su petición de pena (interesante a este respecto el ATC (Sección 2ª) 353/2003, de 6 de noviembre [ECLI:ES:TC:2003:353A], que aunque se centra en otra cuestión sí se refiere en inicio a un caso de este tipo).

#### 4.2. Conformidad, disposiciones premiales y justificación de la renuncia a la pena

La renuncia parcial a la pena por motivos ajenos al injusto culpable y en concreto por razones de eficacia dada la utilidad que ciertas colaboraciones comportan a la Administración de justicia – no nos ocuparemos ahora de si ello se inserta en la categoría dogmática de la punibilidad o fuera de ella en la teoría de la pena–, no constituye en absoluto una novedad del Derecho penal actual; forma parte desde antiguo de muchos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y en el caso español toma cuerpo en las atenuantes privilegiadas de los arts. 376 (tráfico de drogas) y 579 bis 3 (terrorismo), a las que tras la reforma operada por LO 5/2010 se añade una similar disposición aplicable a los colaboradores de cualquier tipo de organización o grupo criminal (art. 570 *quater* 4) y (por LO 1/2015) en materia de malversación (art. 434 CP). La presentación de la conformidad como parte de ese contexto ya conocido, con lo que se pretende disminuir su percepción como problemática –un intento en el que se afanan algunos de sus más destacados defensores– no suele tener en cuenta, sin embargo, las notables diferencias entre ese tipo de disposiciones y la dimensión premial de la conformidad, que suele responder –es cierto que a menudo combinado con el elemento de la reparación del daño al que enseguida nos referiremos– a un objetivo de eficacia a mi juicio más desnudo que en aquellas. Veamos por qué.

Desde una visión de conjunto, las disposiciones premiales clásicas se han configurado siempre como un instrumento excepcional para combatir una delincuencia compleja (la organizada) donde la colaboración del miembro del grupo se plantea como especialmente valiosa para dicho fin; sin perjuicio de la inevitable tensión con la satisfacción de los fines de la pena que la disminución del castigo suscita, ese especial valor del auxilio a la justicia (ya no global, sino incluso individualmente considerado), enmarcado en una suerte de estado de necesidad en la lucha contra ese tipo especialmente insidioso de delincuencia, constituye cuando menos un argumento de peso en favor del premio a quien lo facilita. Además de lo anterior, la tensión con los fines de la pena (difícilmente soportable sin duda en el caso de la hoy desaparecida cláusula de remisión completa de la pena para los delitos de terrorismo) puede matizarse en la medida en que las conductas de colaboración en el marco de la delincuencia organizada, sobre todo las más genuinas (si implican el abandono de la organización, lo que las aproxima materialmente a un desistimiento por más que se trate obviamente de un delito ya consumado) como las relativas a otros comportamientos, pueden revestir unos tintes que sí justifiquen una cierta disminución de la necesidad de pena tanto en términos de prevención general como especial<sup>104</sup>.

La rebaja de pena por conformidad (tanto la en principio más igualitaria del tercio de pena en la modalidad premiada como la atenuación *ex ante* indeterminada y flexible que resulte del pacto en la modalidad negociada) no coincide con los rasgos que acaban de describirse. Para comenzar, ya no tiene nada de excepcional, sino todo lo contrario (tras el desbordamiento al que aludíamos al principio de estas páginas está absolutamente normalizada); por otro lado, aunque el «valor» de esa renuncia al juicio varía dependiendo de los casos (será directamente proporcional a la complejidad de aquel y de la actividad probatoria que con la conformidad se evita), su utilidad para el sistema de justicia no es ni mucho menos tan elevada en términos individuales, sino solo acumulativos, lo que cuando son elevadas hace más compleja la justificación de las rebajas de pena que en las disposiciones premiales clásicas. A esta mayor dificultad contribuye el hecho de que, en contra de lo que a menudo se defiende, a la conformidad no le es inherente *per se* ningún elemento que indique una menor necesidad de pena; a diferencia de lo que sucede en las cláusulas premiales –en las que la colaboración puede presentar un coste en términos, por

---

<sup>104</sup> Por todos, CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, 1995, pp. 322-332.

ejemplo, de riesgo de represalias, que el colaborador ha necesariamente de asumir–, el acusado culpable que se conforma con una pena menor que la que le sería imponible se ahorra la carga afflictiva que el propio juicio supone y la propia pena que se le descuenta, sin coste alguno para él más allá del que puede suponer en su caso el pago de una cantidad económica en concepto de reparación, que no es más que el adelanto de la responsabilidad civil que en todo caso le sería exigible y que normalmente, como estudiaremos enseguida, no se presta en condiciones de las que quepa deducir ningún valor de revocación. Coincido más con la ya citada visión de CÓRDOBA RODA (que presenta la fiabilidad añadida de formularse por un experimentado ejerciente de la profesión) de que la conformidad «raramente (...) se presta por un reconocimiento de la propia responsabilidad y la asunción de una actitud resocializadora», en la que coincide SCHÜNEMANN (que cuando intermedia una negociación no vislumbra –desde el punto de vista de la prevención general positiva– un efecto reafirmador de la norma)<sup>105</sup>.

No es difícil encontrar, sin embargo, visiones a mi juicio edulcoradas de la conformidad que pretenden justificar la rebaja de pena en consideraciones preventivo-especiales. La idea de que «el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, proclamada como fin de la pena (...), y que en lo posible no debe ser perturbada por la continuación del proceso y el estigma del juicio oral» es utilizada tanto por una FGE que persigue legitimar y promover la figura<sup>106</sup>, como por diversas sentencias del TS<sup>107</sup>. En parecidos términos se pronunciaba en su momento el TS norteamericano en su sentencia seminal *Brady*: «*But we cannot hold that it is unconstitutional for the State to extend a benefit to a defendant who in turn extends a substantial benefit to the State and who demonstrates by his plea that he is ready and willing to admit his crime and to enter the correctional system in a frame of mind that affords hope for success in rehabilitation over a shorter period of time than might otherwise be necessary*»<sup>108</sup>.

Un buen ejemplo de este intento de disfrazar la conformidad como lo que no es puede encontrarse en la reciente SAP Pontevedra 324/2022 (a la que nos referimos *infra* en el estudio jurisprudencial), que para justificar la enorme rebaja de pena en un caso de abusos sexuales a una menor (gracias a la aplicación de las atenuantes de reparación y analógica de confesión) identifica la conformidad, por vía de esta última atenuante, con una «colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado»<sup>109</sup>. También en la doctrina se ha defendido esta idea de la conformidad

<sup>105</sup> CÓRDOBA RODA, *Diario La Ley*, (7898), 2012, p. 3; SCHÜNEMANN, *Derecho Penal y Criminología*, (25-76), 2004, p. 188 (donde también descarta que en casos de negociación se aprecie una menor necesidad preventivo-especial de pena).

<sup>106</sup> Ya en Circular FGE 1/1989, de 8 de marzo.

<sup>107</sup> Así, SSTS 778/2006, Penal (Pleno), de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4280); 422/2017, Penal (Pleno), de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2354), si bien es cierto que se hace referencia a estas visiones de la conformidad sin que quede del todo claro si el Tribunal las hace o no suyas.

<sup>108</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), pp. 752-753.

<sup>109</sup> En su excurso sobre la atenuación de la pena en la conformidad premiada, y sin negar el claro fundamento utilitario de la previsión del art. 801 LECrim en aras de una administración de justicia más ágil, busca también GARRO CARRERA (desde su propia interpretación previa en relación con la atenuante de confesión) ese otro factor añadido que permita afirmar una menor necesidad de pena a pesar de no tratarse de una colaboración espontánea, y que parece identificar con «un efecto de confianza en la recuperación del respeto a las normas, un efecto pacificador asociado a la rapidez en la resolución del caso» (GARRO CARRERA, en LA MISMA/ASÚA BATARRITA [dirs.], *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 136); en sentido similar, atiende a la «inmediatez» del reconocimiento, aunque en cualquier caso en el contexto de «delitos menos graves en los que la necesidad de cumplir la pena queda reducida», ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, pp. 152-153.

como acto de consenso con «un efecto de pacificación de las relaciones sociales alteradas por el hecho delictivo»<sup>110</sup>.

Que a la figura de la conformidad no le sea inherente *per se* una menor necesidad de pena (que contribuya a reforzar su justificación desde este punto de vista añadiéndose al argumento de eficiencia) no supone que en sí misma necesariamente perjudique los fines a los que ha de ir orientada toda intervención punitiva. El hecho de aplicarse de modo tan desigual, con rebajas de pena muy distintas según los casos (muy moderadas en algunos, muy notables en otros<sup>111</sup>), y el que opere sobre delitos de gravedad muy diversa impide realizar afirmaciones generales en este sentido. Sí parece posible, con todo, realizar una serie de observaciones al respecto.

La primera de ellas se refiere a un aspecto del ejercicio del *ius puniendi* en el que sí creo que la conformidad repercute negativamente *per se*. Si se acepta que la reacción estatal ante el delito se construye tanto por un aspecto simbólico-expresivo (centrado en el reproche que contiene toda sentencia condenatoria en la que se responsabiliza al autor de un injusto culpable) como por un elemento fáctico-aflictivo (la privación de derechos en que la pena consiste)<sup>112</sup>, ha de reconocerse que (con independencia ahora de cómo y en qué grado se atempere el segundo) la desformalización que toda conformidad comporta resta peso al primero; aunque exista una condena plasmada en sentencia, el mensaje de reproche simbólico que en ella se transmite resulta diluido –en cierto modo, «devaluado»–, al menos en parte, cuando no procede de un juicio público –con toda la carga de formalidad que este comporta– y por el hecho mismo de aparecer como fruto de un pacto (por esa dimensión privatizadora exenta de «la sacralización tradicionalmente propia de lo público»)<sup>113</sup>.

Por otra parte, cuando a lo anterior se añaden –especialmente respecto de delincuencia grave– rebajas muy notables del contenido aflictivo de la pena (computadas no ya con respecto a las con frecuencia hinchadas calificaciones iniciales de la Fiscalía, sino sobre los marcos penales ajustados al hecho), difícilmente explicables a la ciudadanía, el efecto comunicativo de reproche –que también se expresa en parte a través de la pena impuesta y ejecutada<sup>114</sup>– puede verse aún más afectado (como señalan SCHÜNEMANN para la delincuencia económica y ambiental en Alemania, o ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL respecto de supuestos de delincuencia sexual en nuestro país en los que se satisface una importante reparación económica a la víctima)<sup>115</sup>.

Es en este punto en el que ha de traerse a colación una cuestión a la que ya nos hemos referido al bosquejar la jurisprudencia del TS norteamericano sobre el *plea-bargaining*: la necesidad de observar el fenómeno en el contexto del concreto sistema en el que opera. Mi impresión es que el rigor punitivo del Código penal (desigualmente distribuido, desde luego), presidido no solo por un recurso desmedido a la pena de prisión, sino con marcos penológicos por lo general

<sup>110</sup> BELTRÁN MIRALLES/SOSPEDRA NAVAS, «Procedimiento abreviado: el juicio oral: la conformidad», en LOS MISMOS (eds.), *Práctica de los procesos jurisdiccionales. Proceso penal*, t. I, 2011, pp. 1 ss., 2.

<sup>111</sup> Aun con el modesto alcance que determina su limitado objeto de estudio, el análisis jurisprudencial aportado *infra* 6 permite corroborar esta afirmación.

<sup>112</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 113-117.

<sup>113</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, pp. 74-82 (la cita procede de esta última página). En igual sentido, HERRERA, «La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano», *Política Criminal*, (11-21), 2016, pp. 229 ss., 247.

<sup>114</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis*, 2018, pp. 115-116.

<sup>115</sup> SCHÜNEMANN, *Derecho Penal y Criminología*, (25-76), 2004, p. 188; ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, «De fisuras que tornan grietas en la prevención democrática», *Diario La Ley*, (9931), 2021, p. 5. En la misma línea, HERRERA, *Política Criminal*, (11-21), 2016, pp. 245-254.

elevados en relación al tipo de delito, contribuye a explicar al menos en un porcentaje de casos que tanto la Fiscalía en sus pactos como los jueces en su labor de control se muestren dispuestos, en aras del objetivo eficientista, a renunciar a magnitudes de pena –con el coste en términos preventivo-generales que ello supone– que ya en su marco penal abstracto no se consideran acordes con la verdadera entidad del injusto. Ahora bien: que en un porcentaje de conformidades se alcance así una pena más proporcionada (como efecto positivo que se añade a la buscada utilidad de celeridad en el proceso) no puede erigirse, sin embargo, en un argumento que refuerce la legitimación de la figura, y ello por varias razones: 1) la inflación punitiva de nuestro Código no es uniforme, y en los tipos en que sí concurre la conformidad da lugar, como venimos insistiendo, a una muy desigual benevolencia, por lo que no todos los conformados se benefician por igual de ese efecto «nivelador» de la figura; 2) que la conformidad pueda servir para atemperar la severidad punitiva de algunos delitos en nada beneficia, obviamente, a quienes (por razones diversas) optan por no conformarse y en caso de condena terminan recibiendo (incluso sin ninguna «pena por juicio») penas proporcionalmente elevadas; de hecho, en relación con estos casos de oferta de conformidad finalmente no aceptada por el acusado, especialmente si la rebaja era sustanciosa, se suscita un grave problema de justificación de la imposición de una pena a la que tan fácilmente el sistema punitivo –que en la justicia negociada se encarna mucho más en la Fiscalía que en el juez– se ha mostrado dispuesto a renunciar; 3) además de por el factor anterior, contribuir a asentar el binomio «penas abstractas elevadas o incluso desmesuradas/fácil rebaja por conformidad» –recordemos la expresa admisión por el TS norteamericano de que esa es la esencia de su sistema– no sólo devalúa la seriedad de las prohibiciones penales en su percepción por una ciudadanía poco propensa a cuestionar su dureza, sino que, como argumenta en Estados Unidos, institucionaliza las penas elevadas (incluso, insisto, sin ser artificiosamente infladas por la Fiscalía) como armas de presión para obtener la conformidad.

Por lo que a los fines preventivo-especiales se refiere, el hecho de que no interpretemos la conformidad como una asunción de responsabilidad que implique una menor necesidad de pena desde esta perspectiva no implica que necesariamente resulte contraproducente a tal efecto, aunque sí pueda serlo, por ejemplo, si el haberse pactado una pena suspendible de menos de dos años inclina a los tribunales a una concesión cuasiautomática de la suspensión<sup>116</sup>.

Resta por examinar ahora el modo en que la conformidad se vincula en nuestro sistema con la atenuante de reparación del daño, concebida mayoritariamente en la actualidad como una disposición en clave premial, que busca incentivar la satisfacción de los intereses de la víctima y que (en el modo en que suele aplicársela en las conformidades) no se inserta adecuadamente, a mi juicio, en los fines de la intervención punitiva.

#### **4.3. La atenuante de reparación del daño como instrumento central en las conformidades**

En la misma línea que la atenuante de confesión, la enorme expansión experimentada por la reparación del daño en nuestro ordenamiento (que junto a la de drogadicción la ha convertido en la atenuante más aplicada en la actualidad) ha corrido paralela a una interpretación fundamentalmente en clave victimológica que a partir del CP de 1995 concibe la circunstancia ante todo –con frecuencia recurriendo al argumento de la supresión del requisito del arrepentimiento espontáneo de la anterior formulación– como un instrumento para incentivar

---

<sup>116</sup> Muy ilustrativa a este respecto la SAP Málaga 181/2022, Sección 8ª, de 26 de abril (ECLI:ES:APMA:2022:1885), que se comenta en el apartado siguiente.

la satisfacción de los intereses de la víctima, un objetivo que ciertamente parece tener presente el legislador con la enorme ampliación del elemento temporal, lo que aunque no exclusivamente (pues nadie niega la posibilidad de reparaciones de tipo simbólico, petición de disculpas, etc., por más que en la práctica su aplicación sea casi excepcional) viene a identificarse básicamente con un resarcimiento económico indemnizatorio, esto es, el pago de la responsabilidad civil<sup>117</sup>. Otras interpretaciones –que buscan cohesionar la atenuante con el sentido y los fines de la intervención penal– insisten en cambio en la necesidad de no hacerla pivotar sobre los intereses de la concreta víctima del delito; su fundamento radicaría así en una asunción de responsabilidad y reconocimiento de la vigencia de la norma, capaz de producir «un efecto de confianza social en el funcionamiento del sistema jurídico» –lo que desde un entendimiento de la pena en clave simbólico expresiva permitiría apreciar una equivalencia funcional (parcial) con aquella que disminuya su necesidad–<sup>118</sup>, o susceptible de interpretarse como una «señal de rehabilitación» que –desde perspectivas preventivo-especiales– incida en el mismo sentido y justifique por tanto la disminución de la reacción punitiva más allá del premio a la aportación de utilidad para la víctima<sup>119</sup>.

La posición jurisprudencial sobre el fundamento de la atenuante puede calificarse de un tanto ambivalente: aunque prácticamente en todas las sentencias que la desarrollan se parte del fundamento victimológico, a menudo se añade (si quiera a modo de coda, para no prescindir por completo de una justificación acorde con las finalidades de la pena) una alusión a la reparación como reconocimiento de la norma o como un *actus contrarius* del que se derivaría una menor necesidad de pena desde el punto de vista preventivo<sup>120</sup>. Quizás sea un cierto malestar ante su propia interpretación objetiva/utilitaria la que explique también –como apunta GARRO CARRERA– la resistencia del TS a admitir como fuente de la atenuante la mera consignación de la cantidad

<sup>117</sup> En esta línea, entre muchos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, 1997, pp. 117-118; BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, 2002, p. 174. Otra corriente interpretativa confiere a la circunstancia un indudable fundamento victimológico, pero se separa por completo de la identificación con el mero pago de la responsabilidad civil (así, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, «La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española», *Revista General de Derecho Penal*, [7], 2007, pp. 1 ss.), como lo hacen quienes la aproximan a la noción de justicia restaurativa (*vid. infra* apartado 5).

<sup>118</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 122-127 (la cita en p. 124); o previamente en EL MISMO, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en EL MISMO (dir.), *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, 1998, pp. 191 ss. En la línea de exigir una configuración de la atenuante coherente con las finalidades simbólico-expresivas de la pena, lo que requiere un esfuerzo de significado de significado revocador, destacan de nuevo los trabajos de GARRO CARRERA, en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, pp. 19 ss.; LA MISMA, «De lo que quieren las víctimas... y de lo que puede darles el Derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después», en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (coords.), *El papel de la víctima en el Derecho penal*, 2021, pp. 137 ss.; ALCÁCER GUIRAO, «La reparación en Derecho penal y la atenuante del art. 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Poder Judicial*, (21), 2001, pp. 71 ss., 93. Especialmente clarificador resulta asimismo el ya citado trabajo de ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, pp. 145 ss.

<sup>119</sup> Ello no significa desconocer, por supuesto, la diferente operatividad de la reparación del daño en función de la naturaleza del delito, como el propio Código reconoce con la regulación de la regularización tributaria (art. 305.1 y 4), o las atenuantes específicas en delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo, protección del patrimonio histórico y medio ambiente (art. 340), la malversación (art. 434) o el fraude fiscal (art. 305.6).

<sup>120</sup> Así, SSTS 1237/2003, Penal, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:5951), que la equipara a un «reconocimiento de la validez de las normas infringidas»; 542/2005, Penal, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2005:2705) (una «forma de retorno del autor al ámbito del orden jurídico del cual se alejó cometiendo el delito» en que «lo decisivo es que exteriorice una voluntad de reconocimiento de la norma infringida»); o 203/2011, Penal, de 22 de marzo, (ECLI:ES:TS:2011:2146). Lleva razón por su parte TAMARIT SUMALLA al señalar la contradicción que supone apreciar una supuesta actitud reparadora cuando el acusado no reconoce los hechos, un elemento que (desde su propia perspectiva victimológica de la atenuante) considera el autor un *prius* inexcusable para su apreciación (TAMARIT SUMALLA, *Revista General de Derecho Penal*, [7], 2007, pp. 12-14).



previamente exigida por auto judicial como fianza de una eventual responsabilidad civil, que solo se entiende apta para dar lugar a la circunstancia si se acompaña de una expresa declaración del autor de su afectación a la reparación de la víctima; pero en realidad, como dice la autora, con ello se sobredimensiona una declaración que «solo con mucho voluntarismo y de forma muy remota» puede conectarse con esa intención de «reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados» a la que suele referirse esta jurisprudencia para describir el requisito<sup>121</sup>, y en cualquier caso con ello no se elimina la idea fundamental: identificar la atenuante con un simple pago resarcitorio de los perjuicios causados.

Es pues en esa identificación, que computa lo que en puridad no es sino el cumplimiento de una obligación *civil* de *resarcimiento patrimonial* –en la práctica sin aditamento real alguno y con una buena dosis de lo que ha sido acertadamente descrito como un «automatismo pro-reo»<sup>122</sup>– como un equivalente (parcial) a la respuesta *penal*, donde reside el núcleo de la cuestión y la que (identificado en daño producido por el delito únicamente con los perjuicios a la víctima y no en la dimensión colectiva que todo delito comporta) desemboca en un sesgo privatizador de la reacción penal que encuentra en las conformidades su máxima y más peligrosa expresión<sup>123</sup>.

Aun fundamentando la circunstancia en la satisfacción de los intereses de la víctima (que desde ese enfoque no puede ser otra que la víctima concreta, con sus deseos y percepciones) la jurisprudencia se ve forzada en ocasiones –para evitar condicionar la rebaja de la pena a su percepción de haber sido o no suficientemente reparada, pero sobre todo para eliminar el riesgo de una aplicación desigualitaria de la atenuación en función de la solvencia del acusado– a introducir parámetros intersubjetivos de suficiencia (es frecuente de hecho que la atenuante se aprecie sobre la base de la cuantía indemnizatoria solicitada por el Ministerio Fiscal, aunque esté muy debajo de la reclamada por la víctima<sup>124</sup>), y a contextualizar la valoración de la prestación en función de la capacidad del acusado (no es infrecuente la alusión al «esfuerzo» reparador emprendido)<sup>125</sup>; la misma matización digamos más genuinamente reparadora (al margen de que se justifique con la mera alusión al requisito legal de que la reparación sea prestada por el autor) puede explicar también que se rechace la atenuación cuando el pago procede de una aseguradora en cumplimiento de sus deberes contractuales<sup>126</sup>. En cualquier caso, estas matizaciones de su propio punto de partida victimológico

<sup>121</sup> GARRO CARRERA, en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (coords.), *El papel de la víctima en el Derecho penal*, 2021, p. 158. En esa línea p. ej. STS 145/2020, Penal, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:882).

<sup>122</sup> GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA en sus conclusiones conjuntas a su obra (GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 196).

<sup>123</sup> Desarrollan esta argumentación los trabajos citados de SILVA SÁNCHEZ, ALCÁCER GUIRAO, GARRO CARRERA o ASÚA BATARRITA.

<sup>124</sup> ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 150, citando a GÓMEZ BENÍTEZ.

<sup>125</sup> Vid p. ej. SAP Valladolid 149/2012, Sección 2ª, de 30 de abril (ECLI:ES:APVA:2012:628) (en la que se recoge una mediación), o SAP Barcelona 1014/2009, Sección 3ª, de 17 de noviembre (ECLI:ES:APB:2009:13735). Aunque en esta ambivalencia jurisprudencial que se viene comentando, este tipo de matizaciones conviven con interpretaciones plenamente objetivadoras que sin duda sí desembocan en una circunstancia discriminatoria en función de la situación patrimonial (así, la STS 1112/2007, Penal, de 27 de diciembre [ECLI:ES:TS:2007:8780], cuando concede solo una importancia «colateral» al «contexto económico o posibilidades patrimoniales del encausado y su entorno para indemnizar», pues «en cualquier caso, la reparación ha de ser relevante y satisfactoria desde el punto de vista de la víctima, que no tiene culpa de que el autor del hecho delictivo sea solvente o insolvente»). Una argumentación ciertamente inadmisibles (como con toda claridad argumenta GARRO CARRERA, en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO [coords.], *El papel de la víctima en el Derecho penal*, 2021, p. 154) y que convertiría en insoportable la aplicación de la atenuante si no conviviera con las matizaciones aludidas en el texto.

<sup>126</sup> Punto jurisprudencialmente controvertido: excluyen esta posibilidad STS 1787/2000, Penal, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2000:8445); STS de 20 de noviembre de 2005; SAP Sevilla 566/2007, Sección 1ª, de 10 de octubre (ECLI:ES:APSE:2007:3327); o SAP Barcelona 925/2010, Sección 3ª, de 4 de noviembre (ECLI:ES:APB:2010:9284), que termina sin embargo aplicándola como reparación moral por la petición inmediata de perdón a la víctima.

y «civilista» no consiguen ocultar ciertas disfunciones inevitables: así, por ejemplo, parece difícil evitar que quien puede consignar una fuerte cantidad cuente con más posibilidades de que la atenuante le sea aplicada como muy cualificada; y desde esta misma perspectiva resultará muy complejo fundamentar –al menos cuando de bienes personalísimos se trata– que pueda aplicarse la atenuante cuando la víctima se niega radicalmente a recibir ningún tipo de cantidad –por ejemplo, por considerarlo humillante–.

Y es que, en efecto, si este panorama resulta criticable cuando la atenuante es valorada por el juzgador o el tribunal que conoce de ella en vía de recurso, cuando entra en juego en el marco de una conformidad (lo que es absolutamente frecuente) las disfunciones se intensifican; sobre todo en los casos en que concurre acusación particular, la dimensión negocial del instituto acentúa este enfoque utilitario y en la actualidad ha llegado a impulsarlo hasta un extremo que, a mi juicio, ha de llamar a reflexión. Esta debería atender al menos a dos cuestiones: la intensificación del sesgo privatizador –ya presente en toda justicia negociada– que se imprime a la respuesta penal fruto de un pacto cuando este incluye un elemento de reparación económica<sup>127</sup>, y el riesgo de que la mayor solvencia constituya un favor de privilegio mayor de lo que ya (en parte) es extramuros de la conformidad.

Por lo que al segundo punto se refiere, es verdad que, del mismo modo que en procesos sin conformidad, resultaría en exceso simplista describir la aplicación de la atenuante (y valorarla críticamente) como un instrumento privilegiador sin más de los acusados de mayor solvencia económica<sup>128</sup>; en las conformidades la reparación también se aplica (en ocasiones quizás como mero recurso para vehicular una rebaja de pena por la simple conformidad que como antes se ha dicho quizás encontraría mejor acomodo en la analógica de confesión tardía, al menos tal y como se concibe mayoritariamente la atenuante) en supuestos de un pago muy modesto, como puede observarse en el estudio jurisprudencial aportado en este trabajo; también aquí puede apreciarse (*rectius*: intuirse, dado que las normalmente muy parcas sentencias de conformidad no suelen ofrecer explicaciones) la contextualización en la situación económica del penado. Con todo, este sesgo privilegiador sí puede presentarse claramente en algunos contextos: especialmente en caso de concurrir acusación particular, aquí sí serán los estándares de la víctima los que inevitablemente decidirán si se bloquea o no el acuerdo (supeditando avenirse al pacto a que se llegue a una determinada cantidad, por ejemplo notablemente superior a la fijada por los baremos con los que se opera para los delitos de lesiones), y la solvencia del acusado sí será entonces fundamental para llegar a satisfacerlos<sup>129</sup>. Por otra parte, aunque en ocasiones se llama la atención sobre las posibilidades de extorsión que todo ello pone en manos de la víctima, estimo mucho más preocupante el modo en que su propia vulnerabilidad social puede influir en el acuerdo, de modo que una buena oferta económica pueda inducir a víctimas en situación desfavorecida a no poner problemas a la conformidad; con ello se resucita el viejo fantasma de

---

<sup>127</sup> Se refiere TAMARIT SUMALLA al «uso frívolo» de la atenuante con carácter general pero especialmente en las conformidades (TAMARIT SUMALLA, *Revista General de Derecho Penal*, [7], 2007, p. 3).

<sup>128</sup> Sobre la conveniencia de huir de apriorismos a este respecto, CUGAT MAURI, en GARCÍA ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, p. 361, que señala cómo en delitos contra intereses jurídico-públicos la obligada actuación de la Administración a través de Abogados del Estado, Comunidades Autónomas o entes locales equilibrará las fuerzas con el delincuente económico.

<sup>129</sup> Considera evidente que la mayor facilidad de «fabricarse» la atenuante con que cuenta quien dispone de medios económicos afecta «al principio de igualdad, en su relación con el criterio de proporcionalidad comparativa», ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 158.

la «compra de penas» que con respecto a los delitos sexuales fundamentó en su momento la supresión de la figura del perdón del ofendido<sup>130</sup>.

Al margen del sesgo desigualitario, resulta muy preocupante el profundo grado de privatización de la justicia penal que toda esta dinámica significa. Como antes se señalaba, la lógica civilista de la compensación del daño no puede constituirse en el parámetro *penal* de interpretación de la reparación del daño con efectos en la pena. Coincidiendo plenamente con la síntesis de ASÚA BATARRITA –que incluye también la atenuante de confesión en su reflexión–: «Bajo la advocación del tópico “satisfacción a la víctima” o contribución a la investigación del delito parece resultar indiferente la mayor o menor prontitud de la reparación, el mayor o menor esfuerzo –riesgos asumidos, ventajas a las que se renuncia– asociado a la confesión, en el caso concreto. Esta ausencia de matización conduce al lógico recelo que despierta la contemplación de sustanciosas rebajas de la pena por acuerdos tardíos de reparación, que convierten todo el discurso político-criminal en pactos de conveniencia. Cuando se trata de casos que adquieren notoriedad mediática, no puede extrañar que generen cierto escándalo, y no siempre infundado»<sup>131</sup>.

Plenamente justificado resulta desde luego el impacto y desaprobación en la opinión pública (y publicada) generado por algunos casos recientes de conformidades en delitos sexuales. Es el caso de la SAP de Málaga 181/2022, que gracias a la consignación de 80.000 euros aplica la atenuante de reparación del daño muy cualificada (lo que termina suponiendo dos años de prisión sin oposición a la suspensión, con dos años de inhabilitación especial) a dos policías a los que se condena por delito de abuso sexual con penetración sobre una joven muy embriagada (en cuya casa se presentan, de uniforme y estando todavía de servicio); en la resolución posterior sobre la suspensión, resulta del mayor interés el voto particular discrepante del presidente de la Sección 8ª de la Audiencia, en el que se pone de manifiesto que ni la conformidad en sí misma ni la reparación del daño (que se había satisfecho además sobre la fianza de responsabilidad civil prestada por los padres y no por el condenado) revelan *per se* un buen pronóstico que justificara la suspensión.

Lo cierto es que el pago de una cantidad como elemento que puede llegar a reducir notablemente la pena en delitos contra la libertad sexual en las conformidades (con frecuencia con efecto de cualificada en sí misma o combinada con la analógica de confesión o alguna otra atenuante) se ha convertido en absolutamente habitual. Queda ya muy lejos lo afirmado por el TS en una resolución de 2007 en la que abogaba enfáticamente por aplicaciones «enormemente restringidas» de la atenuante en estos delitos (y en otros contra bienes personalísimos) exigiendo que se encontrara «plenamente justificada» y «adecuadamente razonada» (además de «de alguna manera admitida por el perjudicado o la víctima del delito»), por cuanto «difícilmente pueden repararse con una

<sup>130</sup> En este sentido, en tono extremadamente crítico, ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, *Diario La Ley*, (9931), 2021, p. 5, así como ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 152, quien insiste en excluir cualquier «compra» de la rebaja penal «que se convierte en un refuerzo de una posición de poder del infractor en lugar de un refuerzo de la reprobación de su conducta»; alude a ello, aunque no en relación a la conformidad, TAMARIT SUMALLA, *Revista General de Derecho Penal*, (7), 2007, p. 14. Significativa resulta a este respecto la SAP A Coruña 86/2015, Sección 6ª, de 4 de marzo (ECLI:ES:APC:2015:595), que condena a dos años –con suspensión de ingreso– al sujeto que agrede sexualmente en varias ocasiones a la empleada de hogar cuidadora de su mujer inválida (se califica por delito continuado del art. 178), con aplicación de reparación del daño por el pago de 10.000 euros; *vid.* igualmente SAP Islas Baleares 458/2022, Sección 1ª, de 23 de noviembre (ECLI:ES:APIB:2022:3127), en la que por un delito de trata (con límite mínimo de cinco años) cometido sobre una mujer nigeriana explotada sexualmente durante varios meses se imponen dos años suspendibles por aplicación de la atenuante de reparación del daño muy cualificada (de 3.000 euros); o SAP Barcelona 39/2021, Sección 5ª, de 12 de enero (ECLI:ES:APB:2021:1098). Aunque no esté constituida en acusación particular y carezca por ello de la posibilidad de bloquear el pacto, puede pensarse que al menos cuando se trata de delitos contra bienes jurídicos personalísimos (p. ej. libertad sexual) la Fiscalía sí consulta a la víctima a la hora de cerrar la negociación –así se aconseja al menos en la Circular 2/2009–.

<sup>131</sup> ASÚA BATARRITA, en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión*, 2008, p. 153.

indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal»<sup>132</sup>; que estas afirmaciones sean repetidas en sentencias mucho más recientes –cuando esta práctica en las conformidades se encuentra ya totalmente consolidada–, como en la STS 145/2020, de 14 de mayo (que insiste además en que «en el caso de delitos de agresión sexual (...) debe tener especial relevancia el momento donde se consigna, cómo se lleva a cabo y el proceder en la forma de alegarlo en el plenario»), da cuenta (al margen de que el tenor de la sentencia sea en sí mismo loable, puesto que precisamente pretende separarse de la lógica que venimos criticando) de la muy diferente suerte que puede correr el autor de un delito, asumamos que culpable de los hechos que se le imputan, en función de que haya decidido conformarse o de que la víctima personada haya querido aceptar la cantidad ofrecida<sup>133</sup>.

Estas últimas reflexiones aconsejan una referencia algo más detenida a la situación de la víctima en la negociación de la conformidad.

## 5. El papel de la víctima en la conformidad

Las consecuencias del sistema de conformidad con respecto a la víctima del delito son objeto de valoraciones tremendamente contrapuestas, lo que produce no poca perplejidad en quien se aproxima al tema.

### 5.1. La diversidad de valoraciones sobre las repercusiones del pacto de conformidad para la víctima.

Los defensores más entusiastas de la figura suelen ponderar sus ventajas en este ámbito con el mantra de que los acuerdos de conformidad conducen a una mejor reparación a las víctimas; concebida esta como uno de los fines del proceso penal, en pie de igualdad con la realización del *ius puniendi*, se insiste en que las conformidades facilitan (sin discriminar entre víctima personada y la que no lo está) una reparación del daño más rápida y cierta frente a una posibilidad indemnizatoria insegura y en cualquier caso, diferida en el tiempo<sup>134</sup>. A ello se añade el evitar a la víctima pasar por la celebración de un juicio que, más allá de las molestias e inversión de tiempo que para todos los involucrados supone, puede comportar para ella –al menos en el caso de determinados delitos– el tan temido efecto revictimizador.

Por su parte, las críticas a la conformidad desde la perspectiva de sus implicaciones para la víctima del delito se formulan desde distintos frentes, que examinaremos primero desde una perspectiva más general para centrarnos después en el estado de la cuestión en nuestro país. La visión más radical –que objetaría a la institución *in toto*– podría identificarse con las posturas próximas a la idea de un verdadero derecho de la víctima al castigo (pleno) del autor, un punto de partida contrario o cuando menos reticente a la renuncia por el Estado al castigo (o a parte de él) por motivos de mera oportunidad ajenos al injusto culpable; en su versión extrema de fundamentar un rechazo a la figura *per se*, esta visión –que de sustentarse resulta obviamente

---

<sup>132</sup> STS 1112/2007, Penal, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2007:8780).

<sup>133</sup> STS 145/2020, Penal, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:882).

<sup>134</sup> Por todos, GIMENO SENDRA, *La simplificación de la Justicia penal y civil*, 2020, pp. 36, 44 (con la supeditación de la conformidad al compromiso de satisfacer la responsabilidad civil introducido para los juicios rápidos en el art. 801.3 LECrim por la LO 8/2002, «es obvio que la conformidad ha pasado a desempeñar una nueva función, yuxtapuesta a la economía procesal, cual es la de convertirse en un instrumento de la justicia restaurativa de la víctima»); compromiso de reparación que el autor propone extender como condición de la conformidad en todo tipo de procesos. Se alude también a ello en el ya citada Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía Española.

extensible, por lo demás, al resto de manifestaciones de la moderación o exclusión de la pena por motivos puramente político-criminales<sup>135</sup> resulta del todo infrecuente, por más que en ocasiones sí se llame la atención, en tono crítico, sobre el perjuicio que para «los intereses» de la víctima supone la rebaja de pena pactada en la conformidad<sup>136</sup>.

Mayor interés revisten, a mi entender, las objeciones basadas en lo que podríamos denominar un cierto derecho de la víctima «al proceso» y, más en concreto, a la celebración del juicio. Como he tratado de poner de manifiesto en un trabajo anterior relativo a los enfoques teóricos que (aun sin excluir su compatibilidad con otras finalidades) atribuyen a la pena una especial dimensión sobre todo simbólico-expresiva respecto de la víctima, este tipo de aproximaciones conceden especial relevancia a la declaración de atribución del injusto al autor –con el carácter público, formalizado y solemne que el proceso le confiere– como mensaje de solidaridad reparador para la víctima; una dimensión esta que –aunque no suela hacerse expreso, puesto que es notoria la parquedad de la mayoría de los autores inscritos en esta línea a la hora de traducirla en consecuencias jurídico positivas– parece casar mejor con la búsqueda y declaración de la verdad material que con una declaración de hechos «pactada» sin celebración de juicio oral<sup>137</sup>.

Con todo, lo cierto es que en las escasas menciones a la conformidad por parte de autores inscritos en esta línea, la crítica no se traduce, en lo que se me alcanza, en una impugnación de la figura *per se*; y ni siquiera es así desde puntos de vista (conexos con el anterior) que, como la Corte Constitucional colombiana, han elevado a rango constitucional para las víctimas de cualesquiera delitos los derechos a la «verdad, justicia y reparación» inicialmente decantados por la jurisprudencia internacional (especialmente la Corte Interamericana) respecto de las víctimas de graves crímenes contra los derechos humanos<sup>138</sup>. Probablemente por lo compartido de la percepción (más o menos resignada) de la justicia negociada como una realidad irreversible, las premisas mencionadas no desembocan en un rechazo frontal a la conformidad –ni en su dimensión de renuncia parcial a la pena, ni en la de renuncia al juicio–, sino que suelen traducirse, en un sentido más modesto, en la exigencia de un mayor reconocimiento al papel de

---

<sup>135</sup> Sobre esta contraposición entre derecho de la víctima a la pena y cláusulas de renuncia en sede de punibilidad, aplicado a los delitos de terrorismo, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «Algunas reflexiones sobre la punibilidad en el tratamiento jurídico del terrorismo», en GIL GIL/MACULAN (coords.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, 2017, pp. 243 ss., 255 ss. El trabajo de GARCÍA DEL BLANCO, «Conflicto de intereses: la víctima en el proceso y en la ejecución penal», en GIL GIL/MACULAN (coords.), *La influencia de las víctimas*, 2017, pp. 275 ss., 278 ss., puede considerarse igualmente una muestra de una visión reticente de las cláusulas premiales por colaboración (como también de la expulsión de extranjeros procesados incurso en causa administrativa para ello) por perjudicar los intereses de la víctima.

<sup>136</sup> Llama la atención sobre «la nula consideración a la víctima (no parte acusadora) cuando se pacta a sus espaldas una sentencia de conformidad con una rebaja considerable de la pena a imponer», ETXEBERRIA GURIDI, «Incidencia del nuevo Estatuto de la víctima del delito en su derecho a los recursos», *Revista General de Derecho Procesal*, (45), 2018, pp. 1 ss., 32.

<sup>137</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «El interés de la víctima en el castigo del autor (acción penal, ejecución de la pena, indulto)», *Revista General de Derecho Penal*, (35), 2021, pp. 1 ss. Sí hacen expreso este punto de vista WEIGEND/IONTCHEVA, cuya crítica a la excesiva desatención a la víctima en el proceso negociador parte de considerar que este sustituye al juicio, «en el que las víctimas reciben reconocimiento y una cierta reparación» (WEIGEND/IONTCHEVA, *German Law Journal*, [15-1], 2014, p. 12).

<sup>138</sup> Un repaso a su propia doctrina respecto de los derechos de las víctimas puede encontrarse entre otras muchas en sentencia C-454/2006, que en sus §§ 30 a 35 los condensa así: derecho a la verdad (que en su dimensión individual se entiende como «derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso»); derecho a la justicia (entendido como «derecho a que no haya impunidad», lo que para el Estado deriva en las obligaciones positivas de investigación y sanción, traducidas para la víctima en «un verdadero derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a *participar*» en él –cursiva en el original–); y derecho a la reparación. *Vid.* igualmente las sentencias 1260/2005, o 059/2010.

la víctima en la adopción del acuerdo; un papel que no se identifica con un derecho de veto (propuesta muy minoritaria)<sup>139</sup>, sino, más modestamente, con derechos como ser informada de las negociaciones, participar en ellas, ser escuchada por el juez que ha de aprobar el acuerdo, o poseer legitimación activa para recurrir la sentencia basada en el acuerdo del que discrepa<sup>140</sup>.

Esta última es la línea adoptada a partir de finales de los años 70 y de modo creciente desde entonces en Estados Unidos: si se tiene en cuenta que instrumentos como los conocidos *victim's impact statements* (que se habían asentado con anterioridad en la legislación y práctica) solo pueden desplegar una influencia muy moderada sobre el juez encargado de fijar una pena que en gran parte ya viene predeterminada por lo previamente pactado en el acuerdo, desde la perspectiva favorable al reconocimiento de los derechos de la víctima tiene todo el sentido posibilitarle influir en esa fase previa de fijación de los cargos, de la que tradicionalmente había permanecido excluida por completo. La forma y el momento en que dicha intervención se concreta dentro del proceso de negociación varía notablemente en la legislación de los distintos estados (no pocos han incorporado este derecho incluso en enmiendas constitucionales) y en función de su propio sistema de *plea-bargaining*, pero en cualquier caso interesa hacer notar que ni a nivel federal ni en ninguno de los estados se concede a la víctima el derecho a vetar el acuerdo<sup>141</sup>. El derecho de veto, en lo que se me alcanza, es absolutamente inusual en los sistemas de *plea bargaining* en Derecho comparado.

Por lo que se refiere al TEDH, la perspectiva desde la que prácticamente siempre se analiza la figura del *plea-bargaining* no es la de los derechos de la víctima del delito, sino la de su compatibilidad con los derechos del acusado derivados del art. 6 CEDH, a la que ya nos hemos referido. Es cierto que – en el contexto de su doctrina sobre las obligaciones positivas del Estado en materia penal (los conocidos deberes de previsión, investigación, enjuiciamiento y sanción suficiente de cuando menos las vulneraciones graves de los derechos convencionales)– la tercera de estas obligaciones puede interpretarse como el correlativo de un cierto derecho de la víctima *al proceso*; pero el tribunal nunca ha identificado tal cosa con un derecho al juicio oral en sí mismo o a un esclarecimiento de los hechos que necesariamente haya de pasar por su celebración.

## 5.2. Víctima y conformidad en el ordenamiento español.

Centrémonos ahora algo más en el caso español, en el que la intervención de la víctima se configura de forma radicalmente distinta en función de que se encuentre o no personada como acusación particular. Caso de estarlo, de modo coherente con su estatus de parte acusadora en igualdad de condiciones que la acusación pública, la víctima tiene en su mano la posibilidad de

<sup>139</sup> No es casual que sí la formulara en su día FLETCHER, uno de los autores más rotundos en la afirmación del derecho de la víctima al castigo del autor (FLETCHER, *With justice for some: victims' rights in criminal trials*, 1995, pp. 247-248).

<sup>140</sup> En esta línea se mueve la propia Corte Constitucional colombiana en sentencia C-516/2007 relativa a la interpretación de la regulación de la figura del «preacuerdo» en los arts. 348 a 352 del Código Procesal colombiano. Especialmente crítico con la práctica de pactar en el preacuerdo unos hechos más favorables que los acaecidos, lo que supone una desnaturalización de la realidad y (al sumarse a la propia rebaja por conformidad) un «doble beneficio» que vulnera los citados derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación, PEÑA BERNAL, «Los preacuerdos: legalidad, ficción legal y reducción de la pena», *Revista Derecho Penal y Criminología*, (40-108), 2019, pp. 37 ss., *passim*.

<sup>141</sup> Como ocurre con cualquier otro aspecto del *plea-bargaining* en Estados Unidos, la bibliografía es inabarcable. Entre muchísimos trabajos resulta útil la panorámica ofrecida por TOBOLOWSKI *et. al.*, *Crime Victim Rights and Remedies*, 3ª ed., 2016, pp. 83-97; JONES, «The Ascending Role of Crime Victims in Plea-Bargaining and Beyond», *West Virginia Law Review*, (117), 2014, pp. 97 ss. La antes citada propuesta de FLETCHER de atribuir a la víctima un derecho de veto fue en su día mayoritariamente criticada, entre otras razones, como muestra de inaceptable privatización de la justicia; así, HENDERSON, «Whose Justice? Which Victims?», *Michigan Law Review*, (94), 1996, pp. 1596 ss., 1606-1607; SCHULHOFER, «The Trouble with Trials; the Trouble with Us», *Yale Law Journal*, (105), 1995, pp. 825 ss., 847, quien se pregunta «por qué han de tener las víctimas el control sobre decisiones que pretendemos que sirvan a finalidades públicas, no privadas».

vetar el acuerdo y con ello de imponer la celebración del juicio –una atribución, como hemos dicho, absolutamente infrecuente en Derecho comparado, y que se extiende en iguales términos a la acusación popular–: si cualquiera de ellas sostiene una petición de pena superior a la solicitada por la Fiscalía (estando el acusado dispuesto a conformarse solo con esta última), el juicio ha de celebrarse<sup>142</sup>. Probablemente en nuestro sistema procesal no existe otra solución posible que reconocer a la víctima personada este poder de veto, pero en cualquier caso ha de destacarse el grado de poder que ello le confiere. Por supuesto, tras el juicio al que su falta de conformidad obliga puede el juzgador llegar a una calificación incluso más benigna que la rechazada por la acusación particular y que el acusado sí estaba dispuesto a aceptar; pero en caso de condena, el haberse celebrado el juicio sí parecería bloquear el descuento de pena correspondiente a la conformidad (especialmente si es fijo y notable).

A la víctima no personada, en cambio, no se le atribuye en el plano normativo papel alguno en el proceso negociador que subyace a las conformidades, y tampoco en la práctica –a pesar de las bienintencionadas recomendaciones contenidas en la Instrucción 2/2009 de la FGE– suele ser consultada por la Fiscalía<sup>143</sup>; voces doctrinales cercanas a la reivindicación de los derechos de las víctimas en el proceso critican el que con frecuencia tan solo sea sorpresivamente notificada de un acuerdo de conformidad del que nada ha sabido hasta el momento<sup>144</sup>. De ahí que desde estas perspectivas se haya propuesto diversas alternativas para reforzar su posición, como la de conceder a la víctima legitimación activa para recurrir la sentencia de conformidad, excluir la conformidad respecto de determinados delitos «de especial gravedad desde el punto de vista de las víctimas» o supeditar la rebaja de pena pactada en conformidad a la satisfacción de las responsabilidades civiles<sup>145</sup>; desde un plano más general que implicaría un cambio muy profundo y parece que poco probable, se sugiere también reorientar la conformidad como instrumento de verdadera reparación en términos de justicia restaurativa<sup>146</sup>.

La situación no ha variado con la aprobación de la norma reguladora del Estatuto de la víctima del delito. La LEV, en efecto, no menciona en absoluto la posición de la víctima no personada en la conformidad, lo que cuando menos contrasta con disposiciones como su legitimación activa para recurrir el auto de sobreseimiento, lo que en un trabajo anterior he valorado como evidencia de que cuando más intensamente está en juego la tan ansiada conclusión anticipada del proceso, menos firme se muestra el Estado en ese «compromiso con la víctima» que la LEV pretende encarnar<sup>147</sup>.

<sup>142</sup> Vid. STS 767/2013, Penal, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4998), que considera que la no aceptación de la conformidad por parte de la víctima «forma parte del legítimo ejercicio de las facultades que su estatuto procesal le confiere» y no ha de entenderse como «un acto procesal de insolidaria intransigencia».

<sup>143</sup> Instrucción 2/2009 FGE, apdo. III.2. Tampoco se otorga papel alguno a la víctima no personada en el Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía Española.

<sup>144</sup> En esta línea los trabajos de AGUILERA MORALES, «Víctima y conformidad: el encuentro de dos rectas paralelas llamadas a coincidir», en DE HOYOS SANCHO (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, 2017, pp. 99 ss.; o GADDI, «Materiales para una justicia restaurativa», en GARCÍA-ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, pp. 271 ss.

<sup>145</sup> Las citas y propuestas corresponden a AGUILERA MORALES, en DE HOYOS SANCHO (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, 2017, pp. 115-116. No por casualidad sugiere la autora que los delitos excluidos sean los mismos respecto de los que el art. 13.1 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEV) confiere a la víctima un papel activo en sede de ejecución de la pena. Los intereses resarcitorios de la víctima no personada sí son objeto de mayor atención en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020; en adelante, APLECrim 2020, cuyo art. 172.1 establece que «si no se encuentra suficientemente salvaguardada la reparación de la víctima, el Juez de la Conformidad rechazará sin más trámites la solicitud formulada».

<sup>146</sup> GADDI, en GARCÍA-ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, pp. 302-307.

<sup>147</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Revista General de Derecho Penal*, (35), 2021, p. 20.

No es esta la línea seguida por las distintas propuestas de reforma del sistema procesal que hemos conocido en los últimos quince años, que más bien tienden a limitar –dentro de un orden– la intervención de la víctima (personada) en sede de conformidad. En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (en adelante, APLECrim 2011), la limitación, más liviana, afectaba únicamente al modo de ventilarse la responsabilidad civil en caso de no haber acuerdo sobre ella (pero sí sobre la pena); la solución todavía hoy vigente (que haya de celebrarse el juicio aunque únicamente sobre los aspectos relevantes para la fijación de esta última) se sustituía en el art. 141 por la terminación definitiva del proceso penal, con reserva de acciones a la víctima que decidiera reclamar ante la jurisdicción civil; una propuesta que se reproduce en el art. 168.2 APLECrim 2020. Más incisiva resultaba, por su parte, la propuesta del Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (en adelante, BCPP 2013), que, aun manteniendo en principio la necesidad de acuerdo con la acusación particular en la pena conformada, preveía un así llamado «Incidente de control de la conformidad por la extensión de la pena», que en definitiva permitía al Tribunal aprobar el acuerdo entre Fiscalía y defensa, aun en contra de las restantes partes acusadoras, si la postura de estas últimas se considerase «de todo punto irrazonable o contrarias a la ley o a la buena fe procesal»<sup>148</sup>. Resulta difícil aventurar cuál podría llegar a ser el verdadero rendimiento práctico de una disposición de esta índole (la que ha ido más lejos en la limitación del poder de la acusación particular/popular en sede de conformidad); a pesar de las críticas que en su momento suscitó a valedores de los derechos de la víctimas como muestra de una inaceptable relegación de sus intereses<sup>149</sup>, no es descartable que hubiera sido concebida como un instrumento con el que contrarrestar más bien a la acusación popular, cuyo ejercicio es más proclive a la instrumentalización por motivos espurios (piénsese, por ejemplo, en el campo de los delitos relacionados con la corrupción, y en el papel que puede desempeñar para bloquear pactos que puedan ser ventajosos para Fiscalía y defensa)<sup>150</sup>.

## 6. Estudio jurisprudencial

Con toda la prudencia a la que obliga la muy variada operatividad de la conformidad en función del contexto y el ámbito delictivo de que se trate, hemos considerado de interés incorporar a estas páginas un estudio jurisprudencial que nos permita constatar hasta qué punto toman cuerpo en la práctica los riesgos y desventajas que se han ido comentando hasta aquí. Para ello se ha utilizado una muestra de sentencias de conformidad sobre delitos contra la libertad sexual dictadas por dos Audiencias Provinciales de distintas Comunidades Autónomas (Islas Baleares, y Pontevedra) durante el año 2022. La elección de estas concretas figuras delictivas como campo de estudio obedece a las numerosas características que lo convierten es especialmente idóneo para poner sobre él el foco en relación con la conformidad. Son delitos con marcos penales abstractos amplios ya en el tipo básico (problema acrecentado si cabe con las últimas reformas),

<sup>148</sup> Art. 110 BCPP 2013.

<sup>149</sup> Así DOIG DÍAZ, «La potenciación de la conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal», *Revista General de Derecho Procesal*, (37), 2015, pp. 1 ss., 18. Sobre la base de entenderla como de excepcional aplicación AGUILERA MORALES, «La conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal: ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius» en RUIZ LÓPEZ et al. (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, 2015, pp. 829 ss., pp. 860-861.

<sup>150</sup> Y ello a pesar de que el propio BCPP 2013 ya establece limitaciones previas a la figura de la acusación popular, destinadas precisamente a evitar su ejercicio por motivos espurios. Sobre el tema, aunque no mencione su incidencia en materia de conformidad, BOIX REIG, «Sobre los procedimientos penales relativos a delitos contra la Administración Pública», en JAREÑO LEAL (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal*, 2014, pp. 15 ss., 33-39.



que en sus modalidades más graves pueden llegar a traducirse en penas de prisión enormemente elevadas<sup>151</sup>; cuentan con numerosas circunstancias específicas que conducen a subtipos agravados<sup>152</sup>; son especialmente proclives a problemas probatorios y –en determinados contextos– a que pueda concurrir un error de tipo (sobre el consentimiento del sujeto pasivo o sobre su edad) de incierta apreciación por el juzgador; contienen cláusulas de exoneración de la responsabilidad muy abiertas a interpretación y cuya eventual aplicación puede resultar muy incierta para el acusado (me refiero obviamente a la cláusula de cercanía de edad y madurez del art. 183 bis que de un plumazo permite al tribunal no sancionar conductas que inicialmente pueden estar, en caso de haber habido relaciones sexuales plenas, en la franja nada menos que de ocho a doce de prisión –diez a doce si se aprecia delito continuado–); dan lugar (aunque ni mucho menos siempre) al ejercicio de la acusación particular, y, por último (pero obviamente fundamental) en estos delitos la terminación anticipada del proceso mediante sentencia de conformidad, también con acusación particular, resulta muy frecuente (mucho más, de hecho, de lo que puede pensarse), lo que por cierto revela lo tergiversador del discurso –insoportablemente presente en la tortuosa reciente reforma y contrarreforma de estos delitos– del castigo «completo» como algo debido a la dignidad de las tan traídas y llevadas víctimas.

Dado que, como se ha apuntado *supra*, el pacto sobre los hechos es un elemento incognoscible para el observador, en lo que sigue prescindiremos de este elemento y evaluaremos los beneficios de la conformidad tal como se presentan en las sentencias estudiadas, partiendo del tipo penal pactado ajustado a los hechos conformados.

Pues bien, sobre la base de las sentencias consultadas, con toda la prudencia que requiere elevar a afirmación general lo que de momento es tan solo un análisis de un sector muy específico de la realidad (y tampoco definitivo), sí creo posible identificar algunos rasgos, cada uno de los cuales será objeto de comentario.

1. En primer lugar, y esta es una afirmación que sí parece extrapolable con carácter general, es claro que *la frontera de los dos años de prisión en la pena conformada, a los que se añade la no oposición de MF y en su caso acusación particular a la suspensión del ingreso, juega un papel absolutamente esencial en las conformidades*<sup>153</sup>. Ahora bien, en la extrema importancia que el no ingreso en prisión determina para cualquier acusado de un delito –lo que la convierte en un «mecanismo extraordinariamente importante para incentivar la conformidad»–<sup>154</sup>, es curioso comprobar (de nuevo, con todas las cautelas necesarias) que ello juega en una doble dirección. Por un lado, en las *conductas de menor entidad*, muchos acusados se conforman con la pena de dos años que en realidad les hubiera sido imponible con facilidad como límite mínimo de la pena abstracta prevista para su delito (por ejemplo, el tipo básico del art. 183.1 previo a las últimas reformas), de modo que el hecho de haberse conformado no les supone un beneficio claro (menos apreciable aún si hubiera existido reparación del daño). Pareciera que en muchos de estos casos

<sup>151</sup> Sobre los delitos sexuales, especialmente los relativos a menores, como paradigma de la irracionalidad legislativa, entre otros autores, CUERDA ARNAU, «Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores», *RECPC*, (19-09), 2017, pp. 1 ss.

<sup>152</sup> Al margen de todos los subtipos agravados específicos previstos en los arts. 180 y 181, en marcos penales tan amplios como los de estos delitos se antoja especialmente relevante la aplicabilidad –ya apreciada en varias sentencias del TS pero que todavía no puede considerarse consolidada– de la agravante genérica de comisión del delito por discriminación en razón de género del art. 22.2 CP.

<sup>153</sup> Cfr. VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ MANRIQUE, *InDret*, (1), 2022, pp. 326, cuyo estudio cifra en una probabilidad de conformarse casi tres veces mayor cuando la pena de prisión va a ser suspendida.

<sup>154</sup> VARONA GÓMEZ, en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante «lo empírico»*, 2021, p. 294.

más leves al MF le resulta fácil obtener la conformidad del acusado sin necesidad de hacer grandes concesiones en términos de pena, y o bien ni siquiera se aplica atenuante alguna, o bien en caso de ser aplicadas la reparación o confesión no comporta la disminución en un grado (y mucho menos en dos) que en cambio sí es tan frecuente en conductas mucho más graves, a las que en no pocas ocasiones se aplica generosamente, además, unas dilaciones indebidas que en estos casos más leves no parecen interesar a la Fiscalía a pesar de constatarse con frecuencia trascurros temporales similares. Digamos que al MF en estos supuestos la conformidad le sale barata y al acusado, en cambio, le sale menos ventajosa en términos de pena que a autores de modalidades más graves (le basta con la suspensión del ingreso y con el hecho, valioso *per se*, de ahorrarse la carga aflictiva inherente al juicio)<sup>155</sup>. Una muestra, pues, del sesgo desigualitario inherente a la conformidad.

Numerosas sentencias de entre las examinadas para este estudio presentan este patrón (en todas ellas la pena conformada es de 2 años de prisión, más libertad vigilada en distintas extensiones): SAP Islas Baleares 66/2022, Sección 2ª, de 4 de febrero (ECLI:ES:APIB:2022:417) (aproximarse en la playa a una niña de once años, a la que se toca el pecho y la vagina por dentro del bañador, sancionado por el art. 183.1); SAP Islas Baleares 69/2022, Sección 2ª, de 7 de febrero (ECLI:ES:APIB:2022:1337) (entrar varias veces desnudo en la habitación de su casa donde duermen dos menores que han consumido previamente alcohol, y poner el pene en la mano de una de ellas; se sanciona por el art. 183.1, más multa por exhibicionismo del art. 185); SAP Islas Baleares 46/2022, Sección 1ª, de 9 de febrero (ECLI:ES:APIB:2022:154) (ofrecer pagar a dos menores de trece años por hacerle una felación, sancionado por corrupción de menores *ex art.* 188.4); SAP Islas Baleares 165/2022, Sección 2ª, de 28 de marzo (ECLI:ES:APIB:2022:502) (amigo de la familia que varias veces el mismo día acaricia a una menor de trece años metiendo su mano por debajo de la falda subiendo hasta la ingle, hasta que la menor se levanta y se marcha: se aplica el art. 181.1 con agravante de abuso de confianza que se compensa con la reparación); SAP Islas Baleares 138/2022, Sección 1ª, de 11 de abril (ECLI:ES:APIB:2022:1257) (hacer en una ocasión que la hija de un amigo, de siete años, le masajee los genitales por encima de la ropa; se aplica el art. 183.1 sin circunstancias, a pesar de parecer claras además unas dilaciones indebidas); SAP Pontevedra 87/2022, Sección 5ª, de 2 de marzo (ECLI:ES:APPO:2022:574) (profesor de inglés que tras la clase en su casa toca a niña de once años consiguiendo meter su mano por el pantalón y tocarle las nalgas, art. 183.1); SAP Pontevedra 289/2022, Sección 5ª, de 5 de julio (ECLI:ES:APPO:2022:1836) (tocar la vagina de una niña de 7 años en una ocasión, imponiéndose la pena mínima del art. 183.1); SAP Pontevedra 293/2022, Sección 2ª, de 27 de octubre (ECLI:ES:APPO:2022:2850) (posesión de numerosos archivos de pornografía infantil, sancionado con dos años –ni siquiera se aplica la pena mínima del marco abstracto del art. 189.1 b)–). *Muestras especialmente llamativas de conformidades poco ventajosas* son SAP Islas Baleares 117/2022, Sección 2ª, de 3 de marzo (ECLI:ES:APIB:2022:708) (inmigrante colombiano sin residencia legal que acepta dos años *ex art.* 183.1 por tocar los pechos por detrás a una adolescente por encima de la ropa, más seis meses por delito de exhibicionismo *ex art.* 185 –; cuando tiene pena alternativa de multa!–, y una expulsión con prohibición de entrada por diez años cuando se cumplan los dos tercios de una prisión a cuya suspensión se opone el MF); o SAP Pontevedra 34/2022, Sección 5ª, de 2 de febrero (ECLI:ES:APPO:2022:548), en la que a pesar de la evidente poca importancia de la conducta –tocar sorpresivamente el pecho por encima de la

<sup>155</sup> No puede desconocerse tampoco la importancia que en esta clase de delitos (especialmente todo lo referido a abusos de menores) puede desempeñar para el acusado, además de la suspensión, el sustraerse a un juicio público sobre una conducta que pueda ser desconocida en su entorno y que –incluso sin llegar a ser grave– es socialmente percibida como especialmente disvaliosa, un factor que sin duda favorece estas conformidades poco ventajosas en términos de pena.

ropa a una niña de trece años en un centro comercial– la conformidad no le vale al acusado ninguna ventaja, más allá de la condena por el límite mínimo del art. 183.1 que en todo caso le hubiera sido imponible.

Es en este tipo de contextos donde mejor encaja la conclusión defendida por VARONA GÓMEZ del uso de la suspensión como «anzuelo» para las conformidades<sup>156</sup>, en conexión, además, con otra cuestión analizada por el mismo autor: la presión para que el acusado asuma el compromiso de pago de una responsabilidad civil –parte del acuerdo de conformidad– para la que puede no ser suficientemente solvente. Es cierto que la asunción del compromiso de pago es propia del régimen general de la suspensión, y que el impago puede siempre dar lugar a la revocación; pero parece correcta la interpretación de VARONA GÓMEZ de que la propia presión del sistema para obtener la conformidad que le interesa («confórmate aunque seas insolvente y no puedas pagar la responsabilidad civil, y con ello te recompensaremos con una suspensión de la pena de prisión que luego ya revocaremos (...)»<sup>157</sup>).

2. En cambio, parece poder afirmarse que *la Fiscalía se muestra mucho más generosa con las rebajas de pena por conformidad en conductas de clara mayor gravedad* que las anteriores, que a menudo terminan igualmente con una pena de dos años de prisión con suspensión de la pena merced a la aplicación de la rebaja de uno o incluso dos grados, ya sea por el juego de una atenuante muy cualificada (normalmente la reparación) o la suma de la reparación y confesión (ocasionalmente se aprecian dilaciones indebidas). Presuponiendo un acusado culpable de los hechos conformados, la conformidad le resulta mucho más ventajosa que con respecto a supuestos más leves<sup>158</sup>.

Para poder apreciar la corrección de lo que acaba de afirmarse, no parece superfluo dar cuenta con cierto detalle de los hechos de numerosas sentencias que concluyen con dos años de prisión suspendibles (más libertad vigilada en distintas extensiones): SAP Islas Baleares 174/2022, Sección 2ª, de 26 de enero (ECLI:ES:APIB:2022:834) (penetración de víctima bebida, «aturdida, sin capacidad de decisión», se aplica el art. 181.4, con atenuante muy cualificada de reparación del daño por la consignación de 25.000 euros); SAP Baleares 376/2022, Sección 2ª, de 6 de septiembre (ECLI:ES:APIB:2022:2361) (fisioterapeuta que realiza tocamientos a menor hasta introducirle el dedo pulgar en la vagina durante un minuto; se sanciona por el art. 183.1 y 3, con reparación del daño por consignación de 7.000 euros y unas dilaciones indebidas que no se argumentan en absoluto); SAP Baleares 464/2022, Sección 2ª, de 11 de noviembre (ECLI:ES:APIB:2022:3338) (penetrar a una conocida muy embriagada en estado de semiinconsciencia, art. 181.2º y 4º, reparación del daño muy cualificada por pago de 15.000 euros); SAP Baleares 467/2022, Sección 2ª, de 15 de noviembre (ECLI:ES:APIB:2022:3161) (padre que desde los nueve años de su hija y durante varios años «la obligaba a dormir en la misma cama y le tocaba los genitales, los pechos y los glúteos, incluso se masturbaba en la cama en presencia

<sup>156</sup> VARONA GÓMEZ, en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante «lo empírico»*, 2021, pp. 281 ss., *passim*.

<sup>157</sup> VARONA GÓMEZ, «Conformidad, suspensión de la pena y responsabilidad civil: un problema no resuelto», *InDret*, (3), 2022, p. 4. Precisamente de un caso de ese tipo se ocupa la STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), si bien la cuestión no se analiza en los términos que aquí interesan.

<sup>158</sup> No se nos oculta que para determinadas víctimas el deseo de evitar el juicio puede ser especialmente intenso en estos delitos, y que para la propia Fiscalía este factor puede constituir también un elemento que incline a favorecer especialmente el pacto. Cuestión distinta, por supuesto, es el peso que desde un punto de vista de merecimiento de pena ha de concedérsele, pues el efecto eventualmente revictimizador del juicio no puede convertirse en decisivo (algo a lo que ha de contribuir un tratamiento especialmente cuidadoso de la víctima en el juicio oral, línea en la que ya ha avanzado la Ley del Estatuto de la Víctima).

de la menor», diagnosticada después de daño psicológico y estrés postraumático, hechos calificados como delito continuado del art. 183.1 y 4 d), aplicada reparación del daño muy cualificada –10.000 euros–); SAP Baleares 497/2022, Sección 1ª, de 15 de diciembre (ECLI:ES:APIB:2022:3329) (violación del art. 179 a un adolescente de dieciséis años, con atenuantes de intoxicación –por consumo de cocaína, elemento fáctico añadido en las conclusiones definitivas–, y una reparación del daño por el compromiso de completar el pago de los 3.000 euros de responsabilidad civil –en este caso sí había habido prisión provisional–).

3. Las importantes rebajas de pena obtenidas gracias a la conformidad se traducen en *diferencias de trato muy relevantes respecto de sustratos fácticos muy similares*. El mejor modo de comprobar la incidencia real de la conformidad en el segundo grupo de casos comentado anteriormente (aquellos de cierta gravedad en los que sí se produce una importante atenuación de la pena con el fin de alcanzar la pena de prisión suspendible) pasa por contrastar las sanciones impuestas en casos similares (de nuevo: con *hechos pactados* similares a los sí probados en sentencia). La revisión de casos realizada permite localizar con facilidad llamativos contrastes de esta índole.

En SAP Islas Baleares 159/2022, Sección 1ª, de 27 de abril (ECLI:ES:APIB:2022:1056) se condena a dos años suspendibles al bisabuelo de una niña de siete años que en múltiples ocasiones a lo largo de un año la somete a tocamientos vaginales por debajo de la ropa, lame su vagina en varias ocasiones, y le hace acariciarle los genitales. Consignados 10.000 euros, se aprecia delito continuado del art. 183. 1 y 4 –obviamente desconocemos si existe ya un pacto en los hechos para que el contacto bucal no aparezca como «introducción de la lengua», lo que variaría enormemente la calificación– con las atenuantes de reparación del daño y dilaciones indebidas, lo que implica que la pena inicialmente aplicable de cinco a seis años de prisión quede en dos años con suspensión. Tan solo unos días antes, la misma Audiencia Provincial en sentencia 197/2022, Sección 2ª, de 19 de abril (ECLI:ES:APIB:2022:1338) impone una pena de cuatro años de prisión, en sentencia no de conformidad, al abuelo que, según rezan los hechos probados tras el juicio oral, en una ocasión se sienta en el sofá junto a su nieto de nueve años, le coge el pene e inicia la acción de masturbarlo, hasta que el niño, que intenta retirar su mano varias veces, se termina levantando. Al aplicarse dilaciones indebidas, la pena se impone en su mínima extensión (que abarca de 4 a 6 años por apreciarse el subtipo agravado del art. 183.1.4 d)). Una pena de cinco años de prisión (la mínima dentro del marco de cinco a seis años), también en sentencia ordinaria sin conformidad (SAP Islas Baleares 132/2022, Sección 2ª, de 9 de marzo [ECLI:ES:APIB:2022:1332]), se impone al padre separado que de modo continuado toca los pechos de su hija de 8 años, y que en una ocasión, en la ducha, chupa uno de ellos. Los dos años transcurridos entre la denuncia y la sentencia no inclinan aquí al tribunal por apreciar la atenuante de dilaciones.

Diferencias muy notables de pena pueden apreciarse también en relación con tipos más graves en los que el factor diferencial para la conformidad del acusado no radica ya en la pena de dos años suspendible, de los que expondré un ejemplo muy ilustrativo.

En SAP Pontevedra 324/2022, Sección 2ª, de 7 de diciembre (ECLI:ES:APPO:2022:2910), de conformidad, se condena a *cinco años de prisión* –partiendo del marco abstracto de diez a doce años, por calificarse como delito del art. 183.3 y 4 d)– al padre que durante al menos año y medio somete a su hija de once años a tocamientos, sexo oral e introducción de dedos en la vagina; la disminución de la pena en un grado completo obedece a acumularse las atenuantes de reparación (se consignaron 10.000 euros) y analógica de confesión. En cambio, en SAP Islas Baleares 99/2022, Sección 2ª, de 21 de febrero (ECLI:ES:APIB:2022:385) –no de conformidad–, se

imponen *trece años y seis meses de prisión* al sujeto que durante dos años somete a la hija de su pareja a un continuo abuso consistente en tocamientos vaginales por debajo de la ropa, con introducción de dedos, y hacer que la niña le tocara a él. A pesar de aplicarse reparación del daño, por haberse consignado 5.000 euros, la pena aparece como desproporcionadamente alta en relación a la impuesta en el caso conformado, en los que además concurre una conducta no contenida en el segundo (sexo oral) que no parece de menor importancia. Dado que en ambas se aprecia la reparación, y en ninguna de ellas concurren dilaciones u otros factores que alteren la comparación, la diferencia estriba únicamente en esa colaboración con la justicia, acto contrario supuestamente «reparador del orden jurídico», a la que en tono justificativo (con cita del ATS 147/2021, Penal, de 4 de marzo [ECLI:ES:TS:2021:3362A]) alude la SAP de Pontevedra.

4. *La cláusula de exención de responsabilidad del art. 183 bis, con sus extremos efectos* (recordemos que relaciones con acceso carnal consentido por el menor de 16 años comportan, si se aplica la continuidad delictiva, un marco de partida entre diez y doce años *ex art. 183.1 y 3*), a lo que se suma la inseguridad inherente a la amplitud de los términos en que está redactado, *puede operar de modo pernicioso en relación con la conformidad*. Dos sentencias de la AP de Pontevedra, separadas solo por unos días, pueden servirnos de ejemplo.

La SAP Pontevedra 21/2022, Sección 4ª, de 31 de mayo (ECLI:ES:APPO:2022:1421) condena a una pena de *cinco años* de prisión (con expulsión, al tratarse de un extranjero sin arraigo conocido) a un sujeto de veintiséis años que en diversos encuentros con una chica de catorce mantiene con ella relaciones sexuales, a resulta de las cuales queda embarazada. La pena se rebaja en un grado completo por concurrir reparación del daño (6.000 euros que ha consignado parcialmente) y confesión tardía, a las que se añade una confusa «atenuante de enajenación mental», que se explica telegráficamente por constar en el sujeto «una madurez psicológica inferior a su madurez cronológica», que se cifra entre catorce y diecisiete años. Esta última precisión, de ser correcta, hubiera abierto al acusado posibilidades de quedar exento tras el juicio oral por aplicación de la cláusula del art. 183 bis, tal y como unas semanas antes había acontecido en otro caso –este de no conformidad– juzgado en la misma Audiencia, que en SAP Pontevedra 20/2022, Sección 4ª, de 10 de mayo (ECLI:ES:APPO:2022:1377) absolvió a un joven de veintiún años que había sostenido una relación de noviazgo, con relaciones sexuales plenas, con una chica de catorce, y para el que el Ministerio Fiscal solicitaba nada menos que diez años y tres meses de prisión. Cabe suponer que a este segundo acusado se le ofrecería un pacto de conformidad –que con la consignación de unos pocos miles de euros le hubiera comportado una pena similar a la del anterior caso–, pero que decidió correr el riesgo de ir a juicio; en el supuesto anterior, en cambio, se prefirió una pena conformada (no baja) ante la incertidumbre sobre la aplicación de una cláusula vaga respecto de un delito sancionado con una pena ya muy alta en su límite mínimo (desproporcionadamente o no, no es ahora la cuestión).

El caso que acaba de exponerse concita a mi juicio todos los males inherentes a la conformidad.

## 7. Algunas reflexiones

Reconocía en las primeras páginas de este trabajo que sin duda el tiempo de abogar por la completa desaparición de la justicia negociada ha pasado ya; por muchas objeciones que podamos oponerle, una vuelta atrás respecto de lo absolutamente consolidado resultaría

completamente irrealizable<sup>159</sup>. Soy de hecho pesimista respecto de la posibilidad siquiera de contener con limitaciones legales como las aún vigentes una figura cuyo hábitat natural es la opacidad y penumbra y por cuya expansión apuestan todos los operadores jurídicos –Fiscalía, profesionales de la Abogacía y sobre todo, los jueces y magistrados que están llamados a controlarla–. A quienes desde la academia pretendemos realizar alguna contribución mínimamente útil nos corresponde movernos dentro de propuestas plausibles, y quizás las llamadas a la contención del instituto ya hayan devenido ilusorias en el contexto actual de nuestro agarrotado sistema de justicia; sea como fuere, dado que la siempre demorada reforma de la ley procesal penal aún tardará un tiempo en producirse, todavía tiene algún sentido aportar algunas reflexiones de cara al futuro.

1. Al margen de la valoración favorable que merecen algunos aspectos de los varios intentos de regulación que han visto la luz en los últimos quince años –tanto la opción de dotar a la figura de un régimen jurídico unificado en contraposición a la dispersa y poco uniforme regulación vigente, como la de reforzar la ahora maltrecha garantía de imparcialidad al atribuirse el conocimiento del trámite de la prestación de conformidad a un órgano distinto del llamado a enjuiciar el delito en caso de no superar aquella el control judicial–, la apuesta por extender su operatividad a todo tipo de delitos y sin límite de pena alguno, común a las cuatro propuestas, resulta del todo rechazable<sup>160</sup>. En criminalidad tan grave que ni siquiera con la rebaja pactada puede llegarse al actual límite de seis años (que contando con posibles rebajas en grado ya hace operativa la figura, como hemos podido constatar, para marcos abstractos muy altos), no es admisible prescindir de la búsqueda de la verdad material a través de la práctica de la prueba (tanto como garantía obvia de la presunción de inocencia, como en lo que a causas completas o incompletas de exclusión del injusto o de la culpabilidad se refiere, que en delitos muy graves tiene sentido exigir que sean probadas por la defensa), ni de la carga simbólica del juicio oral, sin el cual se produce una merma del componente comunicativo y estabilizador de la pena. Por otra parte, aunque no comparto en absoluto la idea de un derecho de la víctima al castigo o a la pena, sí creo que tiene sentido, desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva de la víctima cuando menos de los delitos graves, defender un cierto derecho de esta (aunque no esté personada como acusación particular) a un juicio con una actividad probatoria encaminada a establecer la verdad

---

<sup>159</sup> Estimo que ya lo es, por ejemplo, la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal de limitar su operatividad a delitos con una pena abstracta (no una pena conformada) prevista no mayor de cinco años (GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, 2014, p. 47).

<sup>160</sup> Las cuatro iniciativas de reforma coinciden en este punto; así, el APLECrim 2011, cuya Exposición de motivos justifica la supresión de la limitación en la pretensión de legislar «desde el realismo» ya que la limitación «no ha tenido un reflejo real en la práctica» y se hacen necesarias reforzadas garantías; expresamente también el art. 103 del BCPP 2013; implícitamente, los arts. 166.2 y 172.3 del APLECrim de 2020, que a modo de garantía reforzada para las penas acordadas «superiores a cinco años» exigen, respectivamente, que el letrado facilite por escrito a su cliente la información sobre el acuerdo alcanzado, y que el Juez de la conformidad haya de oír a todas las partes «acerca de la existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales al reconocimiento de los hechos», sin que se mencione ningún límite máximo a las penas acordables; o, en fin, la expresa mención a la extensión a todo tipo de delitos sin límite de pena contenida en la propuesta de modificación de los arts. 655, 688 y 787 LECrim por el más reciente Proyecto de ley de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 22 de abril de 2022, núm. 97-1). El TS, por su parte, apuntaba en STS 291/2016, Penal, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1505) que «es razonable defender que la limitación punitiva establecida por la Ley para las sentencias de conformidad pueda ser elevada o suprimida en una reforma futura».

de lo acontecido (con toda las limitaciones que se quiera atribuir al concepto «verdad»), y a que los hechos no queden devaluados a la consideración de mero pacto<sup>161</sup>.

Todas las desventajas que se han venido poniendo de manifiesto (primero y principal, un posible exceso de castigo, pero también su defecto, así como vulneraciones del principio de igualdad en la aplicación de la ley) se intensifican cuanto más grave el delito y la pena que pudiera llegar a imponerse. ¿Queremos seriamente admitir que la Fiscalía pueda presionar a quien ha dado muerte a otro con solicitar la imposición de la pena de prisión permanente revisable, ofreciendo a cambio de la renuncia al juicio calificar como homicidio doloso, homicidio agravado o asesinato del tipo básico, en su caso con alguna atenuante? Incluso dejando ahora fuera los casos de incertidumbre sobre la prueba (es cierto que la «utilidad» que para un acusado supone ahorrarse pena de prisión es altísima respecto del ingreso y primeros años y va decreciendo respecto de los años posteriores, de manera que puede asumirse que difícilmente se conformará con una pena de prisión ejecutable y alta quien piensa que cuenta con posibilidades de salir absuelto), ha de tenerse muy presente también el contexto de nuestro ordenamiento, aquejado, entre otros males y por lo que ahora importa, de una técnica legislativa enormemente defectuosa en no pocos tipos penales con penas muy elevadas y marcos abstractos desmedidamente amplios (como los del art. 139.1 CP). Volviendo a los delitos de homicidio y asesinato: dada la caótica regulación de estas figuras tras la reforma por LO 1/2015 y la vacilante interpretación jurisprudencial en cuestiones clave para poder llegar al asesinato hiperagravado con prisión permanente revisable –sobre todo, la relación de *bis in idem* entre circunstancias cualificantes del art. 139.1 y agravantes del art. 140–, ¿podemos tolerar la presión que la amenaza de la prisión permanente revisable implicaría para quien tiene cuando menos difícil prever cuál será la calificación final?<sup>162</sup>

La importancia de mantener el límite vigente de la pena máxima conformada (en sí mismo a mi entender ya excesivamente elevado) y de ser estricto en la anulación de conformidades encubiertas se refuerza si consideramos la escasa virtualidad limitadora que a mi juicio ha de reconocerse a otros intentos de contención, entre los que destaca la propuesta de un descuento de pena fijo o tasado, de la que nos ocupamos a continuación.

2. La previsión de un descuento fijo de pena con el que se premie la aportación de utilidad que a la Administración de justicia comporta la renuncia al juicio (que puede arbitrarse de modos

<sup>161</sup> Compárese el alcance de las propuestas de reforma en nuestro sistema con la situación, por ejemplo, de Italia, donde el ámbito de operatividad inicial del *patteggiamento* (penas no superiores a dos años de prisión una vez aplicado el descuento de un tercio, es decir, muy similar a nuestra conformidad premiada) fue ampliado hasta los cinco años en una reforma de 2003, considerada constitucional por la Corte Constitucional en su sentencia de 9 de julio de 2004. Con todo, este *patteggiamento allargato* queda excluido para determinadas clases de delitos (criminalidad organizada, terrorismo, violencia sexual y explotación sexual de menores de edad, art. 444 comma 1 bis CPPi).

Las distintas propuestas de ampliación del prelegislador español, de hecho, han sido mayoritariamente objeto de crítica doctrinal. Así, por ejemplo, AGUILERA MORALES, en RUIZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, 2015, *passim*; BANACLOCHE PALAO, «El proyecto de ley de eficiencia procesal y el proceso penal: una reflexión crítica sobre las innovaciones propuestas», *Diario La Ley*, (10103), 2022, pp. 1 ss., 6; DOIG DÍAZ, *Revista General de Derecho Procesal*, (37), 2015, p. 16; CHOZAS ALONSO, *La Ley Penal*, (104), 2013, p. 17; FERNÁNDEZ FUSTES, «La conformidad en el borrador de Código Procesal Penal», en RUIZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, 2015, pp. 871 ss., 876; RODRÍGUEZ GARCÍA, «La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020: reflexiones y materiales para su futura redefinición», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, (5), 2022, pp. 11 ss., 46.

<sup>162</sup> Un inmejorable ejemplo al respecto puede encontrarse en la STS 187/2023, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1282), que confirma la condena a prisión permanente revisable por asesinato hiperagravado en comisión por omisión.

diversos) constituye una vieja propuesta con la que se persigue contrarrestar varias de las desventajas inherentes a la negociación en la articulación de la respuesta penal: la aplicación desigualitaria (que hemos podido constatar en la muestra jurisprudencial estudiada) y –cuando a la propuesta del carácter fijo del descuento se une, como suele ser habitual, la de su moderación cuantitativa– la posibilidad de que el ofrecimiento de descuentos muy sustanciosos conviertan la oferta en indirectamente coercitiva ante la incertidumbre de una posible condena mucho mayor<sup>163</sup>; como muy bien expresan LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, «el problema con que un inocente se conforme con una pena no reside en que tal opción no sea razonable sino precisamente en que termine siéndolo (...), en que termine siendo sensata la aceptación de una consecuencia que en principio debería ser innegociable»<sup>164</sup>. Un descuento fijo y moderado –como el previsto en la regulación del *patteggiamento* italiano<sup>165</sup>–, contribuiría, se estima, a paliar estas dos desventajas, y en esta dirección avanzan, de hecho, las propuestas del prelegislador<sup>166</sup>.

Puestos a mantener la conformidad en el sistema, atenuar su componente negocial y por tanto intrínsecamente desigualitario parecería, sin duda, la orientación correcta. La cuestión es, sin embargo, cómo puede insertarse este descuento pretendidamente fijo en el contexto de esa actividad cuasijurisdiccional de la Fiscalía en la que se tienen en cuenta todo tipo de elementos para fijar esa pena sobre la cual ha de operar: si se pacta sobre los propios hechos (eliminando de ellos factores que situarían la pena en una calificación con marco abstracto más alto), la aplicación de un tipo atenuado, una posible semiimputabilidad con mayor o menor incidencia en la pena, atenuantes (unas dilaciones indebidas generosas, la reparación del daño) etc., el carácter fijo del descuento aplicado resulta en puridad ficticio. En la modalidad premial del art. 801 LECrim este factor negocial queda atemperado por las propias condiciones legalmente exigidas para su operatividad, no solo porque en un porcentaje muy elevado de los casos (delitos contra la seguridad en el tráfico) se trata de hechos sustentados en atestados policiales sobre los que cabrá poca negociación y que no suelen presentar circunstancias modificativas (obviamente nunca, para empezar, las maleables dilaciones indebidas tan frecuentes en el procedimiento abreviado), sino sobre todo porque ya con el mero descuento de un tercio será posible llegar a la pena de los dos años suspendibles, lo que para el acusado disminuye enormemente la necesidad de mayor negociación; fuera de estos casos, contener el factor negocial para convertirlo en puramente premial no parece sencillo. Mucho más factible parece antojarse que, una vez pactada

<sup>163</sup> Añade que el descuento expresamente recogido en la ley permite mucho mejor evitar que la ventaja se torne en castigo para el no conformado, DEL MORAL GARCÍA, *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, p. 18, además de que permite «la reconducción de la conformidad a sus justos términos».

<sup>164</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, *InDret*, (3), 2018, pp. 12-13.

<sup>165</sup> Valorado positivamente precisamente por ello por OLIVER CALDERÓN, «A 35 años de la creación del *patteggiamento* italiano. Análisis dogmático de su configuración actual y juicio crítico», *Revista Ius et Praxis*, (29-1), 2023, pp.187 ss., 198. La regulación alemana no prevé tampoco una limitación específica, aunque se indica que las rebajas no suelen superar más de un tercio de la pena, como tampoco en el sistema de Inglaterra y Gales (TURNER/WEIGEND, en AMBOS/DUFF/ROBERTS/WEIGEND [eds.], *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, pp. 389 ss.). Otros autores formulan propuestas aún más restrictivas: así, ASHWORTH/REDMAYNE proponen que la reducción no pueda superar un 10% respecto de la sentencia esperable tras el juicio (ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process*, 4ª ed., 2010, p. 154, citado por TURNER/WEIGEND, *supra*).

<sup>166</sup> Extender a toda la conformidad la disposición premial del art. 801 LECrim para los juicios rápidos ha sido sugerido, entre otros, por MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (35), 2019, p. 190; o (implícitamente) por DEL MORAL GARCÍA, *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, p. 18, y recogido por el art. 102.2 del BCPP –que con una clara voluntad incentivadora de la conformidad temprana la condiciona sin embargo a que se preste antes de que expire el plazo para la presentación del escrito de defensa (art. 104)–; por su parte, los arts. 16 y 143.5 del APLECrim de 2011 autorizan «la imposición de la pena inferior en grado a la mínima prevista para la infracción en la ley penal sustantiva», el mismo descuento que «podrá solicitar» el Fiscal respecto de la pena «prevista legalmente» según el art. 170 del APLECrim de 2020, condicionado a que se preste en los primeros veinte días después de la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral.



la pena con la que ambas partes se muestren dispuestas a transigir, el descuento «fijo» se integre con el resto de posibilidades en juego (apreciación de un tipo atenuado, de complicidad en lugar de cooperación necesaria, aplicación de atenuantes, etc.) que permitan alcanzarla<sup>167</sup>.

La posibilidad de que sea esta la opción que vaya a acogerse en el futuro invita, con todo, a una ulterior reflexión.

3. Esta individualización del elemento de renuncia al juicio al que se asocia un descuento fijo de pena implicaría (como ya se ha reconocido respecto del art. 801.1.3º LECrim) convertirlo en una circunstancia atenuante, dotada de un fundamento propio (no «disfrazada» con elementos de actitud reparadora o resocializadora que le son ajenos, o entremezclada con ellos), y respecto de cuya apreciación es obligado plantearse el carácter potestativo o automático<sup>168</sup>. Pues bien: en la medida en que la evitación del juicio supone *per se* un aporte de utilidad a la Administración de justicia –con o sin reparación del daño, con o sin dilaciones indebidas, etc.– me inclino por pensar que necesariamente habría de dar lugar a una disminución de la pena, tal como se opera en la actualidad en la conformidad premiada. Pongámonos en el caso en el que más claramente operaría ese descuento fijo: el del autor de un delito flagrante que no aspire a negociar ningún aspecto de su calificación, y que simplemente solicite conformarse para (a cambio de ese aporte de utilidad) obtener un descuento de pena. Una vez abierto este descuento a todo tipo de delitos y de penas –y sin disfrazar su fundamento utilitario de elementos que le son ajenos–, no parece fácil negar la atenuación (como no lo es, en la interpretación objetivizante de la atenuante de confesión hoy mayoritaria, denegar esta última al autor de un delito que aporta utilidad indudable a la investigación). Si el descuento de pena previsto (pretendidamente fijo) fuera notable, como de hecho lo es el de un tercio de la pena, el legislador habría de ponderar la posibilidad de no permitir esta rebaja –no hacer por tanto susceptibles de conformidad– en determinados delitos especialmente graves (que es de hecho la opción del legislador italiano en relación con el *patteggiamento allargato*, y la introducida recientemente para el *giudizio abbreviato*), una opción que sin embargo suscita alguna dudas desde el punto de vista del principio de igualdad. Lo que sí me parece plausible, en cualquier caso, es que la consolidación del perverso binomio penas muy altas/descuentos de cierta entidad por conformidad, unida a la de la propuesta apertura de la figura a todo tipo de penas, y con un descuento pretendidamente fijo, terminase suscitando esta cuestión del «derecho a conformarse».

Sin perjuicio de un estudio más detallado que no se ha podido acometer aquí, y que diferimos a un trabajo posterior, resulta de interés mencionar brevemente el modo en que la cuestión se ha planteado en Italia, no solo en relación con el *patteggiamento*, sino ya antes en relación con el *giudizio abbreviato* (uno de los varios procedimientos especiales introducidos en la gran reforma procesal de 1988 para agilizar el sistema de justicia), figura esta que sin implicar negociación alguna sobre la pena final con la Fiscalía permite al acusado –en su versión original sin ningún límite en función de la clase de delito objeto de acusación o de la entidad de la pena imponible– renunciar a la fase oral del juicio a cambio de una reducción en un tercio de la pena que resultara impuesta por el juez tras dicho «juicio abreviado». Al disponer este importante descuento exclusivamente en función de la modalidad de juicio elegido –sin intermediación de negociaciones sobre otros aspectos con

<sup>167</sup> Ilustrativa al respecto ya respecto del *patteggiamento* italiano, VAN CLEAVE, «An Offer You Can't Refuse? Punishment Without Trial in Italy and the United States: The Search for Truth and an Efficient Criminal Justice System», *Emory International Law Review*, (11), 1997, pp. 419 ss., 443-444.

<sup>168</sup> No comparto la opinión de DOIG DÍAZ, *Revista General de Derecho Procesal*, (37), 2015, p. 24, que liga la falta de carácter material de las disposiciones que la prevén al hecho de que dependa –como en el BCPC– del momento procesal del acuerdo. Se trataría a mi juicio en cualquier caso de disposiciones sustantivas que, al igual que sucedió con el art. 801 LECrim, deberían revestir carácter orgánico.

incidencia en la pena– el sistema italiano viene así a articular una disposición premial sustantiva directa e individualmente ligada a la aportación de utilidad a la Administración de justicia, una característica que hace interesante esta figura para ilustrar lo que quiere explicarse en relación a eventual configuración futura similar del ordenamiento español.

Pues bien, en tres sentencias emitidas entre 1990 y 1991, la Corte Constitucional italiana formuló importantes precisiones a la figura en orden a su compatibilidad con el principio de igualdad del art. 3 de la Constitución italiana: en primer lugar, aun sin eliminar el derecho de veto del fiscal a la celebración del juicio abreviado, se impuso la obligación de que dicha denegación fuera motivada. Y en segundo lugar –y más relevante– se estableció la posibilidad de que, si celebrado el juicio ordinario el juez considerase indebida la denegación del juicio abreviado por parte de la Fiscalía, se apreciara la mencionada atenuación de la pena en un tercio sobre la impuesta en la sentencia<sup>169</sup>. Aunque sin duda la idea hubiera resultado más contundente de haberse establecido esta última atenuación como obligatoria, el razonamiento evidencia claramente dónde se encuentra el núcleo de la cuestión: al posibilitarse al juez a aplicar finalmente lo que desde el punto de vista sustantivo es una atenuante basada en la utilidad y que ha sido indebidamente bloqueada por la decisión de la Fiscalía, y permitir apreciarla plenamente incluso cuando el resultado valioso no se ha producido en absoluto (y sin que pueda hablarse aquí de «valor de acción» alguno por parte del acusado al solicitar el juicio abreviado, que se hiciera merecedor cuando menos de algún descuento de pena), lo que se quiere compensar es simplemente una denegación vulneradora del principio de igualdad. El hecho de que la reciente Ley núm. 3 de 2019 haya eliminado del ordenamiento italiano la posibilidad de celebrar juicio abreviado cuando el delito objeto de acusación estuviere castigado con *ergastolo* o prisión perpetua (pena por cierto que una casi simultánea modificación del Código penal asigna a los homicidios por violencia de género y doméstica) evidencia que también las disposiciones utilitarias netas (al margen de la negociación, como sin duda es el caso de la ventaja por solicitar *giudizio abbreviato*) al servicio de la agilización de la justicia resultan problemáticas cuando implican importantes descuentos de pena para toda clase de delitos<sup>170</sup>.

Por lo que se refiere al *patteggiamento*, resulta interesante la sentencia de la Corte Constitucional de 20 de febrero de 2019, que declara la inconstitucionalidad de privar al acusado de la posibilidad de solicitar el acuerdo al haberse ampliado posteriormente la acusación por encima de los hechos inicialmente recogidos. Más allá de los términos concretos de la sentencia, lo que parece revelarse es, de algún modo, una evolución hacia el entendimiento de un cierto derecho a conformarse y obtener así la reducción de la condena (recuérdese que al menos nominalmente el *patteggiamento* implica un descuento fijo); no está de más recordar en este punto la ya citada sentencia *Lafler* del Tribunal Supremo de Estados Unidos, que, aun desde una perspectiva diferente, también viene a configurar la «pérdida de la oportunidad de conformarse» (en ese caso imputable a un deficiente consejo legal) como vulneración de derechos constitucionales.

## 8. Bibliografía

AGUILERA MORALES, «Víctima y conformidad: el encuentro de dos rectas paralelas llamadas a coincidir», en DE HOYOS SANCHO (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 99 ss.

———, «La conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal: ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius», en RUIZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso*

<sup>169</sup> Sobre estas sentencias, *vid.* la competente explicación de VAN CLEAVE, *Emory Int. L. Rev.*, (11), 1997, pp. 450-456.

<sup>170</sup> Críticos con la restricción, que asocian al sesgo punitivista que recorre la evolución reciente del Derecho penal, PULITANÒ, «Sulle politiche penali in discussione», *Giurisprudenza Penale Web*, (11), 2018, pp. 1 ss., o DI CHIARA, «Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo”, populismo penale e Stato di diritto», *Processo penale e giustizia*, (5), 2019, pp. 1037 ss.

penal. *Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 829 ss.

ALCÁCER GUIRAO, «La reparación en Derecho penal y la atenuante del art 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Poder Judicial*, (21), 2001, pp. 71-120.

ALSCHULER, «*Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*», *Duquesne Law Review*, (51), 2013, pp. 673 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, «De fisuras que tornan grietas en la prevención democrática», *Diario La Ley*, (9931), 2021, pp. 1-11.

ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, (12), 1992, pp. 257-299.

ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.

ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA. GABINETE DE ESTUDIOS Y DOCUMENTACIÓN, «Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (47), 1992, pp. 309 ss.

ASÚA BATARRITA, «Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena», en GARRO CARRERA/LA MISMA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 145 ss.

BACHMAIER WINTER, «Justicia negociada y coerción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del TEDH», *Revista General de Derecho Procesal*, (44), 2018, pp. 1 ss.

BANACLOCHE PALAO, «El proyecto de ley de eficiencia procesal y el proceso penal: una reflexión crítica sobre las innovaciones propuestas», *Diario La Ley*, (10103), 2022, pp. 1 ss.

BARKOW, «Separation of Powers and the Criminal Law», *Stanford Law Review*, (58), 2006, pp. 989 ss.

BARONA VILAR, «El consentimiento en el proceso penal, ¿un oxímoron?», *Revista Boliviana de Derecho*, (31), 2021, pp. 208-235.

BARQUÍN SANZ, «Retos de la justicia penal: avance de un diagnóstico», en SUÁREZ LÓPEZ *et al.* (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 27 ss.

BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Aguilar, Madrid, 1969.

BECKER, «Plea Bargaining and the Supreme Court», *Loyola and Los Angeles Law Review*, (21), 1988, pp. 757 ss.

BELTRÁN MIRALLES/SOSPEDRA NAVAS, «Procedimiento abreviado: el juicio oral: la conformidad», en LOS MISMOS (eds.), *Práctica de los procesos jurisdiccionales. Proceso penal*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

BOIX REIG, «Sobre los procedimientos penales relativos a delitos contra la Administración Pública», en JAREÑO LEAL (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 15 ss.

BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CARBONELL MATEU, «El Derecho penal (y los penalistas) en tiempos de crisis», *Teoría y Derecho*, (10), 2011, pp. 296 ss.

CARDENAL MONTRAVETA, «La respuesta del Derecho penal a los delitos fiscales de Cristiano Ronaldo (y de otros)», *La Ley Penal*, (136), 2019, pp. 1-8.

CÓRDOBA RODA, «Las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho», *Diario La Ley*, (7898), 2012, pp. 1 ss.

DI CHIARA, «Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo”, populismo penale e Stato di diritto», *Processo penale e giustizia*, (5), 2019, pp. 1037 ss.

CHOZAS ALONSO, «La conformidad penal española y el patteggiamento italiano», *La Ley Penal*, (104), 2013, pp. 1 ss.

CUERDA ARNAU, «Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-9), 2017, pp. 1-45.

———, «Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto», *Teoría y Derecho*, (8), 2010, pp. 121 ss.

———, «El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna», *Estudios Penales y Criminológicos*, (25), 2005, pp. 3-68.

———, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995.

CUGAT MAURI, «La conformidad en los delitos socioeconómicos», en GARCÍA ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 313 ss.

CZERWIŃSKA, «The role of the constitutional courts and ECtHR in shaping negotiated justice mechanisms – a comparative perspective», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, (8-1), 2022, pp. 115 ss.

DOIG DÍAZ, «La potenciación de la conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal», *Revista General de Derecho Procesal*, (37), 2015, pp. 1 ss.

ETXEBERRIA GURIDI, «Incidencia del nuevo Estatuto de la víctima del delito en su derecho a los recursos», *Revista General de Derecho Procesal*, (45), 2018, pp. 1 ss.

FERNÁNDEZ FUSTES, «La conformidad en el borrador de Código Procesal Penal», en RUIZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 871 ss.

FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997.

FLETCHER, *With justice for some: victims' rights in criminal trials*, Addison-Wesley Publishing, Reading, 1995.

GADDI, «Materiales para una justicia restaurativa», en GARCÍA ARÁN (dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 271 ss.

GARCÍA DEL BLANCO, «Conflicto de intereses: la víctima en el proceso y en la ejecución penal» en GIL GIL/MACULAN (coords.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 275 ss.

GARCÍA-PABLOS MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, t. I, 5ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

GARRO CARRERA, «De lo que quieren las víctimas... y de lo que puede darles el Derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después», en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (coords.), *El papel de la víctima en el Derecho penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 137 ss.

———, «La atenuante de confesión de la infracción», en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 79 ss.

———, «La atenuante de reparación del daño», en LA MISMA/ASÚA BATARRITA (dirs.), *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 19 ss.

GASCÓN INCHAUSTI, «La reforma del proceso penal español por Ley Orgánica 8/2002 y por Ley 38/2002 de 24 de octubre: “juicios rápidos” y nuevo juicio de faltas», *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, (3), 2004, pp. 193 ss.

GIMENO SENDRA, *La simplificación de la Justicia penal y civil*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

GÓMEZ COLOMER, «El proceso penal español a comienzos del siglo XXI», *InDret*, (1), 2017, pp. 1 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. 1-33.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

HENDERSON, «Whose Justice? Which Victims?», *Michigan Law Review*, (94), 1996, pp. 1596 ss.

HERNÁNDEZ GARCÍA, «Rapidez y reforma del Derecho penal», *Jueces para la Democracia*, (44), 2002, pp. 27 ss.

HERRERA, «La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano», *Política Criminal*, (11-21), 2016, pp. 229 ss.

JONES, «The Ascending Role of Crime Victims in Plea-Bargaining and Beyond», *West Virginia Law Review*, (117), 2014, pp. 97 ss.

LANGBEIN, «Torture and Plea Bargaining», *The University of Chicago Law Review*, (46-1), 1978, pp. 3 ss.

LANGER, «Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Conviction», *Annual Review of Criminology*, (4), 2021, pp. 377 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss.

LIPPKE, *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

LYNCH, «Screening Versus Plea Bargaining: Exactly What Are We Trading Off?», *Stanford Law Review*, (55), 2003, pp. 1399 ss.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, «Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (35), 2019, pp. 167 ss.

MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, «El indulto y sus razones», en EL MISMO (coord.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, B de F, Buenos Aires, 2009, pp. 251 ss.

DEL MORAL GARCÍA, «Capítulo VI: Declaración del delincuente», en RIVES SEVA (dir.), *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 559 ss.

———, «La conformidad en el proceso penal. Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español», *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 2008, pp. 1 ss.

MUYO BUSSAC, «La conformidad del acusado con discapacidad intelectual», *InDret*, (1), 2023, pp. 150 ss.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «Algunas reflexiones sobre la punibilidad en el tratamiento jurídico del terrorismo», en GIL GIL/MACULAN (coords.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 243-273.

OLAIZOLA NOGALES, «El principio de oportunidad: ¿modernización o crisis del Derecho penal?», *Nuevo Foro Penal*, (82-1), 2014, pp. 15 ss.

OLIVER CALDERÓN, «A 35 años de la creación del patteggiamento italiano. Análisis dogmático de su configuración actual y juicio crítico», *Revista Ius et Praxis*, (29-1), 2023, pp.187 ss.

OUBIÑA BARBOLA, «El riesgo de la conformidad y la celeridad: condenar erróneamente», en GONZÁLEZ GRANDA/DAMIÁN MORENO/ARIZA COLMENAREJO (dirs.), *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos: Libro homenaje a Valentín Cortés Domínguez*, Colex, A Coruña, 2022, pp. 727-750.

PEÑA BERNAL, «Los preacuerdos: legalidad, ficción legal y reducción de la pena», *Revista Derecho Penal y Criminología*, (40-108), 2019, pp. 37 ss.

POZUELO PÉREZ, «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-17), 2020, pp. 1-28.

———, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PULITANÒ, «Sulle politiche penali in discussione», *Giurisprudenza Penale Web*, (11), 2018, pp. 1 ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA, «La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020: reflexiones y materiales para su futura redefinición», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, (5), 2022, pp. 11 ss.

———, «Hacia la maximización del principio de oportunidad en los procesos penales por hechos de corrupción», en CALAZA LÓPEZ/MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 397 ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA/MACHADO DE SOUZA, «La justicia negociada en el sistema penal de Estados Unidos: mitos y realidades», *Revista General de Derecho Procesal*, (55), 2021, pp. 11 ss.

RODRÍGUEZ MOURULLO, «Análisis jurisprudencial de las conformidades en los procesos penales», en GÓMEZ-JARA DÍEZ *et al.* (coords.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 319-331.

———, *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ MELGAR, «Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal», *Diario La Ley*, (7862), 2012, pp. 1 ss.

SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (47-2), 1994, pp. 105 ss.

SCHULHOFER, «The Trouble with Trials; the Trouble with Us», *Yale Law Journal*, (105), 1995, pp. 825 ss.

———, «Plea Bargaining as Disaster», *Yale Law Journal*, (101), 1992, pp. 1979 ss.

SCHÜNEMANN, «Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global», *Derecho Penal y Criminología*, (25-76), 2004, pp. 175 ss.

SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

———, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.

———, «Acuerdos ¿proceso sin Derecho?», *InDret*, (4), 2010, pp. 1 ss.

———, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en EL MISMO (dir.), *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 191 ss.

TAMARIT SUMALLA, «La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española», *Revista General de Derecho Penal*, (7), 2007, pp. 1 ss.

TOBOLOWSKI *et al.*, *Crime Victim Rights and Remedies*, 3ª ed., Carolina Academic Press, Durham, 2016.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «El interés de la víctima en el castigo del autor (acción penal, ejecución de la pena, indulto)», *Revista General de Derecho Penal*, (35), 2021, pp. 1 ss.

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. 508-557.

TURNER/WEIGEND, «Negotiated case dispositions in Germany, England and the United States», en AMBOS/DUFF/ROBERTS/WEIGEND (eds.), *Core concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 389 ss.

VAN CLEAVE, «An Offer You Can't Refuse? Punishment Without Trial in Italy and the United States: The Search for Truth and an Efficient Criminal Justice System», *Emory International Law Review*, (11), 1997, pp. 419 ss.

VARONA GÓMEZ, «Conformidad, suspensión de la pena y responsabilidad civil: un problema no resuelto», *InDret*, (3), 2022, pp. 1-4.

———, «La suspensión de la pena de prisión: ¿una alternativa a la prisión o un anzuelo para la conformidad?», en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante «lo empírico»*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 281 ss.

VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ MANRIQUE, «La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad», *InDret*, (1), 2022, pp. 307 ss.

VIVES ANTÓN, «Principios penales y dogmática penal», *Derecho y Cambio Social*, (22), 2011, pp. 174 ss.

WEIGEND, «Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedure», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, (7-1), 2021, pp. 247 ss.

WEIGEND/IONTCHEVA, «The constitutionality of negotiated Criminal Judgements in Germany», *German Law Journal*, (15-1), 2014, pp. 81-105.



## Tradición e influencias extranjeras en el Anteproyecto de Código Penal de FET y de las JONS (1938)

### Sumario

*El heterogéneo fascismo español hizo público, en 1938, un Anteproyecto de Código Penal. El texto daba cuenta de una concepción totalitaria del Estado, a la que seguía el Derecho penal como instrumento político. El Anteproyecto de Código Penal de 1938 fue deudor del nacionalsocialismo alemán y del fascismo italiano, lo que no impide reconocer ciertas continuidades históricas. Del Derecho penal totalitario, el Anteproyecto de Código Penal de 1938 tomó la negación del principio de legalidad y un subjetivismo exacerbado. Fue también racista (aunque menos que sus homólogos alemanes) y pretendió, ante todo, fortalecer la posición del Estado frente a sus enemigos internos, a la sociedad, y a otros Estados.*

### Abstract

*In 1938, the heterogeneous Spanish Fascism published a Preliminary draft of the Criminal Code. The text reflected a totalitarian conception of the state, followed by criminal law as a political instrument. The Preliminary draft of the 1938 Criminal Code was indebted to German National Socialism and Italian Fascism, which does not prevent us from recognising certain historical continuities. From totalitarian criminal law, the Preliminary draft of the 1938 Criminal Code borrowed the negation of the principle of legality and an exacerbated subjectivism. It was also racist (although less so than its German counterparts) and sought above all to strengthen the position of the state vis-à-vis its internal enemies, society and other states.*

### Zusammenfassung

*1938 veröffentlichte der heterogene spanische Faschismus einen StGB-Vorentwurf. Der Text spiegelte ein totalitäres Staatsverständnis wider, dem das Strafrecht als politisches Instrument folgte. Der Entwurf des Strafgesetzbuches von 1938 hatte viel vom deutschen Nationalsozialismus und vom italienischen Faschismus, was uns nicht daran hindert, gewisse historische Kontinuitäten in Spanien zu erkennen. Vom totalitären Strafrecht übernahm der StGB-Entwurf von 1938 die Ablehnung des Gesetzlichkeitsprinzips und einen verschärften Subjektivismus. Er war auch rassistisch orientiert - wenn auch weniger stark als sein deutsches Pendant - und zielte vor allem darauf ab, die Position des Staates gegenüber seinen inneren Feinden, der Gesellschaft und anderen Staaten zu stärken.*

**Title:** Tradition and foreign influences in the Preliminary Draft of the Penal Code of FET – JONS (1938)

**Title:** Tradition und ausländische Einflüsse im StGB-Vorentwurf der FET und der JONS (1938)

**Palabras clave:** Fascismo, Derecho penal, Historia del Derecho, Alemania, Italia.

**Keywords:** Fascism, Criminal Law, Legal History, Germany, Italy.

**Stichwörter:** Faschismus, Strafrecht, Rechtsgeschichte, Deutschland, Italien

**DOI: 10.31009/InDret.2024.i4.07**

-

4.2024

Recepción  
04/12/2023

-

Aceptación  
09/04/2024

-

## Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Influencias extranjeras, pero no solo**
- 3. Fin totalmente político**
- 4. Sus tendencias**
  - 4.1. La muerte del principio de legalidad: la analogía contra reo
    - a. Ambiente tenso para el principio de legalidad
    - b. Algunas excepciones en doble sentido
  - 4.2. Personalidad y voluntad del autor
    - a. La reincidencia
    - b. Unitario castigo por diversos injustos
    - c. Teleología de la reacción penal
  - 4.3. Rol de la obediencia debida
- 5. En concreto**
  - 5.1. Raza
    - a. Comerciar, vender, suministrar o fabricar «efectos o productos anticoncepcionales»
    - b. Contraer matrimonio con persona de raza inferior
  - 5.2. Familia
  - 5.3. Patria y honor
  - 5.4. Religión
- 6. A modo de conclusión**
- 7. Bibliografía**

-

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

## 1. Introducción\*

En 1938 la Imprenta y Librería de los Hijos de Francisco Núñez en Salamanca hizo pública una serie de Anteproyectos que pretendían, a cargo de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de FET y de las JONS, materializar la revolución jurídica del nuevo Estado. Aquí interesa el Anteproyecto de CP. Su entendimiento quedaría vacío, sin embargo, si no mencionara (sea de pasada) que hubo también otros textos esenciales en el ejercicio del ius puniendi del Estado total: un ALOAJ (Anteproyecto de Ley Orgánica de la Administración de Justicia) y un ALECrím (en adelante, Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal). Dos textos que configuraron un modelo procesal penal idóneo para la represión de quien no se sometiera en cuerpo y mente al Estado total. Por su parte, el Anteproyecto de Código Penal de 1938 (en adelante, ACP), a veces confundido con otro texto de 1939<sup>1</sup>, intentó positivizar lo que se ha venido en conocer, desde JAKOBS<sup>2</sup>, como Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*)<sup>3</sup>.

El texto del ACP 1938 (obra principalmente de LUNA GARCÍA y de FEDERICO CASTEJÓN)<sup>4</sup> fue cuidadosamente estudiado en conjunto por CASABÓ RUIZ<sup>5</sup>. Otros aspectos puntuales han sido tratados más recientemente por PORTILLA<sup>6</sup>, CUERDA ARNAU<sup>7</sup> o TERRASA MATEU<sup>8</sup>. Pueden, sin embargo, añadirse todavía algunas reflexiones (especialmente en relación con las influencias extranjeras)<sup>9</sup>. Antes de eso debo advertir sobre los motivos que llevaron al texto a fracasar: no

---

\* Autor de contacto: Brian Buchhalter Montero (bbuchhal@ucm.es).

<sup>1</sup> Así: VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, 2002, p. 161, nota 423. Sobre el texto de 1939, cfr. MARZAL, «Criminal Law under the Francoist Regime: the Influence of Militarism and National-Catholicism», en SKINNER (ed.), *Fascism and Criminal Law – History, Theory, Continuity*, 2015, p. 134 y las referencias que allí hay.

<sup>2</sup> Cfr. JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97-4), 1985, pp. 751 ss.

<sup>3</sup> Cfr. LADRÓN DE GUEVARA PASCUAL, *¿Hacia un Derecho procesal del enemigo?*, 2017, pp. 67 ss.; o MERKEL, «El derecho procesal-penal del enemigo: una mirada general», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, (1), 2022, pp. 191 ss. Una síntesis de las críticas a la noción hay en: ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, p. 56; cfr. también la última edición del *Allgemeiner Teil* de ROXIN, que ha asumido GRECO (ROXIN/GRECO, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., 2020, p. 108).

<sup>4</sup> De la intervención de ambos da cuenta CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, pp. 3-4. También: DE LUENGO ZARZOSO, *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios en referencia al ámbito castrense*, 2015, p. 57. Y, efectivamente, así lo hace saber LUNA GARCÍA, *La Revolución Judicial – Discursos pronunciados el día 19 de abril de 1938 en el Convento de San Esteban de Salamanca para conmemorar el aniversario del Partido Único por Fray Ignacio Menéndez-Reigada, O.P., profesor de Sagrada Teología y Antonio Luna García, Delegado Nacional de Justicia y Derecho de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1938, p. 14. Sobre la figura de Castejón, cfr. TÉLLEZ AGUILERA, «La proyectada Ley de Prisiones de 1938 y la figura de D. Federico Castejón», *Revista de estudios penitenciarios*, (257), 2014, pp. 17 ss. En particular, sobre su intervención en el ACP 1938, cfr. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, 2022, pp. 154 ss.

<sup>5</sup> Cfr. nota anterior.

<sup>6</sup> Cfr. PORTILLA, *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, 2022, pp. 165 ss.

<sup>7</sup> Cfr. CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, 1995, p. 87.

<sup>8</sup> TERRASA MATEU, *Control, represión y reeducación de los homosexuales durante el franquismo y el inicio de la Transición*, 2016, pp. 113-114.

<sup>9</sup> Sobre el Derecho penal nazi, cfr. AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung*, 2019; MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª ed., 2003; ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi – La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, 2017; LLOBET RODRÍGUEZ, *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933 - 1945)*, 2018; o STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus – Zur Rolle Hans Wetzels in der nationalsozialistischen Strafrechtswissenschaft und zu den Auswirkungen der Schuldtheorie in den NS-Verfahren der Nachkriegszeit*, 2018. Para Italia, cfr. CAVALIERE, *Il diritto penale politico in Italia: dallo Stato liberale allo Stato totalitario – Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, 2008; o PANUNZIO, *Il Fondamento Giuridico del Fascismo*, 1987.

solo fue así porque el entorno de Franco lo consideró demasiado revolucionario o incluso por las rencillas personales entre LUNA GARCÍA y el Ministro de Justicia de Franco (el carlista Domínguez Arévalo, Conde de Rodezno)<sup>10</sup>, sino porque un recrudescimiento tal de la Justicia no era necesaria. La Justicia militar, como relata PASCUAL MARZAL, estaba ya suficientemente bien pertrechada para hacer frente a la disidencia política, sin que un nuevo texto fuera verdaderamente necesario<sup>11</sup>.

## 2. Influencias extranjeras, pero no solo

Bien. En las normas penales que expresó el ACP 1938 es perceptible el influjo fascista y nazi, como se verá<sup>12</sup>. No es posible creer, sin embargo, que la influencia fuera solo extranjera: también la legislación de excepción de la II República y otros viejos textos dieron sólido asidero. Por ejemplo, el Preámbulo del ACP 1938<sup>13</sup> cita expresamente, en coherencia con la relevancia que otorga a la *raza española*, el influjo de antiguos textos hispánicos:

«[...] Se restablecen preceptos que responden a la íntima contextura del carácter español, como la pena talional del juez prevaricador<sup>14</sup>, la venganza de la honra por el cónyuge o padre agraviado,<sup>15</sup> la sanción atenuada del duelo<sup>16</sup> y del adulterio<sup>17</sup>, restituyendo así a nuestra legislación preceptos nacidos de lo más profundo del alma española, que un internacionalismo gris pretendía extirpar de la ley, aunque no de las costumbres, que secularmente los ha consagrado».

Más adelante incide el ACP en que «el sobornante queda exento si denuncia el cohecho y éste puede probarse por testimonio de tres cohechos diversos» según establecía la Novísima Recopilación (2,1,8)<sup>18</sup>. Con tales referencias se invoca, además, la función legitimadora de la tradición, asiduamente presente en reformas legislativas<sup>19</sup>. La influencia de la tradición está, entonces, dada.

<sup>10</sup> TERRASA MATEU, *Control, represión y reeducación de los homosexuales durante el franquismo y el inicio de la Transición*, 2016, p. 114; o CACHÓN CADENAS, «La investigación penal a cargo del Fiscal y el proceso penal monitorio en un Anteproyecto de 1938 de orientación totalitaria», *Justicia – Revista de Derecho procesal*, (1), 2015, pp. 526-527. Sobre ello, *cfr.* también PORTILLA, *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, 2022, pp. 168-169.

<sup>11</sup> MARZAL, en SKINNER, (ed.), *Fascism and Criminal Law*, 2015, pp. 130-131.

<sup>12</sup> MARZAL, en SKINNER, (ed.), *Fascism and Criminal Law*, 2015, p. 131.

<sup>13</sup> En las normas totalitarias, los preámbulos cobran una relevancia especial (FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, 1941, p. 202). En general, sobre los preámbulos, *cfr.* Díez-PICAZO, «Los preámbulos de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, (2), 1992, pp. 501 ss.

<sup>14</sup> Arts. 330 ss. ACP 1938.

<sup>15</sup> Art. 407 ACP 1938: «El cónyuge que sorprendiendo en adulterio a su consorte matare en el acto a éste o al adúltero o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. [...] Si les causare lesiones de otra clase quedará exento de pena. [...] Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres respecto desus hijas y sus corruptores mientras aquéllas vivan en la casa paterna. [...] El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas [...]».

<sup>16</sup> Art. 406 ACP 1938: «La muerte o lesiones inferidas en duelo se castigarán con las penas inferiores en uno o dos grados a las señaladas en los artículos correspondiente de este Título, al prudente arbitrio de los Tribunales».

<sup>17</sup> Art. 426 ACP 1938: «El adulterio será castigado con la pena de prisión. [...] Cometan adulterio el cónyuge que yace con quien no sea su consorte y quien yace con aquel sabiendo que es casado, aunque después se declare nulo el matrimonio. [...] La querrela deducida por el cónyuge ofendido contra los culpables y demás responsables, será admitida sea cualquiera el grado de ejecución. [...] No podrá imponerse pena si aquel hubiera consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de los responsables».

<sup>18</sup> Previsión que enlaza con la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (art. 40.1, especialmente).

<sup>19</sup> «Nada hay en el texto que presenta la Comisión que no esté ya contenido en las antiguas leyes de la monarquía española», podía leerse en el *Discurso preliminar* que acompañó a la Constitución Española de 1812 (a este respecto, *cfr.* SÁNCHEZ-MEJÍA, «Tradición histórica e innovación política en el primer liberalismo español», *Revista*

### 3. El fin totalmente político

Perseguía el Derecho penal contenido en el ACP 1938 cumplir «la primera y más indeclinable» de las obligaciones del Poder público, «[...] al amparar, no solo con la fuerza de las armas, sino también con el imperio de las leyes, la existencia de la Patria organizada jurídicamente bajo una nueva forma de Estado»<sup>20</sup>. Así:

«[...] tiende esta Ley Penal a lograr entre los españoles la máxima suma de justicia posible de ser administrada por los hombres y aspira a ser arma del Poder Público, defensa del particular, amparo del débil, guía del descarriado, mano benigna para el arrepentido y el converso, y mano enérgica, cuando sea preciso, para el contumaz y peligroso enemigo de la gran Patria española»<sup>21</sup>.

Al nuevo Estado correspondía, por tanto, un nuevo Derecho penal, cuyas tendencias fueron las siguientes:

### 4. Sus tendencias

No asumió el ACP 1938 la propuesta nazi de querer invertir el orden de la parte general y de la parte especial de los Códigos (poniendo esta primero que la otra). Sustentaron los alemanes esa idea (benedicida por algunos muy prominentes juristas de la época)<sup>22</sup> en la necesidad de que el «compatriota lego» (*nicht juristisch gebildeter Volksgenosse*) pudiera conocer directamente qué acciones son o no punibles, sin mayor preámbulo<sup>23</sup>. A pesar de que no alcanzó tal punto el ACP 1938, sí quebró decididamente los principios del Derecho penal liberal<sup>24</sup>. Esto no puede

---

*de Estudios Políticos*, [97], 1997, pp. 277 ss.). Respecto del ACP 1938 sostiene CASABÓ RUIZ, sin embargo, su pretensión de «remodelar todo el sistema jurídico» (CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, p. 2). Más adelante (p. 10) destaca el mismo autor el carácter nacional que realiza el Preámbulo que acompañó al ACP que pretendía restituir «a nuestra legislación preceptos nacidos de lo más profundo del alma española, que un internacionalismo gris pretendía extirpar de la Ley, aunque no de las costumbres, que secularmente los han consagrado». También sostiene PORTILLA el carácter de «simple reforma» que suponía el ACP (PORTILLA, *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, 2022, p. 8). De los puntos programáticos de la Falange se decía que, «en su esencia, empalmaban con las profundas raíces de la tradición política española, renovándola y proyectándola hacia el futuro» (FERNÁNDEZ CUESTA, «El concepto falangista del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, [13-14], 1944, p. 356). Y, en todo caso, también era lugar común en la legislación del fascismo italiano, la apelación a la «*tradizione giuridica italiana*»: cfr. GARLATI, «"Contro il sentimentalismo." L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel C.P.P. del 1930», *Criminalia*, 2012, p. 182; o COLOMBO, «Fascism, Community, and the Paradox of Good Faith», *South African Law Journal*, (111-3), 1994, p. 486: «[...] *Italian Fascism stressed the historical roots and heritage of the nation as the best possible argument for its urgent need of political rejuvenation and as proof of its future glory*».

<sup>20</sup> Preámbulo, ACP 1938.

<sup>21</sup> Preámbulo, ACP 1938.

<sup>22</sup> SCHAFFSTEIN, «Nationalsozialistisches Strafrecht – Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (53), 1934, p. 604: «Quien alguna vez se haya colocado ante la tarea de explicar en las lecciones de Derecho penal a los estudiantes de los primeros semestres, es decir, legos en el sentido del Derecho penal, los fundamentos del Derecho penal, deberá encontrar esta idea del memorándum [se refiere al aquí al texto citado en la siguiente nota (*Nationalsozialistisches Strafrecht...*)] digna de mucha consideración: «*Wer sich einmal vor die Aufgabe gestellt sah, in der Strafrechtsvorlesung den jungen Semestern, also "Laien" im strafrechtlichen Sinne, die Grundzüge des Strafrechts darzulegen, wird diesen Gedanken der Denkschrift als sehr erwägenswert anerkennen müssen*».

<sup>23</sup> AA.VV., *Nationalsozialistisches Strafrecht – Denkschrift des Preußischen Justizministers*, 1933, p. 18. En la proyectada legislación civil no se llevó hasta las últimas consecuencias esa tesis pues el llamado *Volksgesetzbuch* vino precedido por una serie de reglas fundamentales (*Grundregeln*) más o menos amplias (GARCÍA DEL MORAL, «Normas fundamentales del Proyecto Código del pueblo alemán», *Revista de Estudios Políticos*, [11-12], 1943, p. 139).

<sup>24</sup> CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, pp. 8-9.

sorprender si se recuerda que ya Ramiro Ledesma había dicho en la *Conquista del Estado* que lo máximo a conceder al liberalismo «es un sepulcro glorioso»<sup>25</sup>. Así, ignoró el ACP 1938 el principio de legalidad (y su exigencia de *lex certa* y *stricta: scripta* y *praevia* sí era), asumió un desmedido subjetivismo, propio de un Derecho que pretende castigar por lo que se es –y quizás por lo que se piensa– y no por lo que se *hace*. Además de eso, el ACP 1938 acogió el principio de caudillaje (versión española del *Führerprinzip*), como también hicieron sus homólogos procesales (y como también se propuso en el Derecho mercantil)<sup>26</sup>. Concedió, por último, un rol trascendental a la obediencia debida que, expresión de la ordenación militar–jerárquica del Estado, fue regulada en una ubicación sistemática privilegiada: el art. 1.

#### 4.1. La muerte del privilegio de legalidad: la analogía *contra reum*

El ACP 1938 ignoró, en sus preceptos iniciales, el principio de legalidad<sup>27</sup>. Este venía siendo recogido desde antiguo en la codificación penal española<sup>28</sup> y sostenido por el TS<sup>29</sup>. Para la época, contaba el principio de legalidad con anclaje constitucional en el art. 28 CE 1931: «(s)olo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por juez competente y conforme a los trámites legales»<sup>30</sup>, en el que la influencia del art. 115 de la Constitución alemana de 1919 (*de facto* derogado bajo el nacionalsocialismo) era patente. Efectivamente, el art. 1 ACP 1938 establecía lo siguiente: «son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntariamente penadas por la Ley y *los actos enteramente asimilables a ellas*». De lo que se trataba no era, por tanto, de la garantía particular de ningún Derecho, sino de solucionar al precio que fuera un conflicto<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> «Unos minutos con Unamuno», *La Conquista del Estado*, (4), 4 de abril de 1931, pp. 1-2. Gloria que reconocieron otros de paragonable tendencia: «En efecto, *non si torna indietro*, y las ventajas conseguidas por el liberalismo son tantos en nuestras manos, posibilidades aumentadas para nuestros espíritus. ¿Por qué no aceptar que muchos frutos recogémosles de árboles plantados por nuestros abuelos? ¿Callamos acaso que muchas de nuestras angustias son cosecha de yerros paternos?» (MARTÍNEZ DE BEDOYA, «El sentido de la libertad en la doctrina falangista», *Revista de Estudios Políticos*, [9-10], 1943, pp. 316-317).

<sup>26</sup> En 1933 publicó GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE una monografía titulada *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*. Fue reseñada por José Antonio Primo de Rivera en *FE*, (3), 1934. El nacionalsocialismo también reorganizó su Derecho de sociedades en el mismo sentido.

<sup>27</sup> MARTÍN, «Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874 - 1944)», *Quaderni Fiorentini*, (36), 2007, pp. 503 ss.

<sup>28</sup> Art. 3 CP 1822, por ejemplo. Igualmente, el CP 1850 castigó como delito o falta «toda acción u omisión voluntaria penada por la Ley» (art. 1.I), a lo que agregó que no serían castigados otros actos u omisiones que «los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas» (art. 2.II). Y lo mismo puede decirse de los CP 1870 (art. 1), CP 1928 (art. 1) o el CP 1932 (art. 1). Ni siquiera el CP 1944 (art. 1), tan cercano todavía a la Guerra Civil, asumió un planteamiento tan ajeno al principio de legalidad, aunque sí se admitió respecto de la potestad disciplinaria de la Administración. Por ejemplo, el art. 1.h) de la Orden de 6 de octubre de 1939, dando normas para la depuración, por los Colegios de Médicos, de la conducta político-social de sus miembros, permitía sancionar «(l)as acciones u omisiones que, sin estar expresamente comprendidas en los apartados anteriores, implicaren una evidente significación antipatriótica y contraria al Movimiento Nacional». Lo mismo se repetía, por ejemplo, respecto de los Arquitectos (art. 6.1.g) de la Orden de 24 de febrero de 1940, dictando normas para la depuración de la conducta política y social de los Arquitectos.

<sup>29</sup> Cfr. STS 293/1889, Penal, de 2 de diciembre («la analogía de condiciones y circunstancias no permite la extensión de la ley penal a casos no idénticos»); STS 167/1901, Penal, de 1 de mayo, que rechaza la aplicación analógica de un delito previsto para funcionarios a un sujeto que no reunía la condición de tal.

<sup>30</sup> En el precepto de la Constitución Española de 1931 se deja sentir la influencia de la WRV, referente en el proceso constituyente de la II República, como recuerda JIMÉNEZ DE ASÚA (Diario de Sesiones – Congreso de los Diputados, (28), 27 de agosto de 1931, p. 645).

<sup>31</sup> La vinculación con la llamada jurisprudencia de intereses desarrollada en Alemania a comienzos del siglo XX es patente. Cfr. HECK, «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», *Archiv für die civilistische Praxis*, (112), 1914,

El contexto de esta decisión del ACP 1938 era el que sigue:

*a. Ambiente tenso para el principio de legalidad*

En un ambiente en que el principio de legalidad ya venía siendo amenazado, tampoco puede sorprender en exceso su fatal destino en el ACP 1938. También en la Alemania nazi y en la URSS fue quebrado el principio de legalidad e incorporada la analogía *contra reo*. Efectivamente, el § 2 de la Ley alemana de 28 de junio, de 1935 de reforma del *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán), castigaba a quien perpetrare un hecho que la Ley declare punible

«[...] o que, según los principios generales de una Ley penal y según el sano sentimiento del pueblo, merezca castigarse. Cuando a un hecho no sea de aplicación inmediata ninguna Ley penal concreta, éste será castigado según la Ley cuyos principios generales mejor se acomoden al hecho»<sup>32</sup>.

La previsión ya existía, sin embargo, en la antigua legislación alemana y, por ejemplo, los arts. 104 y 105 de la *Constitutio Criminalis Carolina* (dada por Carlos V en 1532) permitían tales analogías<sup>33</sup>. No podía ofrecer esa norma ningún tipo de garantía para el individuo<sup>34</sup>, aunque tampoco está claro que fuera esa su pretensión. La importancia de la tradición fue exagerada por algunos autores nacionalsocialistas, hasta el punto de que la asunción del principio de legalidad (y la prohibición de analogía *contra reo*) fue entendida como una verdadera revolución<sup>35</sup>. En cualquier caso, la admisión de la analogía *contra reo* significaba la prevalencia (en el Derecho penal) del interés del Estado por castigar frente a la seguridad jurídica liberal: «(e)n el Estado total la exigencia de seguridad jurídica para el individuo retrocede ante la pretensión de justicia material y, por tanto, de la más eficaz eficacia del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos»<sup>36</sup>. O, simplemente, como aducía SCHAFFSTEIN (prohombre del nacionalsocialismo), un entendimiento diverso de la noción de «seguridad jurídica». Efectivamente, seguridad jurídica en el sistema totalitario significaba que el crimen no podía quedar impune y que la seguridad de la comunidad política debía prevalecer, aunque la Ley penal no autorizara expresamente el castigo<sup>37</sup>. Para SIEGERT (otra importante figura del nazismo) la analogía *contra reo* era simplemente consecuencia de una resignificación o reordenación del valor de la Ley. Lo relevante no sería ya su tenor, sino el espíritu popular que encarnara:

«El individual interviniente en el proceso no debe actuar según consideraciones jurídicas formales, sino según el espíritu del pueblo. Sus acciones procesales no pueden ser contrarias a la ética, pues

---

pp. 1 ss.; y EL MIMSO, «Die Interessenjurisprudenz und ihre neun Gegner», *Archiv für die civilistische Praxis*, (142), 1936, pp. 129 ss.

<sup>32</sup> Qué fuera realmente ese «sano sentimiento» y cómo pudiera haberse llegado a concretar en un proceso penal no fue, desde luego, claro. Ni siquiera para los autores nacionalsocialistas. Cfr. KADEČKA, «Gesundes Volksempfinden und gesetzlicher Grundgedanke», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (62), 1942, pp. 3 ss.

<sup>33</sup> Sobre la historia de la analogía en el Derecho penal, cfr. VON WEBER, «Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (56), 1937, pp. 653 ss.

<sup>34</sup> ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, p. 143.

<sup>35</sup> Cfr. HENKEL, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, 1934, p. 13; o KADEČKA, *ZStW* (62), 1942, p. 1.

<sup>36</sup> SCHAFFSTEIN, *ZStW* (53), 1934, p. 607: «[...] im totalen Staat tritt das Verlangen nach Rechtssicherheit für das Individuum zurück hinter dem Streben nach materieller Gerechtigkeit und damit nach möglicher Wirksamkeit des Strafrechts vom Standpunkt des Rechtsgüterschutzes».

<sup>37</sup> SCHAFFSTEIN, «Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, p. 532.



de tal manera contradicen el Derecho. El Juez debe interpretar la Ley no según su tenor, sino según su espíritu»<sup>38</sup>.

Unos años antes que el nacionalsocialismo, el Derecho penal soviético ya había dado cuenta de la misma tendencia<sup>39</sup>. El CP de 1 de junio 1922 había reconocido como delictiva «toda acción o inacción socialmente peligrosa que atente contra los fundamentos del sistema soviético y el orden jurídico establecido por el poder obrero y campesino para el período de tiempo de transición al sistema comunista». Esa previsión siguió viva en otros intentos de reforma, de manera que para el castigo penal sería suficiente una acción u omisión que se reputase peligrosa para el régimen soviético o para el orden jurídico establecido (a lo que se agregaba una generosa predisposición del TS de la República federada de Rusia a admitir amplio arbitrio judicial que, con el tiempo, se había ido suavizando)<sup>40</sup>. La situación de la analogía en el Derecho penal contrastaba con la del Derecho civil soviético: el art. 5 de la Ley de Introducción del CC (1 de enero de 1923) era poco proclive a la interpretación extensiva de las normas, solo admisible «sino en cuanto lo exija la protección de los intereses del Estado obrero y campesino y de las masas trabajadoras»<sup>41</sup>. La esencia del Estado totalitario explica claramente esa disparidad: la analogía *contra reo* permite castigar conductas (en beneficio del Estado); extender la analogía en el Derecho civil podría suponer que el *individuo* pudiera reclamar algo del Estado *que no le corresponde*.

#### b. Algunas excepciones en doble sentido

Ahora bien, la anterior exposición no puede llevar a pensar que la analogía en perjuicio del reo sea, siempre, distintiva del totalitarismo. Hoy lo admite, por ejemplo, el CP de Dinamarca (§ 1) que, desde luego, no puede ser considerada un país totalitario<sup>42</sup>. También lo asume el art. 7.2 CEDH, aunque respecto del Derecho penal internacional (donde, se sabe, las reglas son más laxas). E incluso, en países donde la opinión mayoritaria es radicalmente contraria a la analogía en perjuicio del reo, todavía conviven algunas no tan menores visiones divergentes, que tienden a su admisión<sup>43</sup>. Ahora bien, la más notable excepción la ofrece la Italia fascista: el CPIt 1930 que, siguiendo la letra del antiguo CP de 1889 (impulsado por ZANARDELLI), preveía que «(n)essuno pu' essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, n'e con pene che non siano da essa stabilite»<sup>44</sup>. Esto no significa, sin embargo, que no hubiera posiciones que,

<sup>38</sup> SIEGERT, «Richter, Staatsanwalt und Beschuldiger im Strafprozeß des neuen Staates», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (54), 1935, p. 17: «Der einzelne Prozeßbeteiligte hat nicht von formalen Rechtserwägungen aus, sondern vom Geiste des Volkes aus zu handeln. Seine Prozeßhandlungen dürfen nicht unssittlich sein, weil sie sonst auch dem Recht widersprechen würden. Der Richter hat das Prozeßgesetz nicht aus seinem Wortlaut, sondern aus seinem Geiste auszulegen».

<sup>39</sup> Cfr. FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, 1941, p. 203, nota 323; CUELLO CALÓN, «La reforma de la legislación penal en la Unión Soviética», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (13), 1960, p. 18; o ZAITZEFF, «Das Strafrecht im Sowjetstaate», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (51), 1931, pp. 1 ss.

<sup>40</sup> CUELLO CALÓN, *ADPCP*, (13), 1960, p. 19.

<sup>41</sup> Cfr. GARCÍA DEL MORAL, *REP*, (11-12), 1943, p. 142.

<sup>42</sup> «Sólo puede imponerse una sanción por un hecho [*forhold*] que esté castigado por la ley, o que sea equivalente a tal delito [*eller som ganske må ligestilles med et sådant*]».

<sup>43</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, p. 156 y los autores que, en ambos sentidos, se citan.

<sup>44</sup> Lo que no impide reconocer, como hace SKINNER, «Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy», *International Journal of Law in Context*, (7), 2011, p. 11, que la sumisión en el fascismo del Juez a la Ley tenía distinto fundamento que en el liberalismo: en el totalitarismo «*the law was to be exalted as the expression of State power over its subjects*».

en Italia, propusieran la derogación del *nullum crimen sine lege*<sup>45</sup>; que los Tribunales italianos no quebraran sin base legal, el principio de legalidad<sup>46</sup>; y que, algunos tipos del CP de 1930 estuvieran redactados tan ampliamente que no hiciera falta, en realidad, ignorar el principio de legalidad para poder interpretarlos expansivamente<sup>47</sup>.

#### 4.2. Personalidad y voluntad del autor

Otra de las notas que distinguió al modelo del ACP 1938 fue su extraordinario subjetivismo<sup>48</sup>. Subjetivismo que no se importó solo del nacionalsocialismo alemán, sino que existía también en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933<sup>49</sup>. Era deseo del ACP 1938 reprimir con misma intensidad la intención del autor del delito y el resultado finalmente producido. El distanciamiento del ACP 1938 con la Ley penal liberal era claro: si la Ley liberal se caracterizó por ser general, por estar dirigida al futuro y por tener «la conducta exterior como objeto de reglamentación»<sup>50</sup>, el Derecho penal totalitario no se sintió restringido de tal manera. Como había puesto de relieve ya FENECH, el Derecho penal total pretendía también operar «sobre el fuero interno del hombre»<sup>51</sup>. Quiso castigar unos hechos (fenómeno externo) no solo como síntoma de un pensamiento, sino también como «síntomas de un carácter»<sup>52</sup>. Se trata, entonces, de una excitación de lo que hoy se conoce como Derecho penal de autor que en aquella época sería, excitado, un Derecho penal de la voluntad («*Willensstrafrecht*»)<sup>53</sup>. Algunos prohombres del Derecho nacionalsocialista también rompieron lanzas en favor de ese modelo. De nuevo, SCHAFFSTEIN mantuvo:

«En favor de este Derecho penal de la voluntad del memorándum [se refiere al aquí citado como *Nationalsozialistisches...*] hablan, sobre todo, dos consideraciones: la tutela del bien jurídico deviene más fuerte a través de la anticipación de la protección penal hacia un momento anterior del ataque. La posibilidad de castigar es más amplia que hasta ahora. Además, en la medida en que tener en consideración la voluntad se corresponde con una valoración moral, para la que lo importante es solo la buena o mala voluntad y no el casual resultado, corresponde [el Derecho penal de la voluntad] con la tendencia general a la moralización del memorandum»<sup>54</sup>.

De la misma tesis participó EXNER para el que, en los tiempos de «la valoración de la personalidad y del Derecho penal de la voluntad», no tiene sentido restringir la actividad probatoria de oficio del Juez y negarle, por tanto, revisar las actuaciones durante el juicio oral<sup>55</sup>. En la misma

<sup>45</sup> Cfr. BETTIOL, «Neue Strömungen in der italienischen Strafrechtslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, p. 511 y los autores que allí se citan.

<sup>46</sup> Cfr. VINCI, «La politica giudiziaria del fascismo italiano nella giurisprudenza del Tribunal speciale per la difesa dello Stato (1926 - 1943)», *Historia et ius – Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, (10), 2016, p. 12. Ahí se da cuenta de aplicaciones retroactivas de la Ley penal por el Tribunal especial para la defensa del Estado.

<sup>47</sup> Lo hace notar: CAMPBELL, «Fascism and Legality», *Law Quarterly Review*, (62-2), 1946, p. 143.

<sup>48</sup> CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, p. 5.

<sup>49</sup> MARZAL, en SKINNER, (ed.), *Fascism and Criminal Law*, 2015., p. 131.

<sup>50</sup> FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, 1941, p. 162.

<sup>51</sup> FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, 1941, p. 164.

<sup>52</sup> FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, 194., p. 165.

<sup>53</sup> AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, p. 47.

<sup>54</sup> SCHAFFSTEIN, *ZStW*, (53), 1934, p. 609.

<sup>55</sup> EXNER, «Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (54), 1935, p. 9.

tendencia se situaron, por citar dos más, algunos como KOHLRAUSCH<sup>56</sup> y KADEČKA<sup>57</sup>. Esa exageración de la relevancia de la voluntad explicaba, entonces, que la culpabilidad misma no debía medirse respecto del hecho, sino respecto de la esencia y personalidad del autor<sup>58</sup>. Procesalmente, incluso, este Derecho penal de la voluntad exigía un trabajo psicológico al MF que, para algunos nazis, antes de abrir juicio oral (¡no solicitar!) debía indagar la personalidad del investigado: «La mirada del Fiscal en el conjunto de la vida [del investigado] fortalece a la vez su autoridad en el pueblo. No aquel que flota sobre las nubes y que se esconde en el nebuloso manto del conocimiento total, sino el que prueba al pueblo sus servicios, es hoy un *Führer*»<sup>59</sup>. Este extraordinario subjetivismo cristalizó, en el ACP 1938, en instituciones de diversa clase:

*a. La reincidencia*

La regulación de la agravante de reincidencia era severa en el ACP 1938. Como pone de relieve Casabó, la comisión de cualquier delito castigado con pena privativa de libertad, «cuya duración [fuera] de uno a doce meses, por parte de una persona a la que por sus antecedentes tenga que apreciársele el profesionalismo criminal, automáticamente se [castigaría] con la pena de muerte»<sup>60</sup>. El delincuente explicita, reincidiendo, su muy intensa voluntad de desobedecer el Estado, cuya autoridad se resiente con cada (vez más con cada) ataque. Eso explica que el reproche penal sea mayor.

*b. Unitario castigo para diversos injustos*

Del mismo modo, la equiparación de penas entre supuestos de complicidad y autoría (art. 50 ACP) solo puede entenderse desatendiendo el valor de la contribución *material* y *real* de cada sujeto al delito y tomando en pura consideración su intención o voluntad de contribuir *idealmente* al delito. La misma tendencia se aprecia en el castigo unitario de la frustración, conspiración, provocación y consumación (art. 52 ACP), que ignoraba el desvalor de resultado de cada una de las modalidades para reprochar al sujeto no *lo que hizo*, sino *lo que quiso hacer* (pero, quizás, no hizo)<sup>61</sup>. En la medida en que lo que se castiga es la voluntad de desobedecer el Derecho (que no es más que la voluntad del Jefe del Estado), es coherente castigar todos aquellos supuestos. En ellos se expresa ya la voluntad de delinquir, aunque no haya conseguido materializarse<sup>62</sup>.

El castigo que equipara la mera exteriorización de la voluntad de delinquir (aunque no advenga resultado alguno) con el delito consumado es escasamente defendible: no ya por ser contraria a los postulados básicos del Derecho penal actual, sino porque provoca que el delincuente se decida por la conducta más grave, pues será castigado idénticamente, haga lo que haga. En España, un ejemplo de norma desproporcionada fue la Pragmática Sanción que promulgó Felipe V el 25 de

<sup>56</sup> KOHLRAUSCH, «Das kommende Deutsche Strafrecht», *ZStW*, (55), 1936, pp. 384 ss.

<sup>57</sup> KADEČKA, «Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, pp. 1 ss.

<sup>58</sup> AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, p. 58.

<sup>59</sup> SIEGERT, *ZStW*, (54), 1935, p. 27.

<sup>60</sup> CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, p. 6.

<sup>61</sup> El CPIt 1930 no asumió, como hubiera podido esperarse, esa tendencia (art. 56). *Cfr.* KUTTNER, «Das neue italienische Strafgesetzbuch – Seine Entstehung und die wichtigsten Abweichungen vom Vorentwurf 1927», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (51), 1931, p. 339.

<sup>62</sup> *Cfr.* AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, pp. 47-48.

febrero de 1734, que castigaba con la muerte a quienes hurtaran en los alrededores de la Corte<sup>65</sup>. Y, aunque con dificultad puede comprobarse empíricamente la eficacia intimidante (o preventivo general negativa) de una norma tal<sup>64</sup>, parece lógico pensar que quienes hurtaban hubieran preferido matar para intentar escapar, pues de ser hallados, les esperaba el mismo castigo por el hurto y por el homicidio.

c. *Teleología de la reacción penal*

Ese extraordinario subjetivismo que caracterizó al ACP 1938 se hizo presente en la obligatoria imposición de medidas de seguridad a la vez que la pena, que se hacían necesarias para lograr que «que el efecto intimidador de la pena subsista durante un largo plazo [...]»<sup>65</sup>. No se llega a entender con claridad cómo una medida de seguridad puede prolongar el efecto intimidador de la pena, salvo que se tratara de intimidación para el propio reo, como parece desprenderse del art. 60 ACP 1938. Y aunque hoy se defiende la eficacia preventivo-general (y no solo especial) de la medida de seguridad<sup>66</sup>, los estudios empíricos que existen sobre la eficacia preventivo-general de la pena<sup>67</sup> no parecen tampoco concluyentes.

Que la pena del fascismo español perseguía la pura represión (como deriva del Preámbulo del ALECrIm 1938) es claro. Más dudoso es, como he dicho, el efecto intimidador *extra* que se pretendía para las medidas de seguridad. E, incluso, de asumir que tal eficacia fuera real, ¿no hubiera sido suficiente, simplemente, ampliar el rango de la pena y no escindir su efecto preventivo-general artificialmente? En fin, castigando intensamente *lo subjetivo* del autor, la pena nacionalsindicalista perseguía reafirmar la autoridad del Estado, que se veía quebrada con la comisión del delito<sup>68</sup>. Esa es la hegeliana posición que mantuvo el nacionalsocialismo: «El criminal ha desconocido el mandato estatal, el Estado abandona su autoridad si lo admite en calma»<sup>69</sup>. Así, la retribución que perseguía la pena nacionalsocialista lo era para la protección del bien jurídico protegido, pero «en protección de la autoridad del Estado»<sup>70</sup>. Es decir, el fundamento de la pena es haber desconocido el mandato estatal<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> «Que a cualquier persona, que teniendo diecisiete años cumplidos, dentro de mi Corte, y en las cinco leguas de su Rastro, y Distrito, le fuere probado haber robado a otro, ya sea entrando en las casas, o acometiéndole en las calles, o caminos, ya con armas, o sin ellas, solo, o acompañado, y aunque no se siga herida, o muerte en la ejecución del delito, se le deba imponer pena capital» Curiosa era la previsión que seguía: «[...] Que si (lo que no es creíble) fuere probado a cualquiera persona noble haber cometido igual delito, no se le exceptúe de la expresada pena capital, si no que se mande ejecutar la de garrote [...]».

<sup>64</sup> ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, p. 83.

<sup>65</sup> Preámbulo ACP 1938. Análoga concepción mantuvo el CPI 1930: «*Rocco's discourse about reshaping criminal law into a specifically Fascist product involved measures intended to repress dissent, opposition and crime generally, as well as to intimidate subjects through both harsh retributive and dangerousness-based "security measures", which could be applied in addition to a basic penalty*» (SKINNER, «Violence in Fascist Criminal Law Discourse: War, Repression and Anti-Democracy», *International Journal for the Semiotics of Law*, (26), 2013, p. 449), aunque no era imperativa su imposición. Al respecto, *cfr.* KUTTNER, *ZStW*, (51), 1931, p. 336.

<sup>66</sup> ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, p. 83. Allí se mantiene que: «La mayoría de las medidas de seguridad tienen, además, eficacia preventivo-general y eso está calculado por el legislador, como fin secundario».

<sup>67</sup> ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, p. 142 y la bibliografía que allí se cita (nota 96).

<sup>68</sup> Pretensión análoga persiguieron algunas normas penales italianas. *Cfr.* VINCI, *Historia et ius*, (10), 2016, p. 4.

<sup>69</sup> OETKER, «Grundprobleme der nationalsozialistischen Strafrechtsreform – Strafgrund und Strafzweck», en FRANK, (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1935, p. 1318.

<sup>70</sup> OETKER, en FRANK, (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1935, p. 1320.

<sup>71</sup> OETKER, en FRANK, (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1935, p. 1321.

La finalidad de la pena falangista no se agotó, sin embargo, en la represión o retribución. También abrazó funciones de prevención general (sobre todo negativa) y especial (cfr. art. 60 ACP 1938)<sup>72</sup>. Así, se prevenían medidas tendentes a la resocialización y a la corrección del delincuente: el art. 81.II ACP 1938 permitía que «las penas de toda clase impuestas a reos de buena conducta y casados que delincan por primera vez y por motivo no deshonoroso» puedan mutar en relegación en los territorios del África Central, por doble duración de la pena impuesta, «siempre que el reo vaya acompañado de su familia y cumpla las demás condiciones que se le señalen por el Tribunal». Como recuerda Casabó, el Preámbulo mantenía a este respecto que «[...] la Ley tiende la mano y favorecer al reo que quiere regenerarse»<sup>73</sup>.

#### 4.3. Rol de la obediencia debida

En el Estado totalitario, militarmente estructurado (en el fondo, «[e]l Caudillo es esencialmente un jefe militar»<sup>74</sup>), la obediencia debida cobra un rol trascendental<sup>75</sup>. El Derecho penal del fascismo español dio buena cuenta de ello y reservó para la obediencia debida un lugar privilegiado: el art. 1.IV ACP 1938. Se trata de un posicionamiento expresivo de *algo más*: la sumisión al Estado total, cuyos mandatos se expresen en la fuente que se expresen, no pueden ser nunca antijurídicos (en la medida en que son dados por el Pueblo, representado por el Caudillo)<sup>76</sup>. De tal manera, preveía el art. 1.IV ACP 1938 la exención de responsabilidades de todo tipo para los que actuaran en «cumplimiento del deber» o en «ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». También el Derecho vigente contiene una cláusula similar (art. 20.7.º CP). La diferencia radica, sin embargo, en la posición inaugural que ocupa en el Derecho penal nacionalsindicalista. Una tendencia análoga se percibe en el CP italiano de 1930, cuyo art. 53 declaraba no punible la utilización de armas por «*qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza*». La norma pretendía privilegiar, así, ampliamente a quien obedecía el mandato del Estado<sup>77</sup>. Y, efectivamente, si el delito es desobediencia al mandato del Estado, lógico es no castigar al que obedece (aunque indiciariamente su conducta pueda parecer *rebelde*).

### 5. En concreto

También la parte especial del ACP 1938 dio cuenta de la pretensión revolucionaria del falangismo, aunque sin desconocer que el decurso de la guerra exigía medidas rápidas. De ahí deriva que el ACP 1938 se presentara *ad extra* como una mera reforma del CP 1932<sup>78</sup> (que fue, a la vez, reconstrucción del CP 1870). En cualquier caso, la tendencia fascistizante de la parte especial del ACP 1938 se hizo clara, fundamentalmente, en torno a cuatro cuestiones: la raza (y

<sup>72</sup> «Los Tribunales tienen obligación de precaver la repetición del delito por parte del mismo reo, añadiendo a la pena que impongan la mitad de seguridad que consideren más adecuada a este objeto, en atención a la individualidad del culpable [...]».

<sup>73</sup> CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, p. 21.

<sup>74</sup> ELIAS DE TEJADA, *La figura del Caudillo – Contribución al Derecho público nacional sindicalista*, 1939, p. 16.

<sup>75</sup> Respecto de Italia fascista, cfr. SKINNER, *IJLC*, (7), 2011, p. 16; o CAMPBELL, *Law Q. Review*, (62-2), 1946, p. 142.

<sup>76</sup> Cfr. RIVAYA, «La reacción contra el fascismo (La recepción en España del pensamiento jurídico nazi)», *Revista de Estudios Políticos*, (100), 1998, p. 164. Vale la pena recordar, además, el texto del art. 47 de los Estatutos de FET y de las JONS: «El Caudillo personifica todos los valores y todos los honores del movimiento, y como autor de la era histórica donde España adquiere las posibilidades de realizar su destino y con el los anhelos del Movimiento, asume la más alta autoridad, respondiendo sólo ante Dios y ante la Historia».

<sup>77</sup> SKINNER, *IJLC*, (7), 2011 p. 20.

<sup>78</sup> Preámbulo, ACP 1938.

la Patria), el honor, la familia y la religión. E, igual que sucedía en Italia o Alemania, el ACP 1938 colocó los intereses de la Patria y del Estado como los bienes primordiales a tutelar (aunque, en España eso fuera un lugar común en los CP históricos). *La estructura de la parte especial daba cuenta, como en la Alemania nazi, de que «la tutela del pueblo y su interés común prevalece sobre la tutela del compatriota individual»*<sup>79</sup>.

### 5.1. Raza

Recibiendo tímidamente aquí el Derecho penal nacionalsocialista<sup>80</sup>, el ACP 1938 se encargó de castigar conductas contrarias a la raza española, bajo la rúbrica dedicada a los «Delitos contra la dignidad y el interés de la Patria» (arts. 131 ss.):

#### a. Comerciar, vender, suministrar o fabricar «efectos o productos anticoncepcionales»

Como acto contrario a la raza española castigó el ACP 1938 el «comercio, venta, suministro o fabricación de efectos o productos anticoncepcionales», por impedir o dificultar su continuidad. Ahora bien, no puede creerse que esta previsión fuera privativa del Derecho penal falangista, pues ya el CP 1928 (restringiendo la tipicidad de antiguos delitos relativos al escándalo público) preveía sanción para quienes propagaren, fuera de supuestos justificados (docentes, por ejemplo), «teorías o prácticas anticoncepcionales» (art. 617.II CP 1928), por contravenir la moral pública. Y unos años después, ya bajo el CP 1932, había mantenido el TS que

«[...] el público anuncio de una substancia destinada a evitar la procreación de la especie humana, indicando al mismo tiempo la forma y manera de utilizarla para que produzca el efecto deseado, no puede por menos, en buenos principios de moral, de ser constitutivo del delito, de escándalo público, que con notorio acierto ha calificado la Audiencia de León, ya que tal hecho, aun prescindiendo de la doctrina de la Iglesia, tiende a contrariar la misma Naturaleza, facilitando el vicio y la prostitución [...]»<sup>81</sup>.

Lo que sí fue privativo del ACP 1938 es entender esas conductas como contrarias a la raza española.

#### b. Contraer matrimonio con persona de raza inferior

Como acto contrario a la raza española se castigaría, también, «el matrimonio con persona de raza inferior» (art. 133.2.º ACP 1938). Aquí sí trasluce con claridad el influjo de la Ley de 15 de septiembre de 1935, para la protección de la sangre alemana y del honor alemán (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935*)<sup>82</sup> que, conocida entonces en España<sup>83</sup> y replicada en Italia<sup>84</sup>, fue dictada sabiendo que «la pureza de la sangre alemana es presupuesto para la continuación del pueblo alemán [...]»<sup>85</sup>. Su § 1.I prohibía el matrimonio entre judíos y nacionales alemanes o de sangre afín (*artverwandter Blut*), nulo

<sup>79</sup> SCHAFFSTEIN, *ZStW*, (53), 1934, p. 40.

<sup>80</sup> CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, p. 32.

<sup>81</sup> STS 204/1935, Penal, de 21 de diciembre.

<sup>82</sup> Influencia hace notar, también: TERRASA MATEU, *Control, represión y reeducación de los homosexuales durante el franquismo y el inicio de la Transición*, 2016, p. 212.

<sup>83</sup> De referencias a ella en octubre de 1934 da cuenta RIVAYA, *REP*, (100), 1998, p. 156, nota 8.

<sup>84</sup> *Cfr.* CAMPBELL, *Law Q. Review*, (62-2), 1946, p. 144.

<sup>85</sup> Preámbulo, Ley de 15 de septiembre de 1935.

aunque fuera celebrado en el extranjero<sup>86</sup>. A pesar de que el Derecho alemán sí fue relativamente claro al determinar qué personas integraban el tipo de la norma, el ACP 1938 no declaró qué debía entenderse por persona de raza inferior (aunque se ha mantenido que se trataba de las personas procedentes de «territorios africanos bajo dominio español, como Marruecos y Guinea Ecuatorial, así como de aquellos grupos raciales judío y gitano incrustados en la sociedad española peninsular»<sup>87</sup>).

## 5.2. Familia

Además de los delitos de matrimonio con persona de raza inferior y las conductas relativas a la difusión de métodos anticonceptivos, el ACP 1938 contuvo una notable reforma respecto de la tutela de la familia (coherente con la posición esencial de la familia en la *democracia orgánica*)<sup>88</sup>. Restablecía el castigo del delito de adulterio, con la importante novedad de castigar tanto el que cometía la mujer como el que cometía el varón, desapareciendo la ominosa distinción entre adulterio y amancebamiento. Así, establecía el art. 426 ACP 1938.

«El adulterio será castigado con la pena de prisión. [...] Cometen adulterio el cónyuge que yace con quien no sea su consorte y quien yace con aquél sabiendo que es casado, aunque después se declare nulo el matrimonio. [...] La querrela deducida por el cónyuge ofendido contra los culpables y los demás responsables, será admitida sea cualquiera el grado de ejecución. [...] No podrá imponerse pena si aquél hubiera consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de los responsables».

El texto del fascismo español se separaba así de la tradición histórica<sup>89</sup>.

## 5.3. Patria y honor

Los CP más fascistizantes hicieron gala de una especial tutela o consideración del honor. Buen ejemplo es la ya citada Ley para la protección del honor alemán o el famoso lema de las juventudes hitlerianas *Blut und Ehre* (sangre y honor)<sup>90</sup>. Hasta tal punto llegaron, por ejemplo, los nacionalsocialistas que consideraron el honor como un bien jurídico más relevante que la vida<sup>91</sup>. Y, por ejemplo, en el *Tratado nacionalsocialista para el Derecho y la legislación* se podía leer:

<sup>86</sup> Hasta tal punto se consideró lesivo del interés del Estado alemán la relación entre una ciudadana aria y un ciudadano judío, que el RG no dudó en extender *praeter legem* la vigencia del Derecho penal alemán para poder castigar esas conductas en el extranjero, con independencia de que allí no fueran (evidentemente) punibles.

<sup>87</sup> Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «La salvaguardia de la raza española durante la Guerra Civil – El Anteproyecto de Código Penal de 1938», *Historia de los gitanos españoles*, 1 de abril de 2018, s/p.

<sup>88</sup> Cfr. pto. 5 del Programa de FE.

<sup>89</sup> Al respecto, cfr. MASFERRER, «La prueba en el delito de adulterio en España: un análisis jurisprudencial (1870 - 1978)», en EL MISMO, (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870 - 1978) – Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su formación jurídica*, 2023, cap. 2.

<sup>90</sup> Cfr. RIVAYA, *REP*, (100), 1998, p. 159.

<sup>91</sup> AA.VV, *Nationalsozialistisches Stafrecht – Denkschrift des Preußischen Justizministers*, 1933, p. 20: «En los tres epígrafes que se ocupan de la protección del compatriota (einzelner Volksgenosse), se encuentra a la cabeza protección de la persona en su existencia natural, ética y espiritual. Ataques al honor, la vida, la salud, la libertad, deben repelerse» (In den drei Abschnitten, die den strafrechtlichen Schutz der einzelnen Volksgenossen enthalten, steht der Schutz der Einzelperson in ihrem natürlichen, sittlichen und geistigen Dasein an der Spitze. Angriffe auf Ehre, Leben, Gesundheit, Freiheit ist hier zu wehren).

«El gran valor del honor del individuo y del honor de la nación exige, según la perspectiva nacionalsocialista, la más amplia tutela. El nacionalsocialismo ha colocado el concepto de honor otra vez en el centro de la vida de la nación y del Estado»<sup>92</sup>.

En el fascismo italiano la tendencia fue paragonable y, de hecho, el artífice de la nueva legislación penal y procesal penal (ALFREDO ROCCO)<sup>93</sup>, consideró la restitución de la pena de muerte (primero por la Ley de 25 de noviembre de 1926<sup>94</sup> [una de las llamadas *fascistissimi*] y luego en el CPIt 1930) como otro «feliz signo del cambiado espíritu de la Nación Italiana, de la recuperada virilidad y energía de nuestro pueblo [...]»<sup>95</sup>. El nacionalsindicalismo no fue ajeno a ello. Se entiende así, por ejemplo, la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de «obrar por amor a la Patria, la familia o el prójimo, o por motivos de honor o de alta espiritualidad» (art. 9.2.º ACP 1938). Correlato lógico de esa consideración positiva del honor es la existencia de penas infamantes<sup>96</sup>, también presentes en el Derecho nacionalsocialista<sup>97</sup>. La pena infamante ataca directamente la vanidad del que comete el delito y que, por tanto, desobedece la voluntad del Estado<sup>98</sup>. De ahí su relevancia para estos sistemas. En cualquier caso, el ACP 1938 regulaba las penas en los arts. 23 y ss. y reconocía, en el art. 27 la pena de «reprensión pública» como pena grave y la «reprensión privada» como pena leve<sup>99</sup>. Esto explica, también, las referencias al honor en las normas de aplicación de la pena. Por ejemplo, los ordinales 1.º y 2.º del art. 59 ACP 1938 obligaban al Tribunal a tener en consideración si el motivo del hecho era o no «deshonroso» a efectos de la determinación de la pena; circunstancia que aparece, de nuevo, en el art. 81.II ACP 1938. Igualmente, la deshonra que comportaba la condena a muerte (art. 42 ACP 1938) impedía el entierro «con pompa» (art. 77.IV ACP 1938). De tal manera, Derecho y moral (como en el nacionalsocialismo)<sup>100</sup> volvían a unirse, tras largo período de separación liberal.

#### 5.4. Religión

También la religión cobró un rol importante en el nuevo modelo penal, lo que no se puede sorprender, dada la personalidad religiosa de FE (pto. 25). Ese catolicismo no se hizo, sin embargo, particularmente presente en el ACP, que dispensó igualdad de trato a las confesiones religiosas (art. 207 ss. CP).

<sup>92</sup> FRANK, (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1935, p. 21.

<sup>93</sup> Cfr. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, 1963 (2.ª ed., 1974). Alfredo Rocco fue el más importante teórico fascista italiano del Derecho penal «and his work is the essential point of referece in exploring Fascist ideology in this area» (SKINNER, *IJSL*, [26], 2013, p. 441).

<sup>94</sup> Esta norma instituía el llamado *Tribunale speciale per la Difesa dello Stato*, análogo (aunque menos sangiento, se dice: KLINKHAMMER, «Was there a fascist revolution? The function of penal law in fascist Italy and Nazi Germany», *Journal of Modern Italian Studies*, [15-3], 2010, pp. 393 ss.) que el nazi *Volkgerichtshof*. Sobre el Tribunal italiano, cfr. también: VINCI, *Historia et ius*, (10), 2016, pp. 1 ss. (de cuyos relatos [por ejemplo, p. 11] parece desprenderse que, en crueldad, nada tuvo que envidiar el Tribunal italiano al alemán).

<sup>95</sup> Cit. en SKINNER, *IJSL*, (26), 2013, p. 449. Lo hace notar también: CAMPBELL, (62-2), *Law Q. Review*, 1946, p. 143.

<sup>96</sup> Sobre las penas infamantes, cfr. MASFERRER, *La pena de infamia en el Derecho histórico español: contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del "ius commune"*, 2001; o CAÑIZARES NAVARRO, *Las penas infamantes en la codificación penal francesa*, 2011.

<sup>97</sup> AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, p. 104.

<sup>98</sup> FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, 2002, p. 110.

<sup>99</sup> Su ejecución se regulaba en el art. 84 ACP 1938.

<sup>100</sup> KIRCHHEIMER, «Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus», *Kritische Justiz*, (4-4), 1971, p. 356.



## 6. A modo de conclusión

El heterogéneo fascismo español presentó, en 1938, una serie de textos llamados a revolucionar el Derecho penal (y procesal) entonces vigente. Revolución que debía articularse bajo una concepción del Derecho como primordialmente medio de tutela del interés del Estado. Solo lejanamente el interés individual podía entenderse protegido (sin que algunas afirmaciones aisladas de José Antonio puedan rebatir esa tendencia)<sup>101</sup>. A tal fin, la Delegación Nacional de Justicia y Derecho (conducida por LUNA GARCÍA) hizo públicos 5 Anteproyectos: uno de CP, dos de enjuiciamiento (civil y penal), uno de organización de justicia y otro de prisiones. Todos ellos hacían gala de la camisa azul y del brazo en alto y en todos ellos se deja sentir, tanto la influencia de antiguos textos españoles (de la II República y anteriores), como el Derecho totalitario: fascista y nacionalsocialista. Tampoco puede obviarse el influjo de otras naciones, como la Austria de Klein o el enjuiciamiento francés, que se hacen presentes en el proceso civil (aunque no por afinidad ideológica, sino por interés *técnico*). El Derecho penal presentado se alejó radicalmente de los estándares modernos, para asumir un modelo punitivo total, en que Derecho y voluntad irrestricta del Estado coinciden. Con esa concepción del Estado a la vista se entiende que el ACP 1938 se desprendiera de las garantías liberales, que impedirían un castigo ágil y eficaz de quien pretendiera oponerse al poder total del Estado nacionalsindicalista.

## 7. Bibliografía

AA.VV, *Nationalsozialistisches Strafrecht – Denkschrift des Preußischen Justizministers*, R. v. Decker's Verlag – G. Schenck, Berlin, 1933.

AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019.

BETTIOL, «Neue Strömungen in der italienischen Strafrechtslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, pp. 505-540.

CACHÓN CADENAS, «La investigación penal a cargo del Fiscal y el proceso penal monitorio en un Anteproyecto de 1938 de orientación totalitaria», *Justicia – Revista de Derecho procesal*, (1), 2015, pp. 517-530.

CAÑIZARES NAVARRO, *Las penas infamantes en la codificación penal francesa*, tesis doctoral, Universitat de València, 2011.

CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, Universidad de Murcia, Murcia, 1978.

CAVALIERE, *Il diritto penale politico in Italia: dallo Stato liberale allo Stato totalitario – Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, Aracne, Rome, 2008.

COLOMBO, «Fascism, Community, and the Paradox of Good Faith», *South African Law Journal*, (111-3), 1994, 482 ss.

CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior – Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

---

<sup>101</sup> Cfr. SÁNCHEZ MARÍN, «José Antonio Primo de Rivera: Una aproximación a su pensamiento político», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (6), 2002/2003, p. 110.

DE LUENGO ZARZOSO, *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios en referencia al ámbito castrense*, tesis doctoral, Universitat de València, 2015.

DÍEZ-PICAZO, «Los preámbulos de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, (2), 1992, pp. 501 ss.

ELIAS DE TEJADA, *La figura del Caudillo – Contribución al Derecho público nacional sindicalista*, Tipografía Andaluza, Sevilla, 1939.

EXNER/SIEGERT, «Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (54), 1935, pp. 1-44.

FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1941.

FERNÁNDEZ CUESTA, «El concepto falangista del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, (13-14), 1944, pp. 355 ss.

FRANK, (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, Zentral Verlag der NSDAP, München, 1935.

FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, trad. por Garzón del Camino, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2002.

GARCÍA DEL MORAL, «Normas fundamentales del Proyecto Código del pueblo alemán», *Revista de Estudios Políticos*, (11-12), 1943, pp. 137 ss.

GARLATI, «"Contro il sentimentalismo". L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel C.P.P. del 1930», *Criminalia*, 2012, pp. 181-227.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.

HECK, «Die Interessenjurisprudenz und ihre neun Gegner», *Archiv für die civilistische Praxis*, (142), 1936, pp. 129-202.

—————, «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», *Archiv für die civilistische Praxis*, (112), 1914, pp. 6 ss.

HENKEL, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934.

JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97), 1985, pp. 751-785.

KADEČKA, «Gesundes Volksempfinden und gesetzlicher Grundgedanke», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (62), 1942, pp. 1-27.

—————, «Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, pp. 1-22.

KOHLRAUSCH, «Das kommende Deutsche Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (55), 1936, pp. 384-398.

KUTTNER, «Das neue italienische Strafgesetzbuch – Seine Entstehung und die wichtigsten Abweichungen vom Vorentwurf 1927», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (51), 1931, pp. 329-345.

LADRÓN DE GUEVARA PASCUAL, *¿Hacia un Derecho procesal del enemigo?*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

LLOBET RODRÍGUEZ, *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933 - 1945)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LUNA GARCÍA, *La Revolución Judicial – Discursos pronunciados el día 19 de abril de 1938 en el Convento de San Esteban de Salamanca para conmemorar el aniversario del Partido Único por Fray Ignacio Menéndez-Reigada, O.P., profesor de Sagrada Teología y Antonio Luna García, Delegado Nacional de Justicia y Derecho de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, Imprenta Núñez, Salamanca, 1938.

MARTÍN, «Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874 - 1944)», *Quaderni Fiorentini*, (36), 2007, pp. 503 ss.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «La salvaguardia de la raza española durante la Guerra Civil – El Anteproyecto de Código Penal de 1938», *Historia de los gitanos españoles*, 1 de abril de 2018, s/p.

MARZAL, «Criminal Law under the Francoist Regime: the Influence of Militarism and National-Catholicism», en SKINNER, (ed.), *Fascism and Criminal Law – History, Theory, Continuity*, Hart, Oxford, Portland, 2015.

MASFERRER (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870 - 1978) – Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su formación jurídica*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2023.

———, *La pena de infamia en el Derecho histórico español: contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del "ius commune"*, Dykinson, Madrid, 2001.

MERKEL, «El derecho procesal-penal del enemigo: una mirada general», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, (1), 2022, pp. 191-242.

MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª ed. (revisada y ampliada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PANUNZIO, *Il Fondamento Giuridico del Fascismo*, Bonacci Editore, Rome, 1987.

PORTILLA, *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, Dykinson, Madrid, 2022.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006.

SÁNCHEZ MARÍN, «José Antonio Primo de Rivera: Una aproximación a su pensamiento político», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (6), 2002/2003, pp. 103 ss.

SÁNCHEZ-MEJÍA, «Tradición histórica e innovación política en el primer liberalismo español», *Revista de Estudios Políticos*, (97), 1997, pp. 277 ss.

SCHAFFSTEIN, «Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, pp. 518 ss.

———, «Nationalsozialistisches Strafrecht – Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (53), 1934, pp. 603-628.

SKINNER, «Violence in Fascist Criminal Law Discourse: War, Repression and Anti-Democracy», *International Journal for the Semiotics of Law*, (26), 2013, pp. 439-458.

———, «Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy», *International Journal of Law in Context*, (7), 2011, pp. 423-446.

STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus – Zur Rolle Hans Welzels in der nationalsozialistischen Strafrechtswissenschaft und zu den Auswirkungen der Schuldtheorie in den NS-Verfahren der Nachkriegszeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.

TÉLLEZ AGUILERA, «La proyectada Ley de Prisiones de 1938 y la figura de D. Federico Castejón», *Revista de estudios penitenciarios*, (257), 2014, pp. 9-31.

UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia, 1963.

VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2002.

VINCI, «La politica giudiziaria del fascismo italiano nella giurisprudenza del Tribunale speciale per la difesa dello Stato (1926 - 1943)», *Historia et ius – Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, (10), 2016, pp. 1 ss.

VON WEBER, «Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (56), 1937, pp. 653-675.

ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi – La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Ediar, Buenos Aires, 2017.

## Inspectores y Fiscales: investigar y perseguir la defraudación tributaria en España

### Sumario

-  
*La dificultad y complejidad para detectar e investigar la defraudación tributaria supone un reto para el sistema de justicia penal. En España, los órganos de control que tienen una importancia decisiva en la investigación y persecución del delito fiscal son la Agencia Tributaria y la Fiscalía del área especializada en Delitos Económicos. Este artículo analiza el proceso de investigación de la defraudación tributaria que suele iniciarse en la Agencia Tributaria y que acaba en manos de la Fiscalía de Delitos Económicos para su posterior judicialización. Dos elementos son indispensables para entender la conexión entre la vía administrativa y el proceso penal: la liquidación vinculada a delito (LVD) y el informe pericial que se remite a Fiscalía. El trabajo de inspectores y fiscales es fundamental para entender el grado de éxito de la persecución del delito de defraudación tributaria en sede judicial.*

### Abstract

-  
*Because economic crimes are hard to detect and complex to investigate, the criminal justice system must rely on regulatory agencies. In Spain, the Tax Agency remains one of the key institutions in researching economic crimes together with public prosecutors specialised on economic crimes. This article analyses the investigation process of tax fraud that usually begins in the Tax Agency and ends up in the hands of the Prosecutor's Office for subsequent prosecution in-court. Two elements are essential to understand the connection between the administrative process and the criminal process: the so-called 'liquidation linked to a crime' and the inspector report that is sent to the Prosecutor's Office. The labour of inspectors and prosecutors is essential to understand the degree of success in prosecuting tax fraud in court.*

**Title:** Tax Officers and Public Prosecutors: Prosecuting Tax Fraud in Spain

-  
**Palabras clave:** defraudación tributaria, delitos económicos, Agencia Tributaria, Fiscalía

**Keywords:** Tax fraud, tax officers, prosecutors, economic crimes

-  
**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i4.08

4.2024

Recepción  
08/07/2024

-

Aceptación  
15/10/2024

-

## Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Antecedentes: investigar y perseguir la delincuencia de cuello blanco**
- 3. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT)**
  - 3.1. La inspección y la Liquidación Vinculada a Delito
  - 3.2. El auxilio judicial
- 4. La Fiscalía de (área especializada) Delitos Económicos**
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**

-

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

## 1. Introducción \*

Con el concepto de «delincuencia de cuello blanco» (*white-collar criminality*), SUTHERLAND acuñó en 1939 uno de los conceptos más populares en criminología, pero también uno de los más complejos. La metáfora introdujo de forma exitosa una tipología delictiva hasta entonces inexplorada por la ciencia criminológica: los delitos cometidos por las élites, los poderosos o personas de un estatus socioeconómico elevado en el seno de sus negocios<sup>1</sup>. En la década de los cuarenta del siglo XX, la teoría de SUTHERLAND supuso un cambio de paradigma criminológico, no solo por la ampliación del objeto de estudio, sino también por la explicación que trataba de responder a la motivación de los delincuentes de cuello blanco. Mientras la mayoría de las teorías criminológicas se centraban en analizar la delincuencia convencional y su etiología relacionada con la pobreza o causas patológicas, SUTHERLAND propuso la teoría de la asociación diferencial para explicar que los profesionales de negocios y ejecutivos *aprenden* en sus propios círculos a cometer cierto tipo de delitos económicos. Desde entonces, la importancia de investigar la delincuencia de cuello blanco no ha dejado de acrecentarse. A medida que avanzaba el siglo XX, las crisis financieras que sacudían a las economías occidentales pusieron en la agenda criminológica los delitos financieros cometidos por entidades de ahorro e inversión<sup>2</sup>. El siglo XXI se inauguraba con una de las mayores crisis financieras de la historia—la Gran Recesión de 2007-2008—impulsando un nuevo embate de investigaciones criminológicas sobre los delitos de los poderosos<sup>3</sup>.

A la luz de la última crisis financiera, del creciente poder económico y político de las empresas multinacionales y de la complejidad de los delitos económicos en la era de la globalización, la delincuencia de cuello blanco es hoy más relevante que en los tiempos de SUTHERLAND. Uno de los principales retos de la criminología ha sido desplegar una agenda común para investigar la delincuencia económica. En las décadas que siguen a la Gran Recesión de 2007-2008, una parte importante de la criminología se centró en desarrollar nuevas conceptualizaciones *teóricas* sobre los daños y delitos perpetrados por los «poderosos» al amparo de la globalización y financiarización de la economía<sup>4</sup>. Sin embargo, menor atención se ha prestado a cuestiones relacionadas con la investigación empírica de los delitos de cuello blanco y su control penal. ¿Qué sabemos de las instituciones existentes que están al alcance de investigar y perseguir los delitos de los poderosos? ¿Qué esfuerzos dedica el sistema de justicia penal a su investigación? ¿Qué sabemos a nivel de criminología comparada en materia de delitos económicos?

---

<sup>0</sup> Jordi Bonshoms (jordi.bonshoms@upf.edu). Agradezco muy especialmente a la profesora Elena Larrauri por su ayuda y a los revisores anónimos por sus comentarios y correcciones. Todos los posibles errores que permanezcan en el texto recaen bajo mi responsabilidad.

<sup>1</sup> SUTHERLAND, «White-Collar Criminality», *American Sociological Review*, vol. 5, núm. 1, 1940, pp. 1-12.

<sup>2</sup> CALAVITA/PONTELL/TILLMAN, *Big money crime: Fraud and politics in the savings and loan crisis*, 1997.

<sup>3</sup> BARAK, *The Routledge international handbook of the crimes of the powerful*, 2015; WILL/HANDELMAN/BROTHERTON, *How they got away with it: White collar criminals and the financial meltdown*, 2013; SHOVER/GRABOSKY, «White-collar crime and the Great Recession», *Criminology & Public Policy*, vol. 9, núm. 3, 2010, pp. 429-433.

<sup>4</sup> ROTHE/FRIEDERICH, *Crimes of Globalization*, 2014; RUGGIERO, *Crimes of the Economy*, 2013; BONSHOMS GUZMÁN, «Toward A Criminological Understanding of Financialization», *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 11, núm. 3, 2022, pp. 153-164.

<sup>5</sup> Cabe recordar que la introducción de delitos económicos en España se realiza de forma relativamente tardía, durante la transición democrática y se consolidan con la introducción del Código Penal de 1995.

Este artículo inicia una investigación sobre el control social del delito de defraudación tributaria<sup>6</sup>. El delito de defraudación tributaria constituye uno de los más genuinos ejemplos de delito económico con el que se trata de proteger no solo el erario público, sino también la política socioeconómica con incidencia sobre el ahorro, la inversión y la distribución de la renta nacional<sup>7</sup>. El potencial lesivo de la defraudación tributaria para la financiación de los servicios públicos y su dificultad para investigarlos y perseguirlos han hecho de este delito una de las principales preocupaciones de las instituciones de control. En la última década, las estadísticas oficiales recogen un aumento de la defraudación tributaria. De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística (2024), en el año 2013 se registraban 7.876 defraudaciones, cifra que aumenta hasta el 2022 con más de 25.000 defraudaciones. Del mismo modo, el rendimiento de las agencias del Sistema de Justicia Penal también aumenta: en el año 2013 se registraban 647 condenados por delito contra la Hacienda Pública, mientras que en 2022 aumenta a 1.094 condenados.

En España, las principales agencias de control en materia de delito fiscal son la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) y la Fiscalía del área especializada en Delitos Económicos. Los estudios de derecho penal-económico han puesto de relieve los problemas procesales en la investigación penal de la delincuencia económica<sup>8</sup>. Sin embargo, teniendo en cuenta que la Agencia Tributaria es el órgano de control con mayor capacidad para detectar la defraudación tributaria, la labor de investigación de los inspectores de Hacienda ha recibido escasa atención criminológica<sup>9</sup>. Todavía menos si añadimos que en 2015 la reforma de la Ley General Tributaria permitió a la AEAT cobrar la deuda tributaria vinculada a un delito de defraudación sin que un juez dictara sentencia. Del mismo modo, la Fiscalía de Delitos Económicos ha recibido muy poca atención, siendo la Fiscalía Anticorrupción la institución principal que persigue la delincuencia de cuello blanco. El objetivo de este artículo es analizar la investigación y persecución de la defraudación tributaria a través de la Agencia Tributaria y de la Fiscalía de Delitos Económicos. En particular, nos centraremos en analizar de qué forma la AEAT traslada al Ministerio Fiscal un caso de defraudación tributaria para su posterior judicialización.

Este trabajo ha sido elaborado mediante recopilación de fuentes primarias y secundarias. En cuanto a las fuentes primarias, la investigación se nutre de tres entrevistas con inspectores de Hacienda de la Agencia Tributaria y dos entrevistas semiestructuradas con fiscales en activo en la Fiscalía del área especializada en Delitos Económicos de la Provincia de Barcelona. Para complementar y reforzar la información obtenida a través de las entrevistas, este trabajo ha utilizado información bibliográfica de la Fiscalía General del Estado, en particular la documentación relativa a los informes y las memorias de la Fiscalía Especial Anticorrupción y la Fiscalía del área especializada en Delitos Económicos.

---

<sup>6</sup> Arts. 305 y 305 bis del Código Penal.

<sup>7</sup> El artículo 31 de la Constitución Española dispone que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, «La investigación de los delitos económicos en España: intentando poner orden en el camarote de los hermanos Marx», *Diario La Ley* 3036, nº8768, 2016, pp. 1-21; REBOLLO VARGAS/CASAS HERVILLA, «El proceso penal y la investigación de la delincuencia económica» en GARCÍA ARÁN (dir.), *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, 2014.

<sup>9</sup> MÉNDEZ CORTEGANO, «El papel de la Agencia Tributaria en el control del fraude como herramienta contra la corrupción», *Boletín Criminológico* nº117, noviembre-diciembre 2009, pp. 1-4; FITOR MIRÓ, *Delito fiscal. Un análisis criminológico*, 2023.



El artículo procede de la siguiente forma. El siguiente apartado ofrece una revisión de la literatura criminológica que ha tratado las agencias de control administrativo y la figura del fiscal en la investigación y persecución de los delitos de cuello blanco y económicos. El tercer apartado introduce el rol de la AEAT en la investigación del delito contra la Hacienda Pública y analiza el funcionamiento de las liquidaciones vinculadas a delito que remite a Fiscalía. Antes de las conclusiones, el cuarto apartado explica el origen de la Fiscalía de Delitos Económicos como una extensión y división del trabajo de la Fiscalía Especial Anticorrupción.

## 2. Antecedentes: investigar y perseguir la delincuencia de cuello blanco

SUTHERLAND ya advirtió que los delitos de cuello blanco suelen beneficiarse de un control social diferencial en relación con la delincuencia convencional. Muchas ilegalidades de cuello blanco son segregadas administrativamente, es decir, son detectadas en primera instancia por órganos de control extrapenales y se resuelven por la vía administrativa<sup>10</sup>. En consecuencia, muchas conductas ilegales de naturaleza económica y empresarial no alcanzan la orilla del sistema de justicia penal. Admitido esto, la «cifra negra» de la delincuencia de cuello blanco todavía adquiere mayor complejidad. Las estadísticas oficiales no solo ocultan los delitos que no son detectados por el sistema penal (como en la mayoría de los delitos), sino que además dejan de contabilizar las infracciones resueltas por vía administrativa, que bien podrían haber acabado en los juzgados<sup>11</sup>.

Por todo ello, en los años setenta la sociología y criminología empezaron a incluir lo que BRAITHWAITE denominó «los estudios de las agencias de control» (*control agency studies*) a fin de entender la incidencia de la delincuencia de cuello blanco y su tratamiento diferencial.<sup>12</sup> Al mismo tiempo que el clima político e intelectual de los años setenta propiciaba el resurgimiento de investigaciones sobre los delitos de cuello blanco, las agencias de control y regulación administrativa empezaban a ganar importancia<sup>13</sup>. En 1977, la investigación de WILSON y MATZ analizaba las dificultades que el sistema penal norteamericano se encontraba para investigar la delincuencia económica y obtener pruebas para su persecución penal<sup>14</sup>. Frente a la complejidad que requiere la investigación de los delitos económicos, WILSON y MATZ concluían que la fase preliminar de la investigación penal era crucial. Los órganos de control administrativo como la agencia tributaria (*Internal Revenue Services, IRS*) y la comisión del mercado de valores (*Securities and Exchange Commission, SEC*) aportan un conocimiento técnico fundamental para la posterior investigación penal que inicia el fiscal (*U.S. Attorney*). Otros estudios sobre el papel de la IRS y la SEC en la investigación preliminar llegaban a conclusiones similares: su labor inspectora y reguladora tiene una incidencia particular al reducir la discrecionalidad que los fiscales ejercen

<sup>10</sup> SUTHERLAND, *American Sociological Review*, vol. 5, núm. 1, 1940, pp. 1-12.

<sup>11</sup> Cabe recordar que en los años sesenta, las estadísticas oficiales fueron objeto de discusión sociológica y criminológica. Tal y como argumentaron KITSUSE y CICOUREL, las estadísticas oficiales solo reflejan una reacción penal diferencial a ciertos actos delictivos. Véase, KITSUSE/CICOUREL, «A Note on the Uses of Official Statistics», *Social Problems*, vol. 11, núm. 2, 1963, pp. 131-139.

<sup>12</sup> BRAITHWAITE, «White Collar Crime», *Annual Review of Sociology*, Vol. 11, 1985, pp. 9.

<sup>13</sup> KATZ, «The social movement against white collar crime», en EGON BITTNER/SHELDON MESSINGER (eds.), *Criminology Review Yearbook*, vol. 2, 1980, pp. 161-184; BOX, *Power, crime and mystification*, 1983; BRAITHWAITE, *Annual Review of Sociology*, Vol. 11, 1985, pp. 4.

<sup>14</sup> WILSON/MATZ, «Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods», *American Criminal Law Review*, vol.14, núm. 4, 1977, pp. 651-716.

de acuerdo con el principio de oportunidad<sup>15</sup>. Dicho de otro modo, la IRS y la SEC pueden decidir cuándo y cómo judicializar un caso de delincuencia económica. La investigación de SHAPIRO todavía aportó más datos acerca de la discrecionalidad que ejerce la SEC en el proceso de aplicación de la ley<sup>16</sup>. De acuerdo con su investigación, la SEC utilizaba más frecuentemente la vía administrativa que la penal—solo 6 de cada 100 casos acaban en juicios penales<sup>17</sup>.

En los años ochenta, la investigación criminológica sobre las agencias tributarias en distintos países cobraba fuerza como agencias de control clave en la investigación de la delincuencia económica. En el Reino Unido, la investigación de LEVI ponía el acento en las dificultades de investigar el fraude fiscal por parte de las agencias de control británicas (*Inland Revenue* y *H.M. Customs and Excise*)<sup>18</sup>. En Australia, el trabajo de BRAITHWAITE ponía de manifiesto la necesidad de desarrollar un área de estudios específica sobre las agencias de control y la investigación de la delincuencia de cuello blanco<sup>19</sup>. La influyente investigación de GRABOSKY y BRAITHWAITE puso énfasis en las agencias administrativas para entender las diferentes estrategias de aplicación de la ley en el ámbito corporativo<sup>20</sup>. Entre muchas otras agencias, GRABOSKY y BRAITHWAITE realizaron entrevistas con la Agencia Tributaria australiana (*Australian Taxation Office*) en tanto constituía la agencia de control con mayor capacidad de persecución delictiva. Su conclusión era que los grandes casos de defraudación tributaria no eran tan perseguidos como en los casos de delincuencia económica menor. Esta investigación desencadenó en las siguientes décadas una línea de investigación criminológica sobre la Agencia Tributaria australiana, el delito fiscal y las estrategias de cumplimiento tributario<sup>21</sup>.

En paralelo al interés por las agencias de control administrativo surgían los estudios criminológicos sobre la figura del fiscal en relación con la persecución de los delitos de cuello blanco. La investigación de KATZ fue pionera al poner en tela de juicio el tratamiento diferencial que el sistema de justicia penal ejercía al judicializar casos de delincuencia convencional y delincuencia de cuello blanco<sup>22</sup>. A través de entrevistas con la fiscalía del distrito Este de Nueva York—donde estaba creciendo la persecución de delitos de cuello blanco—, KATZ arguyó que la discrecionalidad de los fiscales variaba de forma significativa dependiendo si era un caso de delincuencia común o delincuencia de cuello blanco<sup>23</sup>. En el último caso, la fiscalía solía llegar a

<sup>15</sup> CROWLEY, «The tax fraud investigation: an outline for the defense attorney», *National Journal of Criminal Defense*, vol. 1, núm. 1, 1975, pp. 155-18; EDELHERTZ, *The Nature, Impact and Prosecution of White-Collar Crime*, 1970; KATZ, «Legality and equality: Plea bargaining in the prosecution of white-collar and common crimes», *Law & Society Review*, vol. 13, núm. 2, 1979, pp. 431-459.

<sup>16</sup> SHAPIRO, «The road not taken: the elusive path to criminal prosecution for white-collar offenders», *Law & Society Review*, vol. 19, núm. 2, 1985, pp. 179-218.

<sup>17</sup> Mientras la investigación de SHAPIRO plantea la vía administrativa como un problema, también puede argumentarse que no deja de ser una alternativa a la lentitud e ineficiencia del sistema penal ante los delitos de cuello blanco.

<sup>18</sup> LEVI, «The powers of revenue agencies: an overview», *British Tax Review*, vol. 1, 1982, pp. 36-51.

<sup>19</sup> BRAITHWAITE, *Annual Review of Sociology*, Vol. 11, 1985, pp. 9.

<sup>20</sup> GRABOSKY/BRAITHWAITE, *Of Manners Gentle: Strategies of Australian Business Regulatory Agencies*, 1986.

<sup>21</sup> BRAITHWAITE/BRAITHWAITE/GIBSON/MAKKAI, «Regulatory Styles, Motivational Postures and Nursing Home Compliance», *Law and Policy*, vol. 16, 1994, pp. 363-94; MURPHY, «The Role of Trust in Nurturing Compliance: A Study of Accused Tax Avoiders», *Law and Human Behavior*, vol. 28, núm. 2, 2004, pp. 187-209.

<sup>22</sup> KATZ, *Law & Society Review*, vol. 13, núm. 2, 1979, pp. 431-459.

<sup>23</sup> Es necesario recordar que el sistema acusatorio de los Estados Unidos dota a la fiscalía del principio de oportunidad, esto es, tiene capacidad discrecional para decidir si perseguir o no un delito, a diferencia de los sistemas como el español, donde la fiscalía se rige por el principio de legalidad.

acuerdos y conformidades en los juicios de forma más rápida debido a las dificultades judiciales que conllevan los delitos de cuello blanco—juicios muy largos, mucha prueba documental, mejor asesoramiento legal, etc.

En los años ochenta, una serie de investigaciones aportaron conocimiento empírico sobre la reacción local a la delincuencia de cuello blanco. En 1983, la encuesta de AYERS y FRANK a 50 fiscales federales resaltaba la prioridad de los fiscales en recuperar el dinero defraudado y llegar a acuerdos administrativos antes que penales en casos de delincuencia corporativa y económica<sup>24</sup>. En 1985, el estudio de GURNEY junto a una unidad de delitos económicos de la Fiscalía de los EE. UU. argumentaba que una de las principales razones que motivaba a los fiscales a perseguir grandes casos de delitos económicos era el tamaño de la empresa y el número de víctimas afectadas<sup>25</sup>. En 1988, la encuesta de BENSON *et al.* ponía énfasis en los recursos disponibles—falta de personal, de presupuestos públicos, etc.—como el principal obstáculo para que los fiscales persiguieran la criminalidad corporativa<sup>26</sup>.

El objetivo de estos estudios no era iniciar una nueva discusión teórica sobre el concepto de delincuencia de cuello blanco o sobre el derecho penal como instrumento de los poderosos para la dominación y el control social. El objetivo era explicar *por qué* el sistema penal investigaba menos este tipo de delincuencia. ¿Cuáles eran los obstáculos que impedían una mayor persecución de los delitos de cuello blanco? Una primera respuesta se encontraba en el funcionamiento de las agencias de control administrativo junto al poder discrecional de la Fiscalía. La contribución principal era poner el foco en los órganos de control penales y extrapenales para analizar los obstáculos en la detección y judicialización de los delitos de cuello blanco. A mi juicio, fue un progreso pasar de la denuncia teórica («los delitos de cuello blanco reciben menos atención académica») al análisis criminológico («¿por qué motivo los delitos de cuello blanco son menos detectados y perseguidos?»). Esta última perspectiva trasladada al caso español es la que nos interesa profundizar en lo que resta de artículo. A continuación, analizamos el rol de la Agencia Tributaria como el principal órgano de control frente al delito de defraudación tributaria, junto a la Fiscalía de la Sección de Delitos Económicos.

### 3. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT)

En España, el principal órgano de control con capacidad para detectar la defraudación tributaria es la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT). Para declarar que se ha producido un delito de defraudación tributaria (art. 305 CP), y para determinar la cuantía defraudada, es indispensable aplicar la Ley General Tributaria (LGT) y la ley del impuesto defraudado (principalmente IVA, IRPF y IS). La AEAT es el órgano administrativo que controla el cumplimiento tributario de acuerdo con la aplicación de la LGT y las leyes de cada uno de los

<sup>24</sup> AYERS/FRANK, «Deciding to prosecute white-collar crime: a national survey of State Attorneys General», *Justice Quarterly*, vol. 4, núm. 3, 1987, pp. 425-440.

<sup>25</sup> GURNEY, «Factors influencing the decision to prosecute economic crime», *Criminology*, vol. 23, núm. 4, 1985, pp. 609-628.

<sup>26</sup> BENSON *et al.*, «District Attorneys and Corporate Crime: Surveying Prosecutorial Gatekeepers», *Criminology*, vol. 26, núm. 3, 1988, pp. 505-518. Las entrevistas que realizaron con los fiscales muestran que la guerra contra las drogas (*war on drugs*), la cual acaparó la atención del sistema de justicia norteamericano desde finales de los años setenta, era uno de los motivos principales por el cual los fiscales no podían prestar mayor atención a los delitos de las empresas. Véase también BENSON/CULLEN/MAAKESTAD, «Local Prosecutors and Corporate Crime», *Crime & Delinquency*, vol. 36, núm. 3, 1990, pp. 356-372.

impuestos. Adscrita al Ministerio de Hacienda desde su creación en 1991, el objetivo de la AEAT es velar por el cumplimiento del sistema tributario estatal y aduanero mediante inspecciones y comprobaciones para corregir y sancionar las conductas irregulares en materia fiscal.

La estructura interna de la AEAT es compleja, pero es importante entender su organización para analizar el nivel de granularidad que alcanza la inspección del delito fiscal<sup>27</sup>. Para el objetivo de este artículo nos interesa centrarnos en el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, donde se integran distintos órganos que pueden ejercer funciones de inspección tributaria. A nivel nacional encontramos:

- la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF),
- la Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional (ONFI),
- la Unidad Central de Coordinación en materia de Delitos contra la Hacienda Pública (UCCDHP),
- Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes<sup>28</sup>.

A nivel territorial, cada Comunidad Autónoma cuenta con una Delegación Especial de la Agencia Tributaria, donde se integran las Dependencias Regionales de Inspección<sup>29</sup>. Estas Dependencias están formadas por cuatro unidades principales:

- la Unidad de Planificación y Selección,
- el Área de Inspección,
- la Oficina Técnica y
- la Unidad de Gestión de Grandes Empresas.

La Unidad de Planificación y Selección es la que se encarga de analizar las posibles contingencias de los contribuyentes y de distribuir los expedientes de inspección a las Áreas de Inspección. Dentro de las Áreas de Inspección se encuentran los Equipos y Unidades de Inspección encargados de realizar las actuaciones de comprobación e investigación que se encuentran con posibles casos de defraudación tributaria<sup>30</sup>. A continuación, detallamos la labor inspectora de estos Equipos y Unidades a fin de entender la conexión entre la vía administrativa (donde se detecta un delito contra la Hacienda Pública) y el sistema penal.

---

<sup>27</sup> La AEAT presenta un organigrama clarificador en su página web: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/gobierno-abierto/transparencia/organigrama/estructura-agencia-estatal-administracion-tributaria.html>

<sup>28</sup> Art. 1. Resolución de 24 de marzo de 1992, de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, sobre organización y atribución de funciones a la inspección de los tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria. [https://www.boe.es/eli/es/res/1992/03/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/res/1992/03/24/(1)/con)

<sup>29</sup> Resolución de 13 de enero de 2021, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se establece la estructura y organización territorial de la AEAT. BOE nº12. [https://www.boe.es/eli/es/res/2021/01/13/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/res/2021/01/13/(1)/con)

<sup>30</sup> La diferencia entre los Equipos y Unidades reside en el volumen de facturación tributaria. Los Equipos de Inspección suelen ejercer las actuaciones de ejercicios que superen los 4.000.000 de euros, mientras las Unidades de Inspección desarrollan las actuaciones a ejercicios que no superen esta cifra. Art. 4.2. Resolución de 24 de marzo de 1992, de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, sobre organización y atribución de funciones a la inspección de los tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria. [https://www.boe.es/eli/es/res/1992/03/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/res/1992/03/24/(1)/con)

### 3.1. La Inspección y la Liquidación Vinculada a Delito

Los Equipos y Unidades realizan los procedimientos de inspección y comprobación necesarios para velar por el cumplimiento del sistema tributario. Un procedimiento de inspección tributaria suele finalizarse en lo que se denominan las «actas de inspección». Ahora bien, si durante este procedimiento de inspección se encuentran irregularidades fiscales que sean constitutivas de un posible delito de defraudación tributaria (art. 305 CP), el inspector realiza lo que se conoce desde el 2015 como una propuesta de «liquidación vinculada a delito» (LVD)<sup>31</sup>. Antes del inicio de actuaciones inspectoras, el obligado tributario siempre tiene la posibilidad de regularizar su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de una deuda tributaria (art. 252 LGT). En el supuesto de regularización tributaria, la Agencia Tributaria no pasaría el «tanto de culpa» al Ministerio Fiscal.<sup>32</sup> Sin embargo, cuando se ha iniciado una actuación inspectora y se encuentra una irregularidad tributaria, la regularización voluntaria sigue siendo posible, pero la Agencia Tributaria tiene el deber de investigar los indicios de delito y remitirlo al Ministerio Fiscal.

En este punto es necesario recordar que para determinar el delito de defraudación tributaria hacen falta dos elementos: uno de tipo objetivo y el otro subjetivo. La condición objetiva de punibilidad a la defraudación se produce a partir de un determinado importe de la cantidad defraudada o dejada de ingresar que, desde la LO 15/2003, consiste en superar la cuantía de 120.000€. Por otro lado, la condición subjetiva es el ánimo de ocultación de la realidad del hecho imponible por parte del contribuyente (art. 253.3 LGT). En términos jurídicos, el delito de defraudación tributaria exige un comportamiento doloso, siendo suficiente el dolo eventual.<sup>33</sup> En la defraudación tributaria, el derecho penal español no sanciona la mera desobediencia fiscal, a saber: infringir el deber de pago no significa defraudar. El objetivo del derecho penal es sancionar aquellas conductas que infringen su deber de cooperación tributaria y disimulan su falta de voluntad de asumir los costes de mantenimiento de la Hacienda Pública.

Desde la reforma de la LGT del 2015, la Agencia Tributaria puede liquidar la deuda del contribuyente mientras se inicia el proceso penal<sup>34</sup>. Antes de la reforma, la Agencia Tributaria no podía liquidar la deuda hasta que no se dictara una sentencia condenatoria. Esto suponía un problema para la Agencia Tributaria en tanto no podía cobrar la deuda como consecuencia de la

---

<sup>31</sup> La «propuesta de LVD» sería semejante a una «acta de inspección» de un procedimiento administrativo (Comunicación personal AEAT, 26/06/2024). Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/17/58/con>. Sin embargo, tal y como advierte MÉNDEZ CORTEGANO, la Agencia Tributaria también puede abrir un expediente de investigación sin necesariamente tener abierto un procedimiento de comprobación previo. MÉNDEZ CORTEGANO, *Boletín Criminológico* nº117, noviembre-diciembre 2009, pp. 1-4. Sin embargo, estos expedientes de investigación no están regulados, pero podrían enmarcarse en un requerimiento de actuación de investigación (Comunicación personal con AEAT, 26/06/2024).

<sup>32</sup> La modificación operada en 2015 atribuyó a la Agencia Tributaria la competencia para determinar la apertura o no del procedimiento penal (art. 252 LGT). Dejar la excusa absolutoria (art. 305.4 CP) en manos de la Agencia Tributaria ha sido objeto de discusiones jurisprudenciales (véase FGE 2021).

<sup>33</sup> COCA-VILA, «Protección de las haciendas públicas y la seguridad social» en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2020, pp. 571-638; RODRÍGUEZ ALMIRÓN, «Evolución de los delitos contra la Hacienda Pública a través de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2020, pp. 643-685.

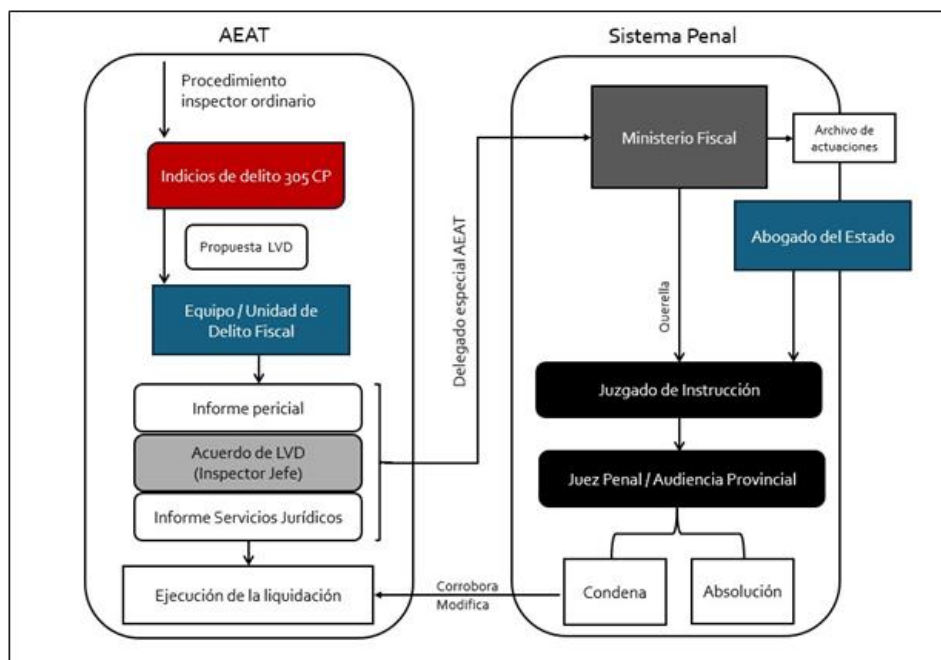
<sup>34</sup> La reforma del 2015 introdujo el Título VI, de *Actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda Pública* (art. 250 al 259), el cual regula el trámite que debe realizar la Agencia Tributaria cuando aprecia indicios de delito contra la Hacienda Pública.

extensa duración del proceso penal y la prescripción del delito<sup>35</sup>. En la actualidad, la Agencia Tributaria puede recaudar la LVD que permite liquidar el importe defraudado, el cual podrá ser modificado o corroborado cuando el juez dicte sentencia<sup>36</sup>.

La propuesta de LVD se traslada a la Unidad de Delitos Fiscales, quien ejerce una evaluación más detallada sobre los indicios de delito a fin de determinar la cuantía defraudada y el ánimo defraudatorio. Atendiendo a esto, la Unidad de Delito Fiscal realiza un informe pericial donde valora la condición objetiva y subjetiva de la defraudación. Es entonces cuando la propuesta de LVD se comunica formalmente al contribuyente, quien tendrá un periodo de alegaciones de 15 días desde la notificación de la propuesta de LVD (art. 253 LGT).

Cuando la Unidad de Delito Fiscal emite el informe pericial con la propuesta de LVD junto a las alegaciones, es entonces cuando el Inspector Jefe de la Unidad dictará la correspondiente LVD—o bien su improcedencia y, en consecuencia, su permanencia en la vía administrativa. El procedimiento se cierra cuando el Inspector Jefe dicta un acuerdo de LVD. Si el Inspector Jefe acuerda la LVD, se emite un preceptivo informe a los Servicios Jurídicos de la AEAT y se autoriza para que el Delegado Especial de la AEAT presente la correspondiente denuncia al Ministerio Fiscal (véase Figura I)<sup>37</sup>. De acuerdo con las entrevistas realizadas para esta investigación, la mayoría de las denuncias que remite el Delegado Especial de la AEAT al Ministerio Fiscal son dirigidas al área especializada de delitos económicos.

**Figura I. Proceso de investigación y persecución administrativa y penal en el delito de defraudación tributaria**



*Fuente: Elaboración propia.*

<sup>35</sup> La AEAT podía instar a los Juzgados a adoptar medidas cautelares de recaudación, esto es, solo podía cobrar la deuda bajo solicitudes específicas.

<sup>36</sup> La LGT también contempla ciertas excepciones a la práctica de liquidaciones en caso de existencia de indicios de delito de defraudación tributaria (art. 251 LGT), como por ejemplo cuando la tramitación de la liquidación administrativa pudiera ocasionar la prescripción del delito.

<sup>37</sup> El Delegado Especial de la AEAT también revisa el informe inspector antes de remitirlo al Ministerio Fiscal (Comunicación personal con AEAT, 26/06/2024).

En el momento en que el Delegado Especial de la AEAT se encarga de remitir el «tanto de culpa» al Ministerio Fiscal, el caso de defraudación tributaria entra en el sistema de justicia penal. Corresponde al Ministerio Fiscal la decisión sobre el archivo de actuaciones del caso o bien interponer una querrela en los juzgados. Cuando el Ministerio Fiscal presenta la querrela, el Juez ofrece personarse en la causa a la Abogacía del Estado, quien ejercerá la acusación particular como representación de la Hacienda Pública en el proceso penal. Desde la Abogacía del Estado comunican a la AEAT que los juzgados han dado parte de un caso de defraudación tributaria para tener acceso del expediente inspector.

Una vez la Fiscalía de delitos económicos ha judicializado el caso, será competencia del juez o tribunal penal determinar la existencia y cuantía de defraudación, realizando todos los ajustes que sean precisos en la liquidación vinculada a delito practicada por la Agencia Tributaria (art. 254 y 257 LGT). De ello se deduce que la determinación de la cuota defraudada debe regirse necesariamente por los criterios propios de la prueba en el proceso penal. Sin embargo, es en este punto donde la investigación de la Agencia Tributaria es fundamental, pues es el informe inspector el que tendrá un alto valor probatorio en el proceso penal. Este informe inspector no solo cobra relevancia por su detalle técnico para determinar la cuantía y el ánimo defraudatorio, sino que además habrá pasado por diferentes filtros antes de llegar al juez: por la Unidad de Delito Fiscal, por el Jefe de Inspección, el Servicio Jurídico de la AEAT, el Delegado Especial de la AEAT y por el Fiscal. En última instancia, el informe inspector que lee el juez de instrucción viene respaldado por múltiples instancias de control. Por ello, parece razonable que el informe inspector tenga un peso relevante en la ponderación final del fallo judicial<sup>38</sup>.

### 3.2. El auxilio judicial

Además del procedimiento ordinario en el que puede descubrirse un delito fiscal y los expedientes de investigación, la AEAT también está sujeta a la colaboración y auxilio de los Juzgados, Tribunales y el Ministerio Fiscal cuando así se acuerde, incluidas las actuaciones de carácter pericial.<sup>39</sup> La Fiscalía puede recibir sospechas de un delito fiscal o económico y puede formular peticiones de investigación a la Agencia Tributaria o directamente abrir diligencias con la ayuda de la AEAT. Del mismo modo, un juzgado que por denuncia o intimación directa ha abierto diligencias puede formular una petición de auxilio judicial y peritaje a la AEAT. En estos casos, la función de la AEAT es evacuar informes de asesoramiento correspondientes en relación a un posible hecho con indicios delictivos. En última instancia, estos informes serán una prueba fundamental para que los jueces y el Ministerio Fiscal demuestren el ánimo defraudatorio o dolo del obligado tributario de cometer el delito fiscal.

## 4. La Fiscalía de (área especializada) Delitos Económicos

En España, el Ministerio Fiscal reconoce orgánicamente dos principales «Fiscalías Especiales»: la *Fiscalía Especial Antidroga* y la *Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada* (Fiscalía Especial Anticorrupción). Adicionalmente, se han ido creando a lo largo del tiempo

<sup>38</sup> Cabe recordar que desde que se aprobó la LO 10/2015 se permite dar publicidad a los datos personales contenidos en los fallos condenatorios por delitos contra la Hacienda Pública y otras materias especialmente relevantes para el control fiscal. Véase LARRAURI/ROVIRA, «Publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los tribunales españoles», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 23, núm. 1, 2021, pp. 1-32.

<sup>39</sup> Art. 118 CE; art. 17.1 LOPJ; art. 103.1.6 LO 31/1990; art. 95 Ley General Tributaria.

distintas «áreas especializadas» de la Fiscalía. Para entender el papel del Ministerio Fiscal en el delito de defraudación tributaria es necesario distinguir la labor de la Fiscalía Especial Anticorrupción de la Fiscalía de la Sección de Delitos Económicos. A continuación, explicamos la creación del área especializada en delitos económicos como resultado de una división de trabajo en la investigación la delincuencia de cuello blanco.

El 14 de diciembre de 1995 se creó la *Fiscalía Especial para la represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción*, conocida en la actualidad como la *Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada* (en adelante «Fiscalía Anticorrupción»). La Ley 10/1995 justificaba la creación de esta Fiscalía Especial con el ánimo de abordar la delincuencia económica y la corrupción desde una perspectiva de especialización orgánica y funcional ante una criminalidad diferente y compleja. Esta Fiscalía recibió el impulso definitivo con la Ley 24/2007, donde se le dio la denominación actual (Fiscalía Anticorrupción) y se dotó de nuevas competencias y un marco organizativo reforzado, a la vez que se incrementaron sus medios y se potenciaron delegaciones y equipos de apoyo. Uno de los principales equipos de apoyo fue la creación de la Unidad de Apoyo de la AEAT en 1996, por la cual se integran un conjunto de efectivos (en la actualidad son 12 inspectores y técnicos de Hacienda) en la plantilla de la Fiscalía Anticorrupción con el objetivo de prestar asesoramiento técnico en el ámbito financiero, contable y tributario<sup>40</sup>. El art. 1 de la Ley 24/2007 definió el ámbito de actuación de la Fiscalía Anticorrupción en los siguientes ilícitos:

- a) Delitos contra la Hacienda Pública, contra la seguridad social y de contrabando.
- b) Delitos de prevaricación.
- c) Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada.
- d) Malversación de caudales públicos.
- e) Fraudes y exacciones ilegales.
- f) Delitos de tráfico de influencias.
- g) Delitos de cohecho.
- h) Negociación prohibida a los funcionarios.
- i) Defraudaciones.
- j) Insolvencias punibles.
- k) Alteración de precios en concursos y subastas públicos.
- l) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.
- m) Delitos societarios.
- n) Blanqueo de capitales y conductas afines a la receptación, salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a las otras Fiscalías Especiales.
- o) Delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales.
- p) Delitos de corrupción en el sector privado.
- q) Delitos conexos con los anteriores.
- r) La investigación de todo tipo de negocios jurídicos, transacciones o movimientos de bienes, valores o capitales, flujos económicos o activos patrimoniales, que indiciariamente

---

<sup>40</sup> De los 12 efectivos de la AEAT, 5 pertenecen al cuerpo de Inspectores de Hacienda del Estado, desempeñando el cargo de Jefes de Unidad y otros 7 al cuerpo Técnico de Hacienda como Subjefes de Unidad (FGE, 2023). Esta Unidad de Apoyo ha aumentado la capacidad investigadora de la Fiscalía Anticorrupción, convirtiéndose en la unidad que emite la mayor parte de informes. En 2022, esta Unidad de Apoyo emitió un total de 113 informes, correspondientes tanto a peticiones solicitadas por la Fiscalía Anticorrupción como las formuladas por juzgados y tribunales, y con independencia de los informes evacuados en calidad de peritos judiciales (*ibid.*).



aparezcan relacionados con la actividad de grupos delictivos organizados o con el aprovechamiento económico de actividades delictivas, así como de los delitos conexos o determinantes de tales actividades; salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a la Fiscalía Antidroga o a la de la Audiencia Nacional.

Si sumamos a esta extensa lista de delitos económicos la complejidad inherente que conlleva su investigación y la envergadura diferencial que acostumbran a cobrar ciertos casos (los «macroprocesos»), el volumen de trabajo de la Fiscalía Anticorrupción adquiriría una dimensión colosal<sup>41</sup>. La globalización económica, la complejidad creciente de las operaciones mercantiles, financieras y económicas por parte de personas físicas y jurídicas, todo ello hacía que la investigación de la delincuencia económica fuera cada vez más compleja. Por ello, la creación de un área especializada en delitos económicos se convertía en una solución indispensable para repartir el volumen de trabajo de la Fiscalía Anticorrupción. Hacía falta acotar la persecución de los delitos económicos a ciertas tipologías delictivas, y esa fue la tarea que se encomendó a la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) entrado el siglo XXI.

La primera delimitación competencial en materia de delitos económicos la encontramos en la Instrucción FGE 11/2005, donde se delega a la Fiscalía de Económicos: los delitos societarios, los delitos contra la Hacienda Pública y las insolvencias punibles, siempre que no intervenga Fiscalía Anticorrupción. Esta instrucción también pone de manifiesto la necesidad de Fiscales especialmente preparados para hacer frente a nuevas formas de delincuencia económica, reconociendo el contexto de globalización y de mayor complejidad en la persecución de los delitos económicos. Más adelante, en el Decreto de 11 de noviembre de 2018, la FGE hizo más explícita la delegación de funciones en el Fiscal de Sala delegado mencionando el Título XIV del Libro II del Código penal, *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, comprensivo en los arts. 305 a 310 bis CP (FGE, 2023). A posteriori, el Decreto del FGE de 18 de enero de 2023 consolidó las funciones que se delegan en el Fiscal de Sala, así como la materia por delitos sobre las que ejerce tales funciones. Este último Decreto acota todavía más la competencia del Fiscal de Sala—y por ende de la Fiscalía de delitos económicos—aludiendo a los siguientes tipos penales, excepto cuando su conocimiento corresponda a la Fiscalía Anticorrupción, a la Fiscalía de la Audiencia Nacional o a la Fiscalía Europea:

1. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social previstos en los arts. 305 a 310 bis CP.

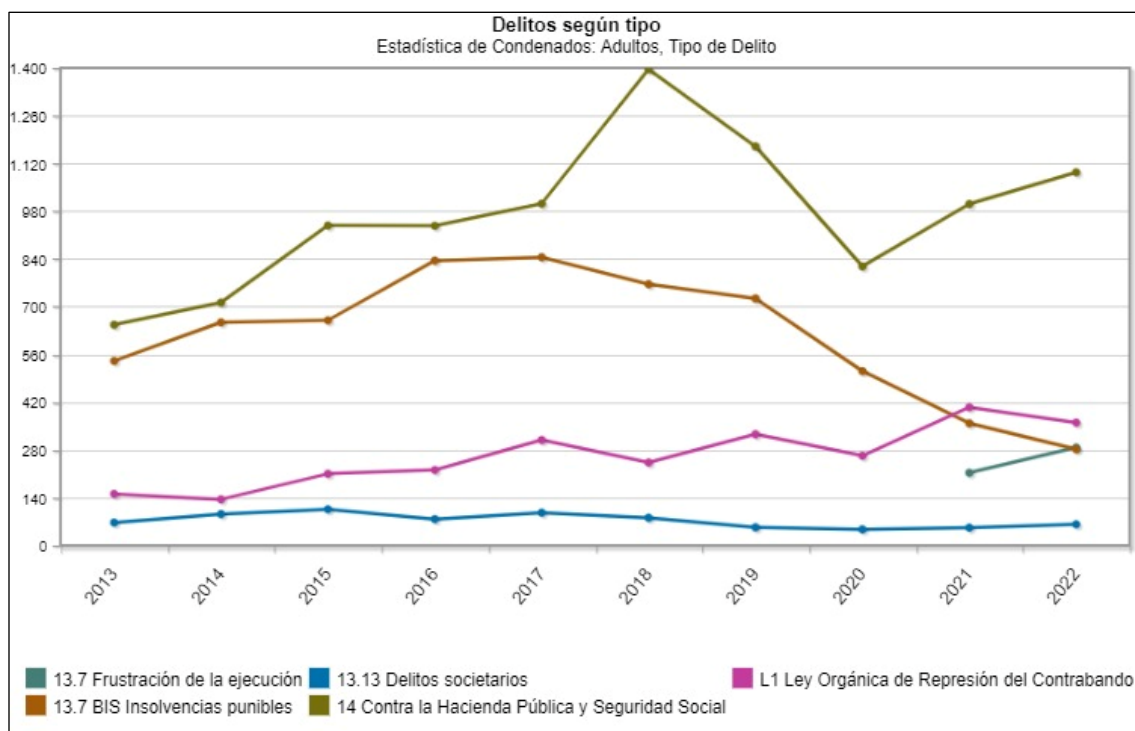
---

<sup>41</sup> Una de las singularidades de Fiscalía Anticorrupción es su relación con otras agencias de investigación a nivel nacional. Una de las instituciones más importantes en la investigación de delitos económicos en España son las unidades policiales especializadas en criminalidad económica: la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEP) del Cuerpo Nacional de Policía y la Unidad Central Operativa (U.C.O) de la Guardia Civil. Todas ellas son unidades policiales adscritas a Fiscalía Especial Anticorrupción, pero sin relación directa con Fiscalía Especial en Delitos Económicos. Más allá de las unidades policiales, Fiscalía Anticorrupción tiene una estrecha relación con otros órganos de apoyo estatales, como por ejemplo con la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE). De un modo similar, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social son órganos colaboradores de la Fiscalía en materia de delitos contra la Seguridad Social. Por otro lado, el Tribunal de Cuentas y los organismos autonómicos equivalentes, que se encargan del control económico y financiero del sector público, también cuentan con una relación directa establecida por ley con Fiscalía. En materia de blanqueo de capitales, el Ministerio Fiscal cuenta con la información que el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC). Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Link permanente: <https://www.boe.es/eli/es/l/1988/04/05/7/con>

2. Delitos de insolvencia punible de los arts. 259 a 261 bis CP, así como los delitos de frustración de ejecución de los arts. 257 a 258 ter CP.
3. Delitos societarios de los arts. 290 a 294 CP.
4. Delitos de contrabando previstos en la L.O. 12/1995, de 12 de diciembre, de *Represión del Contrabando* (cuando no sean competencia de otras áreas de especialización del Ministerio Fiscal).

Esta delimitación competencial ha servido de referencia y orientación para la Fiscalía del área especializada en delitos económicos. En las conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados y Especialistas en Delitos Económicos de 2023 se suscribió esta delimitación competencial, aunque también se matizó que el denominador común competencial de todas las fiscalías territoriales debiera ser los delitos comprendidos en el Título XIV del Libro II del Código Penal, *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, que abarca los tipos penales de los arts. 305 a 310 bis CP (FGE, 2023). Sin embargo, ello no impide que una sección pueda atribuirse otros delitos de naturaleza similar—por ejemplo, los de estafa o administración desleal—debido a su especial cualificación o conocimiento (FGE, 2023). El mismo Decreto delimita las funciones de coordinación, supervisión y procuración a desarrollar por el Fiscal de Sala Delegado. Tal y como muestra la Figura II, el delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social es la tipología delictiva con más frecuencia dentro de la delimitación competencial de la Sección de Delitos Económicos, seguida por las insolvencias punibles.

**Figura II. Delitos según tipo (2013-2022)**



Fuente: INE

Una de las particularidades de las áreas especializadas del Ministerio Fiscal es que los fiscales suelen tener un papel mucho más activo en la investigación del delito, pudiendo incluso realizar

diligencias de investigación, como la toma de declaración al sospechoso (art. 5 EOMF).<sup>42</sup> En materia de delitos económicos, la investigación de GONZÁLEZ LÓPEZ y NIETO MARTÍN concluye que la Fiscalía Anticorrupción tiene un papel dominante en la investigación previa a judicializar el caso.<sup>43</sup> En la misma línea, el estudio de REBOLLO VARGAS y CASAS HERVILLA argumenta que la dificultad y complejidad de esclarecer los hechos en materia de delitos económicos, los jueces suelen confiar o asumir como propias las investigaciones del fiscal o de otros órganos de control como la Agencia Tributaria o la policía<sup>44</sup>. Sea como fuere, lo que es indudable es que la fase preprocesal es determinante en la investigación de los delitos económicos o de cuello blanco. Y, por ende, el papel de la fiscalía de delitos económicos junto a la Agencia Tributaria es indispensable para judicializar un caso de defraudación tributaria.

Como hemos explicado en el anterior apartado, la Agencia Tributaria remite los informes y expedientes inspectores con posibles casos de delito fiscal a los fiscales de delitos económicos. La fiscalía de la sección revisa el informe inspector para decidir la eventual judicialización del caso mediante querrela a juzgados o bien el archivo de las actuaciones. Una cuestión clave en este proceso es el corto margen temporal de la investigación de los delitos económicos por su prescripción de 5 años (por el art. 305 CP) o de 10 años por el tipo agravado (art. 305bis CP). En las Memorias de la Fiscalía de la Sección de Delitos Económicos se pone de relieve la tendencia de la AEAT a enviar los expedientes con un margen temporal muy cercano a la prescripción de los hechos<sup>45</sup>. Esta dilación limita el estudio que requiere la Fiscalía y que determina que se judicialicen de forma inmediata con el fin de evitar la prescripción. La relación entre Fiscalía y la AEAT no solo se ha formalizado *de iure* en distintos Convenios de Colaboración,<sup>46</sup> sino que también *de facto*, pues son la unidad de apoyo que emiten el mayor número de informes (FGE 2023).

Desde el año 2005, la Fiscal de Sala Coordinadora de delitos económicos viene poniendo de manifiesto la dificultad para proporcionar cifras exactas sobre la actividad jurisdiccional en materia de delitos económicos debido principalmente a la falta de un registro informático uniforme en todas las fiscalías. No será hasta el año 2022 que las Memorias de la Fiscalía nos ofrecen algunos datos en materia de delitos económicos. Un 70% (161 de 234) de las diligencias de investigación pre-procesales realizadas el año 2022 son sobre delitos contra la Hacienda Pública, siendo el resto delitos contra la Seguridad Social y delitos de fraude de subvenciones (FGE, 2023).

Por otro lado, la Memoria del FGE del año 2022 también ofrece los primeros datos relativos a las LVD. Un total de 165 expedientes por delito contra la Hacienda Pública que la Agencia Tributaria remite a la Fiscalía, un total de 134 lo fueron con LVD. Esto significa que un 81,2% de los expedientes remitidos ya habían abierto el proceso para liquidar la deuda antes de judicializar el

---

<sup>42</sup> VARONA GÓMEZ, «El Ministerio Fiscal en la justicia penal de adultos: el poder punitivo en la sombra» en MEDINA ARIZA (coord.), *Instituciones de Control del Delito*, 2022.

<sup>43</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, *Diario La Ley* 3036, nº8768, 2016, pp. 1-21.

<sup>44</sup> REBOLLO VARGAS/CASAS HERVILLA, en: GARCÍA ARÁN (dir.), *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, 2014.

<sup>45</sup> Memoria de la Fiscalía General del Estado 2020, p. 1073; Memoria de la Fiscalía General del Estado 2021, p. 935.

<sup>46</sup> En 1996 se firmó el primer Convenio de Colaboración para que la AEAT prestara su asesoramiento técnico (en materia contable, tributaria y financiera) al Ministerio Fiscal. En 2023, el FGE y el presidente de la AEAT reforzaron la colaboración entre ambos organismos para ampliar el nivel de formación (mediante cursos, seminarios y jornadas de estudio) tanto de fiscales como de personal de la AEAT en materia jurídica, financiera, económica y contable.

caso. El resto de expedientes por delito contra la Hacienda Pública son sin LVD por supuestos regulados en la LGT, como por ejemplo podría ser un informe sobre un caso que no incluya la liquidación de la deuda con la finalidad de no perjudicar las investigaciones de la defraudación (art. 251.1.c)<sup>47</sup>.

## 5. Conclusiones

Si bien la crisis financiera de 2007-2008 situó a los delitos de cuello blanco y de los poderosos de nuevo en la agenda criminológica, la mayoría de los estudios en este ámbito se decantaron por ofrecer nuevas interpretaciones teóricas sobre la naturaleza del capitalismo financiero y su poder de dominación. No cabe duda de la importancia de una aproximación teórica a las oportunidades delictivas que ofrece la economía globalizada y financiarizada. Sin embargo, tal reflexión no debería eclipsar las investigaciones empíricas que arrojen luz sobre los obstáculos que las agencias de control social se encuentran para perseguir y judicializar los delitos económicos y de cuello blanco. Este fue el objetivo de la literatura criminológica en los años ochenta, cuando las agencias de control—principalmente la Agencia Tributaria y Fiscalía—cobraron protagonismo para analizar la reacción social frente al delito de cuello blanco.

En este artículo nos hemos centrado en el rol de la AEAT y la Fiscalía de Delitos Económicos en la investigación y persecución de la defraudación tributaria. El delito fiscal es uno de los principales delitos económicos cometidos por las clases medias-altas, las élites y el crimen organizado, principalmente a través de personas jurídicas. Investigar la defraudación tributaria—al igual que la mayoría de los delitos económicos—requiere de un conocimiento altamente especializado en materia fiscal y societaria (contabilidad, derecho tributario, etc.). Por ello, los inspectores y técnicos de Hacienda tienen un papel fundamental en el control y castigo de la defraudación tributaria. Por un lado, las inspecciones y comprobaciones de la Agencia Tributaria tienen una función indispensable en el descubrimiento del delito. Por otro lado, el informe pericial que se deriva de la liquidación vinculada a delito determina la posible judicialización del caso por parte del Fiscal y la posible sentencia condenatoria por parte del juez. De acuerdo con la información obtenida para este estudio, el informe pericial de la AEAT ostenta un alto valor probatorio en los juicios de delito contra la Hacienda Pública. No es arriesgado afirmar que gran parte de las sentencias condenatorias por defraudación tributaria son el resultado del trabajo previo realizado por los equipos y unidades contra el delito fiscal de la Agencia Tributaria.

A su vez, la labor de la Fiscalía de la Sección de Delitos Económicos es fundamental para entender la conexión entre la investigación de la delincuencia económica en el ámbito administrativo (Agencia Tributaria) y su persecución penal. El área especializada de Delitos Económicos ha favorecido una colaboración más eficiente con las Dependencias Regionales de Inspección de la AEAT. En este sentido, la delimitación competencial de las últimas instrucciones de la FGE ha servido para mejorar la división del trabajo entre Fiscalía Especial Anticorrupción y Fiscalía de Delitos Económicos. La cooperación entre la AEAT y la Fiscalía de Delitos Económicos también redundará en unas diligencias de investigación preprocesales con mayor peso a los ojos del juez de instrucción. Ya no se trata solo del filtro que ha pasado la propuesta de liquidación vinculada a delito en la AEAT (Unidad de Delito Fiscal, Inspector Jefe, Servicios Jurídicos), sino también el análisis posterior de la Fiscalía una vez la AEAT ha remitido el informe. Por todo ello, parece

---

<sup>47</sup> El art. 251 de la LGT regula las excepciones a la práctica de liquidaciones en caso de existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública.

sensato admitir que la figura del Fiscal de la Sección de Delitos Económicos asume un papel más activo en la investigación de la delincuencia económica en comparación con otros tipos de delincuencia convencional.

A la investigación criminológica le queda un amplio campo por recorrer para entender el fenómeno de la delincuencia económica y las estrategias de prevención y control. En primer lugar, es necesario conocer con datos cuantitativos la persecución del delito fiscal a través de las liquidaciones vinculadas a delito y su evolución desde el 2015. En segundo lugar, falta desarrollar una reflexión criminológica sobre el solapamiento del campo administrativo y el campo penal en la investigación y persecución del delito de defraudación tributaria y otros delitos económicos. Ello nos llevaría a revisar la literatura criminológica sobre las estrategias de prevención (*enforcement strategies*) y cumplimiento tributario (*tax compliance*) de las agencias de control en la línea criminológica de BRAITHWAITE<sup>48</sup>. Por último, también es importante profundizar en los obstáculos (procesales, epistémicos, etc.) que Fiscalía se encuentra en la investigación de la defraudación tributaria y otros delitos económicos. En definitiva, es necesario impulsar de nuevo una agenda criminológica que ponga énfasis en las estrategias de control de la delincuencia económica.

Uno de los principales legados de la criminología crítica fue señalar la selectividad con la que opera el sistema penal con ciertas tipologías delictivas<sup>49</sup>. En los delitos económicos, la dificultad y complejidad de su persecución conlleva, en efecto, un tratamiento diferencial por parte del sistema penal. En última instancia, que la persecución penal de la delincuencia económico-empresarial sea más compleja también afecta a su percepción social, pues impide etiquetar estas conductas como 'delictivas' y reforzar el rechazo social que se merecen.

## 6. Bibliografía

AYERS, Kenneth/FRANK, James, «Deciding to prosecute white-collar crime: a national survey of state attorneys general», *Justice Quarterly*, vol. 4, núm. 3, 1987, pp. 425-440.

BARAK, Gregg, *The Routledge international handbook of the crimes of the powerful*, Taylor and Francis, 2015.

BENSON, Michael L./MAAKESTAD, William J./CULLEN, Francis T./GEIS, Gilbert, «District Attorneys and Corporate Crime: Surveying Prosecutorial Gatekeepers», *Criminology*, vol. 26, núm. 3, 1988, pp. 505-518.

BENSON, Michael/CULLEN, Francis T./MAAKESTAD, William J., «Local Prosecutors and Corporate Crime», *Crime & Delinquency*, vol. 36, núm. 3, 1980, pp. 356-372.

BONSHOMS GUZMÁN, Jordi, «Toward A Criminological Understanding of Financialization», *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 11, núm. 3, 2022, pp. 153-164.

BRAITHWAITE, John, *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*, State University of New York Press, 1985.

<sup>48</sup> BRAITHWAITE, *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*, 1985.

<sup>49</sup> LARRAURI, *La Herencia de la Criminología Crítica*, 1991.

- BRAITHWAITE, John, «White Collar Crime», *Annual Review of Sociology*, vol. 11, 1985, pp. 1-25.
- BRAITHWAITE, Valerie/BRAITHWAITE, John/GIBSON, Diane/MAKKAI, Toni, «Regulatory Styles, Motivational Postures and Nursing Home Compliance», *Law and Policy*, vol. 16, 1994, pp. 363-94.
- CALAVITA, Kitty/PONTELL/Henry/TILLMAN, Robert, *Big money crime: Fraud and politics in the savings and loan crisis*, University of California Press, 1997.
- COCA-VILA, Ivó, «Protección de las haciendas públicas y la seguridad social» en JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Atelier, 2020.
- CROWLEY, George D., «The tax fraud investigation: an outline for the defense attorney», *National Journal of Criminal Defense*, vol. 1, núm. 1, 1975, pp. 155-182.
- EDELHERTZ, Herbert, *The Nature, Impact and Prosecution of White-Collar Crime*, D.C.: Government Printing Office, 1970.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «Doctrina de la Fiscalía General del Estado, 11/2005, de 10 de noviembre, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE», 2005. Disponible en: [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-I-2005-00011.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-I-2005-00011.pdf)
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Decreto de delegación de funciones y delimitación competencial del Fiscal Delegado de Delitos Económicos*, 2023. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/775815b7-7b38-845a-4154-f8885dc7a1a6>
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, EL FISCAL DE SALA DELEGADO DE DELITOS ECONÓMICOS, *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados y Especialistas en Delitos Económicos 2023*, 2023. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/b2c4e5b4-b7b3-121b-e638-ddda8cef254f>
- FITOR MIRÓ, Juan Carlos, *Delito fiscal. Un análisis criminológico*, Tirant lo Blanch, 2023.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Tirant Lo Blanch, 2014.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José/NIETO MARTÍN, Adán, «La investigación de los delitos económicos en España: intentando poner orden en el camarote de los hermanos Marx», *Diario La Ley 3036*, nº8768, 2016, pp. 1-21.
- GRABOSKY, Peter/BRAITHWAITE, John, *Of Manners Gentle: Strategies of Australian Business Regulatory Agencies*, Oxford University Press, 1986.
- GURNEY, Joan Neff, «Factors influencing the decision to prosecute economic crime», *Criminology*, vol. 23, núm. 4, 1985, pp 609-628.
- KATZ, Jack, «Legality and equality: Plea bargaining in the prosecution of white-collar and common crimes», *Law & Society*, vol. 13, núm. 2, 1979, pp. 431-459.
- KATZ, Jack, «The social movement against white collar crime» en BITTNER, EGON/MESSINGER, SHELDON (eds.), *Criminology Review Yearbook*, vol. 2, Sage, 1980, pp. 161-184.

KITSUSE, John/CICOUREL, Aaron, «A Note on the Uses of Official Statistics», *Social Problems*, vol. 11, núm. 2, 1963, pp. 131-139.

LARRAURI, Elena, *La Herencia de la Criminología Crítica*, Siglo XXI, 1991.

LARRAURI, Elena/ROVIRA, Martí, «Publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los tribunales españoles», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 23, núm. 1, 2021, pp. 1-32.

LEVI, Michael, «The powers of revenue agencies: an overview», *British Tax Review*, vol. 1, 1982, pp. 36-51.

MÉNDEZ CORTEGANO, Ignacio, «El papel de la Agencia Tributaria en el control del fraude como herramienta contra la corrupción», *Boletín Criminológico*, vol. 117, noviembre-diciembre 2009, pp. 1-4.

MURPHY, Kristina, «The Role of Trust in Nurturing Compliance: A Study of Accused Tax Avoiders», *Law and Human Behavior*, vol. 28, núm. 2, 2004, pp. 187-209.

REBOLLO VARGAS, Rafael/CASAS HERVILLA, Jordi, «El proceso penal y la investigación de la delincuencia económica» en MERCEDES GARCÍA ARÁN (dir.), *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Tirant lo Blanch, 2014.

RODRÍGUEZ ALMIRÓN, Francisco José, «Evolución de los delitos contra la Hacienda Pública a través de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2020, pp. 643-685.

ROTHER, Dawn/FRIEDERICH, David, *Crimes of Globalization*, Routledge, 2014.

RUGGIERO, Vincenzo, *Crimes of the Economy*, Routledge, 2013.

SHAPIRO, Susan, «The road not taken: the elusive path to criminal prosecution for white-collar offenders», *Law & Society Review*, vol. 19, núm. 2, 1985, pp. 179-218.

SHOVER, Neal/GRABOSKY, Peter, «White-collar crime and the Great Recession», *Criminology & Public Policy*, vol. 9, núm. 3, 2010, pp. 429-433.

SUTHERLAND, Edwin, «White Collar Criminality», *American Sociological Review*, vol. 5, núm. 1, 1940, pp. 1-12.

VARONA GÓMEZ, Daniel, «El Ministerio Fiscal en la justicia penal de adultos: el poder punitivo en la sombra» en JUANJO MEDINA ARIZA (coord.), *Instituciones de Control del Delito*, Madrid, Dykinson, 2022.

WILL, Susan/HANDELMAN, Stephen/BROTHERTON, David, *How they got away with it: White collar criminals and the financial meltdown*, Columbia University Press, 2013.

WILSON, Stephen/MATZ, A. Howard, «Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods», *American Criminal Law Review*, vol. 14, núm. 4, 1977, pp. 651-716.

## Calidad de vida en las prisiones vascas: visión y realidad

*Un análisis de la situación actual y de los retos a futuro después del traspaso de la competencia en materia penitenciaria*

### Sumario

-  
*La violencia política de ETA retrasó durante décadas el traspaso de la competencia en materia penitenciaria. Una vez hecha efectiva, y en el contexto de implantar un modelo penitenciario vasco, se impone analizar la realidad de las prisiones de Euskadi, como punto de partida para calibrar la dimensión de los retos a los que se enfrenta el País Vasco en la gestión de la misma. El artículo toma como referencia el cuestionario Measuring Quality of Prison Life+, que mide la calidad de vida en prisión de internos y personal, y expone los resultados de las encuestas administradas en los tres centros penitenciarios de Euskadi, analizando las claves que los explican. Aunque los datos revelan serios problemas de infraestructuras y de plantillas mermadas que se proyectan tanto sobre las condiciones de trabajo del personal, como sobre la atención que reciben los internos y las características de los módulos en los que residen, estas carencias no parecen desplegar un impacto decisivo sobre la calidad de las relaciones dentro de la prisión.*

### Abstract

-  
*The politically motivated violence during the years of ETA's activity delayed the devolution of penitentiary matters to the Basque Country. Once it has become effective, and in the context of implementing a Basque penitentiary model, it is necessary to analyze the reality of prisons in the Basque Country, as a starting point to gauge the dimension of the challenges faced in the management of the same. The article takes as a reference the Measuring Quality of Prison Life+ questionnaire, which measures the quality of prison life of inmates and staff, and presents the results of the surveys administered in the three penitentiary centers of the Basque Country, analyzing the key factors that explain them. Although the data reveal serious problems of infrastructure and reduced staffing levels, which affect the working conditions of staff, the care received by inmates and the characteristics of the modules in which they reside, these shortcomings do not seem to have a decisive impact on the quality of relations within the prison.*

**Title:** *Quality of life in Basque prisons: vision and reality. An analysis of the current situation and future challenges after the devolution of penitentiary matters to the Basque Country.*

-  
**Palabras clave:** *calidad de vida en prisión, organización, trato, relaciones, internos, personal*

**Keywords:** *quality of life in prison, organization, treatment, relationships, inmates, staff*

-  
**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i4.09



4.2024

Recepción  
04/09/2024

Aceptación  
30/09/2024

## Índice

- 
- 1. Presentación**
- 2. Desentrañando la calidad de vida y los retos en las prisiones vascas**
  - 2.1. Metodología
    - a. Características de los cuestionarios administrados
    - b. Selección de la muestra
  - 2.2. Resultados de las encuestas a internos
    - a. Datos sociodemográficos e historial de la población penitenciaria
    - b. Organización
    - c. Ámbito relacional
  - 2.3. Resultados de las encuestas al personal de prisión
    - a. Datos sociodemográficos de los trabajadores
    - b. Condiciones laborales y organización
    - c. Ámbito relacional
- 3. Recapitulación**
- 4. Bibliografía**

-

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

## 1. Presentación\*

Las condiciones en las que viven los internos en los centros penitenciarios representan un test elocuente para medir los estándares de cumplimiento de los derechos humanos en cualquier Estado o Administración territorial que tenga transferida la competencia en esa materia. El trato que reciben los ciudadanos «menos ejemplares», a quienes se ha privado de libertad precisamente por no respetar las reglas más básicas de convivencia, es, de hecho, la prueba definitiva sobre cómo se interpretan el alcance de dignidad y los derechos fundamentales. Incluso el alcance y las implicaciones de la propia noción de ciudadano<sup>1</sup>.

Lo anterior supone ya un motivo suficiente y de peso para impulsar el monitoreo de la realidad de las cárceles. Pero el estudio de la calidad de vida en prisión no es solo fundamental como cuestión ética o humanitaria, sino, como indica MARTÍ BARRACHINA, también instrumental<sup>2</sup>. En los últimos años, los estudios sobre las condiciones de vida en prisión han ido proliferando, desde distintos enfoques (cualitativos y cuantitativos), tanto en España como fuera de nuestras fronteras<sup>3</sup>. La aplicación periódica de métodos cuantitativos para conocer la realidad de las prisiones tiene ciertas ventajas, y resulta útil para visualizar y entender lo que funciona y lo que no, a la vez que hace posible constatar las transformaciones que se han ido produciendo, e identificar los golpes de timón y cambios de rumbo.

Veinte años después de que LIEBLING publicara su obra referencial sobre la materia, la encuesta *Measuring Quality of Prison Life* se ha consagrado como un instrumento de reconocida fiabilidad para evaluar la calidad de vida en prisión. La investigadora partía de la hipótesis de que no todas las prisiones son iguales, y de que los aspectos que llevan a un interno a afirmar que una prisión es «decente», «no está mal» o, por el contrario, es «la peor», están en gran medida relacionados con la forma en la que se desarrollan las relaciones entre los internos y el personal penitenciario, más que con las condiciones materiales o la organización del centro. De ahí que para medir la calidad moral (*moral performance*) de las prisiones, término que asocia el bienestar con cuánto de legítimo se percibe lo que allí ocurre<sup>4</sup>, la encuesta incluya un número considerable de preguntas dirigidas a indagar en el plano relacional y el trato recibido<sup>5</sup>. A mayor calidad moral, menores serán los conflictos dentro del centro penitenciario y más se fomentará la buena

---

\* Autora de contacto: Enara Garro Carrera (enara.garro@ehu.es). Esta publicación se incardina en los proyectos I+D+I PID2020-115320GB-I00 y PID2021-123170OB-I00 del Plan Nacional y ha sido también financiado por la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y Poderes Públicos. Desearía agradecer al personal de las prisiones vascas su disponibilidad y su ayuda para que el equipo de la Cátedra pudiera realizar el trabajo de campo.

<sup>1</sup> Cfr. PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, p. 53.

<sup>2</sup> MARTÍ BARRACHINA, «El estudio de la calidad de vida en prisión. Una revisión bibliográfica de la investigación en España y principales planteamientos internacionales», *Indret*, 3/2017, p. 24.

<sup>3</sup> Por todos, véase la exhaustiva revisión bibliográfica de MARTÍ BARRACHINA, *Indret*, 3/2017, pp. 1-34. Más recientemente, véase CUTIÑO RAYA/POZO CUEVAS/NAVARRO ARDOY/NAKAHIRA, *Estudios sobre calidad de vida en prisión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 19 ss.

<sup>4</sup> A mayor abundamiento, véase su obra de referencia, LIEBLING/ARNOLD, *Prisons and their moral performance. A study of values, quality, and prison life*, Clarendon Press, Oxford, 2004, pp. 454 ss.

<sup>5</sup> La percepción del trato que dispensan los funcionarios a los reclusos es lo que permita evaluar, en gran medida, el estado mental-psicológico de estos últimos y su nivel de bienestar, indicador especialmente pertinente y destacado, en tanto en cuanto los niveles de angustia, estrés o aflicción se han correlacionado con tasas significativas de suicidio, LIEBLING/DURIE/STILES/TAIT, «Revisiting prison suicide: the role of fairness and distress», en LIEBLING/MARUNA (eds.), *The effects of imprisonment*, Routledge, London, New York, 2005, pp. 209 ss. Véase también LIEBLING, *Suicides in prison*, Routledge, London, New York, 1992, pp. 127 ss.

conducta autónoma de aquellos que conviven en su interior, sin necesidad de imposición coercitiva alguna, ya que tanto las normas como la autoridad se verían respetadas al percibirse como legítimas<sup>6</sup>.

La encuesta de LIEBLING fue traducida y adaptada a España por LARRAURI PIJOAN, siendo posteriormente administrada, con variaciones, en diferentes prisiones catalanas y andaluzas<sup>7</sup> hace casi una década. En Euskadi, en cambio, no fue posible hacerlo en el mismo momento, al no recibir el equipo de investigación que lo solicitó autorización para acceder a las prisiones vascas. De hecho, en el País Vasco fue necesario que transcurrieran 7 años, hasta que en octubre de 2021 se hizo efectiva la transferencia de la competencia en materia penitenciaria, para que finalmente se diera el visto bueno a la realización del estudio.

El artículo se enmarca precisamente en este relativamente nuevo contexto, en el que la transferencia es aún reciente y desde la nueva administración se están dando pasos para implantar un modelo penitenciario vasco<sup>8</sup>. El momento de transición parecía también propicio para testar la realidad de las cárceles vascas y contrastarla con la visión y los objetivos estratégicos que se han marcado como metas a corto y medio plazo.

El artículo da cuenta de los resultados del trabajo de campo realizado tras administrar las encuestas correspondientes tanto a internos como al personal, y aspira a explicar los hallazgos esenciales por bloques (datos sociodemográficos e historial del entrevistado, valoraciones sobre la organización de la prisión y ámbito relacional), al hilo de algunas de las preguntas o ítems claves escogidos dentro de cada dimensión. Al ser la primera vez que se administra una encuesta de estas características en Euskadi, la exposición de los resultados de forma descriptiva tiene también un valor intrínseco, aunque se aspira, más allá de presentar una mera radiografía de los hallazgos, a proporcionar algunas claves que los explican, unidos a la identificación de los retos y desafíos que Euskadi tiene por delante tras el traspaso de la competencia en materia penitenciaria.

---

<sup>6</sup> LIEBLING/ARNOLD, *Prisons and their moral performance*, pp. 454 ss; DRAKE, «La contribución del personal de prisiones al mantenimiento del orden», InDret, 3/2016, 2016, pp. 1 ss. Véase también, POZO CUEVAS/NAVARRO ARDOY/NAKAHIRA/ CUTIÑO RAYA, «Cara a cara con la cárcel. La visión de los presos sobre sus condiciones de custodia y resocialización en un centro penitenciario», *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, Vol. 16, 2018, pp. 6-7; CUTIÑO RAYA/POZO CUEVAS/NAVARRO ARDOY/NAKAHIRA, *Estudios sobre calidad de vida en prisión*, pp. 23-24.

<sup>7</sup> Respecto a las encuestas administradas en Cataluña, véanse los resultados en RODRÍGUEZ MENÉS/LARRAURI PIJOAN/GÜERRI FERRÁNDEZ, «Percepción de la calidad de vida en prisión. La importancia de una Buena organización y de un trato digno», *Revista Internacional de Sociología*, vol. 76 (2), 2018, pp. 1-20; LARRAURI PIJOAN, «Realidad y normatividad. ¿Qué aporta la Criminología al estudio de la prisión?» en FUENTES OSORIO/MIRÓ LLINARES (dir), GÓMEZ BELLVÍS (coord.), *El Derecho penal ante lo "empírico". Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 243-260. En cuanto a los resultados de la investigación llevada a cabo en Andalucía, véase BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS/CALVO ALBA, «Resocialización y encuestas de calidad de vida penitenciaria», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 20, 2018, pp. 251-285. Más recientemente, en relación con estudios en centros penitenciarios andaluces, CUTIÑO RAYA/POZO CUEVAS/NAVARRO ARDOY/NAKAHIRA, *Estudios sobre calidad de vida en prisión*, pp. 60 ss.

<sup>8</sup> El documento de Bases para la implantación del modelo penitenciario en Euskadi, del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales del Gobierno Vasco, se halla disponible en el siguiente enlace: [https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/administracion\\_penitenciaria/es\\_def/adjuntos/modelo\\_penite\\_nciario\\_euskadi\\_2021.pdf](https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/administracion_penitenciaria/es_def/adjuntos/modelo_penite_nciario_euskadi_2021.pdf) (Fecha consulta: 22/08/2024).

## 2. Desentrañando la calidad de vida y los retos en las prisiones vascas

### 2.1. Metodología

Se hará referencia aquí a las cuestiones relativas a las características de las versiones finales de los cuestionarios administrados, así como a la selección de la muestra de internos y personal.

#### a. Características de los cuestionarios administrados

En este estudio se administró la versión adaptada de *Measuring Quality of Prison Life+*, que combina la medición de la calidad de vida en prisión por parte de los internos de un centro penitenciario<sup>9</sup> con las percepciones sobre la calidad de vida del personal<sup>10</sup> penitenciario<sup>11</sup>.

El primer bloque de preguntas del cuestionario para internos está dedicado a variables sociodemográficas de los condenados y a cuestiones relacionadas con su historial, tanto en lo relativo a sus antecedentes penales e historial penitenciario, como en lo que concierne a aspectos que tienen que ver con su salud mental y/o posibles adicciones.

La segunda parte del cuestionario contiene preguntas relacionadas con diversas dimensiones de la vida en prisión que impactan sobre el bienestar de las personas presas<sup>12</sup>, utilizando una escala Likert de cinco niveles que trata de medir el grado de acuerdo o desacuerdo del interno respecto a una serie de afirmaciones relacionadas con distintos aspectos: desde el acceso a bienes básicos, pasando por las instalaciones, atención médica, tratamiento, actividades, organización de la prisión, así como la perspectiva relacional, como se ha dicho, aspecto preponderante en el diseño mismo del instrumento.

Antes de administrarla a los internos de las prisiones vascas, fue objeto de nuevos ajustes por parte del equipo de la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y Poderes Públicos de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU), en colaboración con el personal técnico del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales del Gobierno Vasco. Estos ajustes se realizaron, sobre todo, con objeto de introducir, dentro de las posibilidades de respuesta, las opciones concretas de tratamiento y talleres que se ofrecen en nuestros días en los centros penitenciarios de Euskadi.

En cuanto al cuestionario administrado al personal penitenciario, la encuesta también contiene preguntas sobre algunos datos personales básicos del trabajador, incluida su experiencia en

<sup>9</sup> Denominado *Measuring Quality of Prison Life* o MQPL.

<sup>10</sup> Conocido como *Staff Quality of Life* o SQL.

<sup>11</sup> Tanto el instrumento *Measuring Quality of Prison Life* como el *Staff Quality of Life* han sido objeto de actualizaciones constantes entre los años 2000 y 2011 por parte de LIEBLING y su equipo. En el caso de la primera, ésta vendría siendo utilizada desde el año 2003 por el *National Offenders Management Service*, organización que de forma periódica y rutinaria «audita» los diferentes establecimientos penitenciarios de Inglaterra y Gales. Véase el informe relativo al estudio de inspección del periodo 2021/22 confeccionado por *Her Majesty's Prison and Probation Service*, disponible en: [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/62dfa24d8fa8f5649911166b/Annual\\_Prison\\_Performance\\_Ratings\\_2021\\_22\\_guide.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/62dfa24d8fa8f5649911166b/Annual_Prison_Performance_Ratings_2021_22_guide.pdf) (Fecha consulta: 28/08/2024)

<sup>12</sup> En detalle, sobre las dimensiones contenidas en la encuesta *Measuring Quality of Prison Life*, véase LIEBLING/HULLEY/CREWE, «Conceptualising and measuring the quality of prison life», en GADD/KARSTEDT/MESSNER (eds.), *The SAGE handbook of criminological research methods*, SAGE Publishing, London, 2011, pp. 366-370.

instituciones penitenciarias. El grueso del cuestionario, no obstante, lo conforman preguntas relativas a la organización de la prisión, a las relaciones con Instituciones penitenciarias, superiores, compañeros e internos, así como a cuestiones relativas al reconocimiento obtenido y la motivación con la que desempeñan sus funciones. En este caso, el instrumento se simplificó notablemente teniendo en cuenta la realidad del personal penitenciario en Euskadi: el cuestionario original incluye muchas preguntas dirigidas a explorar el nivel de malestar que puede llegar a crearse entre el personal por tensiones de carácter étnico o interracial entre los trabajadores de las prisiones, diversidad que no se corresponde con las características de los profesionales que trabajan en las prisiones vascas. Así, el cuestionario fue depurado de esa clase de preguntas para garantizar una administración más rápida y eficaz, en la que los encuestados pudieran percibir que todas las preguntas podían tener un sentido en su contexto laboral.

*b. Selección de la muestra*

La población reclusa en Euskadi se encuentra distribuida en tres centros penitenciarios de características muy diferentes. La prisión de Martutene (Gipuzkoa) se inauguró en 1948 tras el cierre de la prisión de Ondarreta. De tamaño reducido, en el momento de la realización de la encuesta se encontraban en ella 209 personas internas, de las cuales solo 15 eran mujeres. El centro cuenta con un elevado porcentaje de reclusos extranjeros que representa el 38% del total. Su cierre definitivo está previsto que se produzca a finales de 2024 coincidiendo con la inauguración del nuevo centro de Zubieta, una nueva prisión modular con el doble de capacidad que la de Martutene.

En el caso de Basauri (Bizkaia), se trata de un centro penitenciario edificado en 1964 que originalmente tenía una capacidad para 115 reclusos. En el momento de administrar la encuesta se encontraban internos 142 hombres, sin presencia de mujeres.

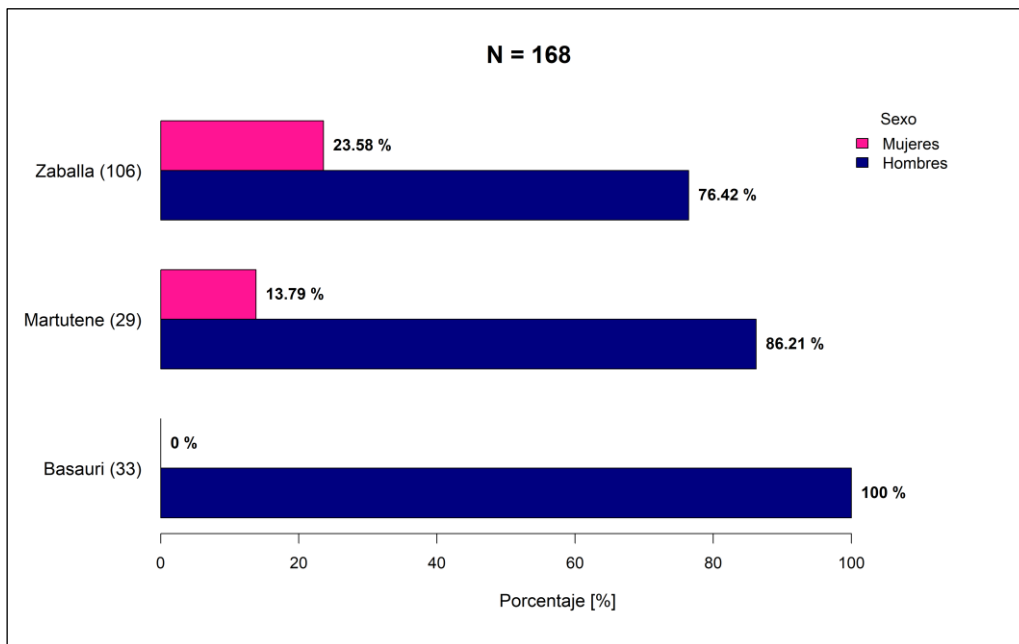
Por último, el centro penitenciario de Araba (conocido también como Zaballa) abrió sus puertas en 2011 para sustituir a la antigua prisión de Nanclares de la Oca. Se trata de una prisión modular moderna, que sigue la estructura de los centros-tipo y que acogía, en el momento de la realización de las encuestas, a 794 personas internas, entre ellas 69 mujeres. Es la única prisión vasca que, en la actualidad, cuenta con un diseño e infraestructura que permite albergar módulos de respeto genuinos, mientras que las otras dos tienen una zona habilitada a la que se le da esa denominación, sin que pueda considerarse que verdaderamente cumplan con todos los requisitos de dichos módulos, al no estar completamente separados del resto.

Formaron parte de la muestra solo internos preventivos sometidos a un régimen de vida ordinario, así como condenados clasificados en segundo grado que se hallaran cumpliendo pena en alguno de los tres centros penitenciarios de Euskadi. La población reclusa susceptible de ser entrevistada conforme a los criterios de inclusión citados ascendía a un total de 1.145 personas. De ellas el equipo de la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y Poderes Públicos administró el cuestionario a un total de 168 internos (el 14,7% de la población), 139 hombres (82,7%) y 29 mujeres (17,3%).

El objetivo era garantizar la participación de al menos un 10% de la población reclusa en la encuesta, distinguiendo entre hombres y mujeres en las prisiones en las que hubiera personas de ambos sexos. Se consideró anticipadamente la relativa inestabilidad de las listas de internos (por su posible traslado o acceso a regímenes de semi-libertad) y la falta de garantía sobre su

disponibilidad para realizar la encuesta en los días concretos en los que el equipo de investigadores se desplazó a los centros penitenciarios a administrarla (bien por hallarse ese día en los juzgados declarando, bien por no tener interés en participar, bien por no estar en condiciones de desenvolverse en castellano). Todo ello hizo que se considerase recomendable la reordenación aleatoria de la relación completa de internos en lugar de optar por una selección (también aleatoria) de la muestra con un número más o menos considerable de suplentes. Se pretendía así garantizar un desarrollo más fluido y lo menos disruptivo posible de las entrevistas dentro del régimen de vida y actividades pautadas desde cada centro. Como muestra el siguiente gráfico, las 168 personas entrevistadas se distribuyeron de la siguiente manera por centro penitenciario y sexo:

**Gráfico I. Población interna entrevistada, distribuida por centro penitenciario y sexo**



En relación con la muestra, hay un aspecto relevante que no puede dejar de mencionarse: si bien las mujeres a las que se administró la encuesta superan holgadamente el 10% de la población reclusa de ese sexo, es evidente que la baja cifra de internas (en concreto, en la cárcel de Gipuzkoa) hace que algunos de los resultados y su representatividad estadística deban ser valorados con cautela, por más que las encuestadas ascendiesen al 33% de las presas en ese centro penitenciario.

Las encuestas fueron administradas personalmente, y de manera individual, garantizando las condiciones adecuadas de privacidad que permitiesen a los internos e internas hablar con libertad. Como norma general, la administración de cada encuesta duró entre 35 y 45 minutos.

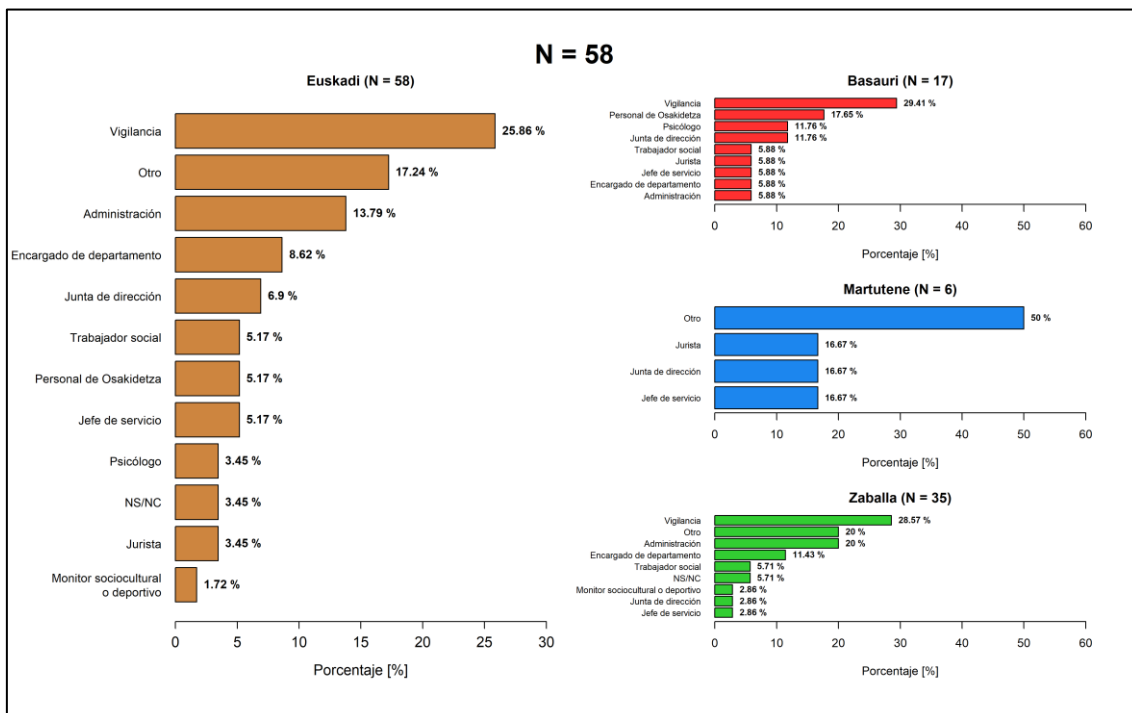
Cabe destacar que, de la muestra de internos seleccionada, solo en 2 ocasiones fue preciso suspender la administración del cuestionario por problemas de comprensión del español de la persona presa. Estos dos casos finalmente no formaron parte de la muestra.

En cuanto al personal de prisión, la muestra se conformó en función del perfil profesional de los trabajadores de los centros penitenciarios. Participó un total de 58 funcionarios en los tres centros penitenciarios de Euskadi, correspondiendo 35 a Zaballa (24 hombres y 11 mujeres), 17

a Basauri (10 hombres y 7 mujeres) y 6 a Martutene (4 hombres y 2 mujeres). En el caso del personal sanitario, juristas o educadores, al tratarse de perfiles con escasa representación, lógicamente no se realizó un muestreo aleatorio, sino que se consultó a las personas que desempeñaban esas funciones sobre su disponibilidad para participar en el estudio en los días en los que el equipo obtuvo autorización para entrar en el correspondiente centro penitenciario.

En cuanto al personal de vigilancia, mucho más numeroso, se trató de garantizar la representatividad de la muestra. La aspiración era la de administrar la encuesta a un 10% de los trabajadores de guardia en el momento en el que el equipo se desplazó a la prisión, dentro de los que ostentaban esa clase de puesto, por lo que tampoco era viable el muestreo aleatorio en ese caso. No obstante, esto no se logró en el centro penitenciario de Gipuzkoa, en el que el personal de vigilancia rehusó a participar en la encuesta. Como se retomará más adelante en el bloque de resultados, esta negativa puede llegar a enmarcarse en el contexto de las demandas relacionadas con las condiciones laborales de los trabajadores con posterioridad al traspaso de la competencia, y con el descontento en relación con los progresos de las negociaciones sindicales.

**Gráfico II. Personal de centro penitenciario entrevistado, distribuido por clase de puesto y prisión**



En cualquier caso, atendiendo a la escasez de personal en las distintas clases de puestos, y teniendo en cuenta, en concreto, las particularidades del cometido del personal de vigilancia, así como su limitada posibilidad de responder al cuestionario sin desatender sus funciones, se consideró oportuno repartir las encuestas entre los distintos trabajadores y optar por la autoadministración.

**2.2. Resultados de las encuestas a internos**

El primer elemento relevante de contexto que debe proporcionarse en Euskadi respecto a las personas condenadas, es el elevado porcentaje de aquellas que están cumpliendo su pena en

tercer grado. En el momento en el que se administró la encuesta se trataba de un 31% (un 38% en el caso de las mujeres)<sup>13</sup>. Estos datos de cumplimiento en régimen de semi-libertad<sup>14</sup>, que ya se daban hasta cierto punto antes de la transferencia<sup>15</sup> y que prácticamente duplican la media del resto del Estado, parecen mostrar una mayor proclividad de los equipos de tratamiento de las cárceles vascas al cumplimiento fuera de prisión. Filosofía de funcionamiento que, por otro lado<sup>16</sup>, nunca encuentra oposición por parte de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, que sistemáticamente suelen dar por buenas las propuestas de clasificación que se elevan desde los centros.

En los próximos epígrafes se presentan datos básicos sobre el perfil sociodemográfico y el historial de la población reclusa, y se distinguirá entre sus valoraciones en torno a la organización de la prisión y a sus percepciones relativas a sus relaciones y al trato que reciben.

---

<sup>13</sup> Cifras que, desde entonces, han seguido aumentando: <https://www.euskadi.eus/administracion-penitenciaria/web01-a2justic/es/#MISION> (Fecha consulta: 05/08/2024).

<sup>14</sup> Estos datos son coherentes con los estándares internacionales de derechos humanos que propugnan la reducción del uso de la prisión. Este principio de minimización del uso de la prisión se manifiesta claramente en el Preámbulo de las Reglas Penitenciarias Europeas, que reitera que «nadie puede ser privado de su libertad, salvo que esta privación de libertad constituya una medida de último recurso y que esté de acuerdo con los procedimientos definidos por la ley». Véase la Recomendación R (99) 22, relativa al hacinamiento en las cárceles y la inflación de la población carcelaria, adoptada por el Comité de Ministros el 30 de septiembre de 1999 en la 681ª reunión de los Delegados de los Ministros, que propone diferentes medidas para hacer frente a la sobrepoblación carcelaria. Asimismo, y respecto al impulso de la libertad condicional y de otras formas de cumplimiento como el régimen de semilibertad, los instrumentos del Consejo de Europa respaldan explícitamente una política penitenciaria que garantice la reincorporación progresiva a la vida en libertad, especialmente en las condenas de larga duración, a través de medidas como la libertad condicional u otros programas de preparación para la vida en libertad. Véase el apartado 107 de las Reglas Penitenciarias Europeas, así como la Recomendación Rec (2003) 22 sobre la libertad condicional, adoptada por el Comité de Ministros el 24 de septiembre de 2003 en la 853ª Reunión de los Delegados de los Ministros, que reconoce que la libertad condicional es uno de los medios más eficaces y constructivos para prevenir la reincidencia y promover la reinserción, proporcionando a las personas presas un proceso de reinserción social planificado, asistido y supervisado. Véase RUTHERFORD, *Prisons and the process of justice. The reductionist challenge*, Heinemann, London, 1984, pp. 9 ss. Sobre los estándares internacionales en esta materia, véase, VAN ZYL SMIT/SNACKEN, *Principios de Derecho y política penitenciaria europea. Penología y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 150.

<sup>15</sup> Ahora bien, vale la pena recalcar una vez más que la transferencia se hizo efectiva en octubre de 2021, es decir, en plena pandemia. Teniendo en cuenta lo que representaba el virus en el entorno carcelario, con las penalidades y el padecimiento adicional que suponían las restricciones añadidas para la población reclusa, la COVID-19 tuvo como efecto que se fomentase todavía más el tercer grado en todos aquellos casos en los que se contemplaba como una opción viable.

<sup>16</sup> En cualquier caso, estos datos tampoco serían posibles sin la función de la red pública, a través de las Diputaciones, y la labor del tercer sector en apoyo de las personas que cumplen sus penas fuera de la prisión. En efecto, con la transferencia se ha reforzado mucho la intervención del tercer sector, con un desembolso importante de recursos hacia las ONGs, que ha permitido mantener a un número considerable de personas en tercer grado que, de otro modo, hubieran continuado internas. Así, nótese que se han habilitado doce pisos (seis en Araba, tres en Gipuzkoa y tres en Bizkaia) para personas que carecen de recursos habitacionales, pensados para los procesos de regreso al mercado laboral y a la vida en sociedad. Se estima en 80 las personas que podrán utilizarlos. Al margen de las plazas residenciales, también se cuenta con 20 plazas para el disfrute de permisos.



a. *Datos sociodemográficos e historial de la población penitenciaria*

Atendiendo al perfil sociodemográfico de los internos que formaron parte de la muestra<sup>17</sup>, los datos arrojan que mayoritariamente se trata de hombres (82,7%) de nacionalidad española<sup>18</sup> (76%)<sup>19</sup>. En relación con su edad, la franja prevalente es la que va de los 40 a 49 años, lo cual es coherente con lo que revelan otros estudios<sup>20</sup>.

En cuanto a la religión, la mayoría de las personas declararon no profesar ninguna (39,9%). En cifras globales, y sin desagregar, tras un 26,8% de personas católicas, un 14,3% de los encuestados se declara musulmán, y un 12,5% evangelista, seguido por otras religiones a mucha distancia en su peso porcentual.

En lo concerniente al historial de adicciones de los encuestados, un 61,6% declaró ser consumidor de drogas distintas al alcohol antes de su ingreso en prisión<sup>21</sup>. Respecto a la salud mental, un 20% afirmó haber sido ingresado durante al menos dos días en un centro psiquiátrico en el pasado, reconociendo antecedentes de autolesión e intentos de suicidio un 23,8% y un 19,6% de los encuestados respectivamente.

La mayoría de los internos se hallaban cumpliendo una pena (85,9%), que en un 58,4% de los casos no superaba los 5 años de prisión, habiendo transcurrido menos de 2 años de su vida en total privados de libertad (40, 5%). Para un 59,9% de los internos no se trataba de su primera vez en prisión.

Pero sin duda, entre los internos que cumplen sus condenas en Euskadi, una particularidad relativamente reciente de los centros penitenciarios vascos es el elevado número de personas condenadas por delitos de terrorismo. Se trata de una cifra que se aproxima al 10% desde el fin de la dispersión. Este colectivo, al ser relativamente numeroso, impacta claramente también sobre los datos de duración de las penas en los distintos centros penitenciarios, haciendo que la representatividad de los porcentajes de las penas más altas suba de forma considerable. No en vano, cerca de un 25% de los internos encuestados cumplen penas superiores a los 15 años de prisión.

---

<sup>17</sup> El cuestionario administrado no se adaptó en el sentido de incluir preguntas sobre el estado civil o formación, lo cual sería interesante considerar para ediciones futuras, tal y como ya hicieron en el cuestionario administrado en las cárceles andaluzas, BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS/CALVO ALBA, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 20, 2018, p. 266.

<sup>18</sup> Esto coincide en buena medida con los datos que contiene el informe SPACE I para el conjunto del Estado español, que calcula que un 30% de los internos son de origen extranjero. Se trata de un informe confeccionado por el Consejo de Europa, en colaboración con la Universidad de Lausana, que se actualiza anualmente, p. 41. La última versión disponible recoge los datos de 2023 y puede consultarse en el siguiente enlace: [https://wp.unil.ch/space/files/2024/06/SPACE\\_I\\_2023\\_Report.pdf](https://wp.unil.ch/space/files/2024/06/SPACE_I_2023_Report.pdf) (Fecha consulta: 28/08/2024).

<sup>19</sup> Entre las personas extranjeras, más de la mitad son de origen africano (14% de la muestra), mientras que un cuarto son americanas (6% de la muestra) y en una proporción menor son europeas (4,2% de la muestra).

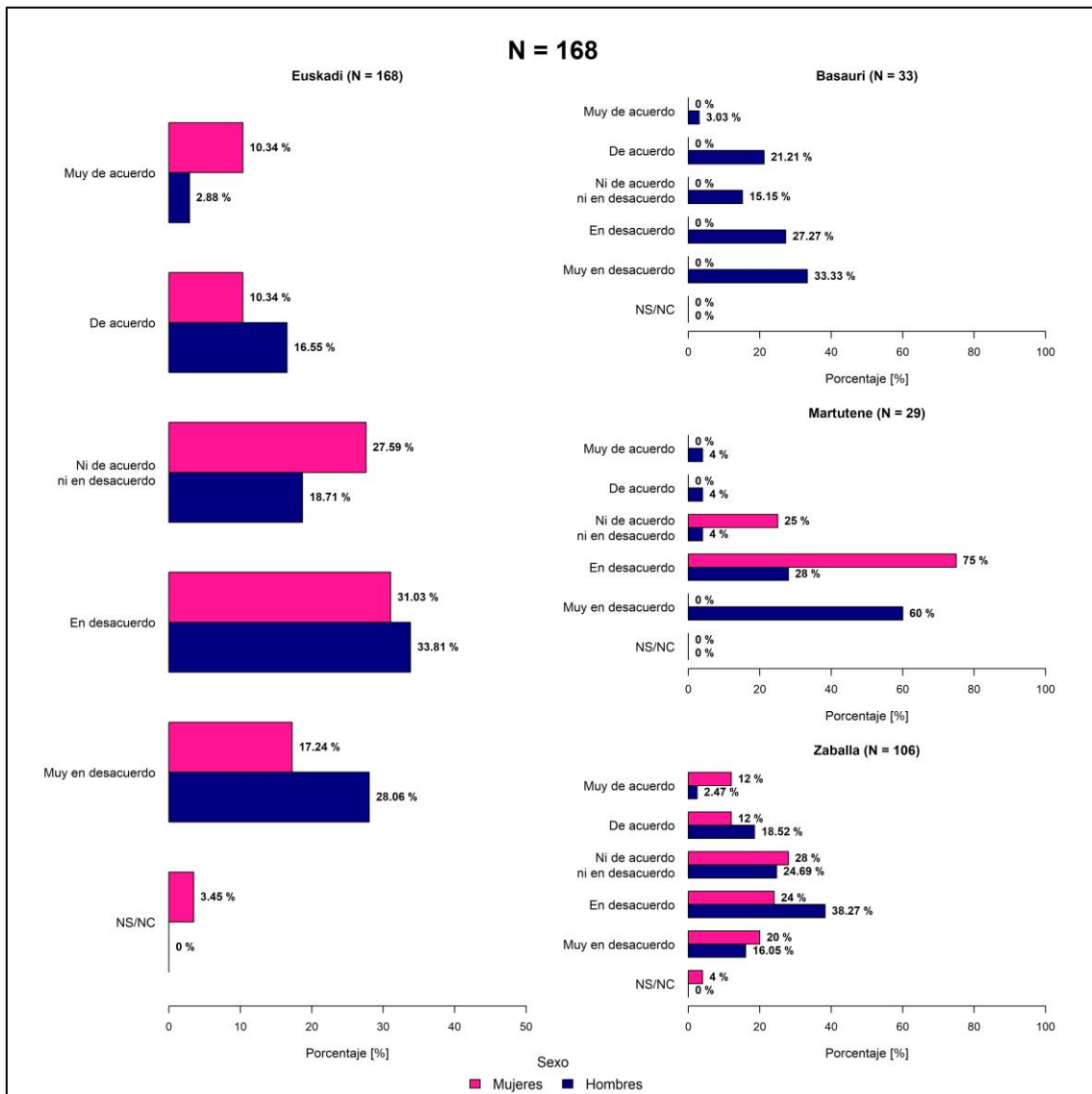
<sup>20</sup> Debe destacarse que la media de edad en las cárceles españolas (41 años), según el citado informe SPACE I, es superior a la media europea (38 años), y se sitúa por encima de la mediana europea en la proporción de internos de más de 50 años (22,5% del total). Véanse los datos en el siguiente enlace: [https://wp.unil.ch/space/files/2024/06/SPACE\\_I\\_2023\\_Report.pdf](https://wp.unil.ch/space/files/2024/06/SPACE_I_2023_Report.pdf) (Fecha consulta: 28/08/2024).

<sup>21</sup> MARTÍNEZ PERZA/QUESADA ARROYO/DE MIGUEL CALVO/DZVONKOVSK/NIETO RODRÍGUEZ, *Situación de las personas con adicciones en las prisiones españolas. Una visión con perspectiva de género*, Unión de Asociaciones y Entidades de Atención al Drogodependiente (UNAD), Madrid, 2021, pp. 20 ss.

b. Organización

A nivel de la organización de las prisiones, destaca un claro frente de mejora en las cárceles vascas. Así, la valoración general que proporcionan los internos ante la afirmación de «esta prisión está bien organizada» dista mucho de ser positiva<sup>22</sup>, concitando el desacuerdo en la mayoría de los casos y con resultados francamente negativos en la cárcel de Martutene, donde ninguna mujer secundaba la afirmación y solo lo hacía un 8% de los hombres.

Gráfico III. Esta prisión está bien organizada



Algunas de las críticas que revelan los hallazgos probablemente conectan con los problemas que derivan de la falta de personal, cuestión que se retomará más adelante. No obstante, el descontento también aflora unido a la incomprensión de los internos respecto a muchas de las decisiones que se toman sobre ellos, habitualmente las relacionadas con la progresión de grado,

<sup>22</sup> Cfr. GÜERRI FERRÁNDEZ/LARRAURI PIJOAN, «¿De qué se quejan las personas presas. Estudio del sistema de peticiones y quejas ante la administración penitenciaria en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24(6), 2022, pp. 8 ss, sobre los datos de peticiones y quejas en Cataluña.

los permisos, o la asignación de destinos<sup>23</sup>, lo cual redundaría en la idea de una organización mejorable, en la que la trazabilidad de la forma en la que se adoptan las decisiones tiene margen de optimización desde la perspectiva de las personas presas<sup>24</sup>.

En este apartado se hace referencia a la valoración de las actividades que llevan a cabo los internos en prisión (en sentido amplio, incluyendo el tratamiento, el trabajo o las relacionadas con el ocio), a cómo se percibe la calidad de vida en función de las características del módulo de residencia, y al grado de cobertura de las necesidades básicas de los reclusos.

#### b.1. Actividades

Es indiscutible que la provisión de un régimen penitenciario con una cantidad suficiente de actividades constituye un elemento relevante que impactará sobre la calidad de vida de los internos. No en vano se constata que la participación de los internos en actividades socio-culturales, deportivas, en cursos etc está relacionada con un incremento en su nivel general de bienestar y su autoestima<sup>25</sup>, con una contribución a la reducción de la reincidencia<sup>26</sup>, así como con el mantenimiento del buen orden en la prisión<sup>27</sup>.

En relación con los internos en las prisiones de Euskadi, ante la pregunta de cuál consideran su actividad principal a lo largo del día, destacan las diferencias entre los resultados contemplados en su conjunto y los datos desagregados, tal y como puede verse en los siguientes gráficos. Si bien la pregunta incluye una relación de posibles respuestas cerradas (escuela, formación profesional, trabajo en talleres, destinos y programas de tratamiento), también se contempla una última opción de respuesta («otra»), solicitando al interno que, si ese fuera el caso, especificase la actividad de la se tratara.

<sup>23</sup> La percepción mayoritaria era que estos no se distribuyen de forma justa por parte del personal de la prisión (un total de 53,5% de los entrevistados declara estar de acuerdo o muy de acuerdo con esa afirmación).

<sup>24</sup> La hipótesis de LIEBLING era que cuando no se entienden los procesos, también es más probable que se produzcan incidentes de índole regimental, por cuestionar los internos la legitimidad de las decisiones. Sin embargo, si se atiende al elevado porcentaje de internos que declaran no haber sido nunca sancionados ni a través de aislamiento en celda ni de ninguna otra forma en las prisiones vascas, no parece que esta clase de incidente sea frecuente (un 76,2% de los internos declara no haber sido sancionado nunca con aislamiento en celda, y un 81% afirma que no se le ha impuesto ninguna otra clase de sanción distinta del aislamiento en celda) lo que no obsta, evidentemente, para que los internos valoren críticamente la organización de las prisiones en la que se adoptan decisiones que no se les explican adecuadamente. LIEBLING/CREWE, «Prison life, penal power and prison effects», en MAGUIRE/MORGAN/REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 5ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 895 ss. Véase también TYLER, «Why people cooperate with organizations: An identity-based perspective», *Research in Organizational Behaviour*, 21, 1999, pp. 201 y ss. Más recientemente, véase la revisión sistemática de la literatura que han publicado al respecto RYAN/BERGIN, «Procedural justice and legitimacy in prisons: a review of extant empirical literature», *Criminal Justice and Behavior*, 49(2), 2021, pp. 143 ss; VAN ZYL SMIT/SNACKEN, *Principios de Derecho y política penitenciaria europea*, p. 441.

<sup>25</sup> BROSENS/DE DONDER/DURY/VERTÉ, «Participation in prison activities: An analysis of the determinants of participation», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 22, 2016, p. 670.

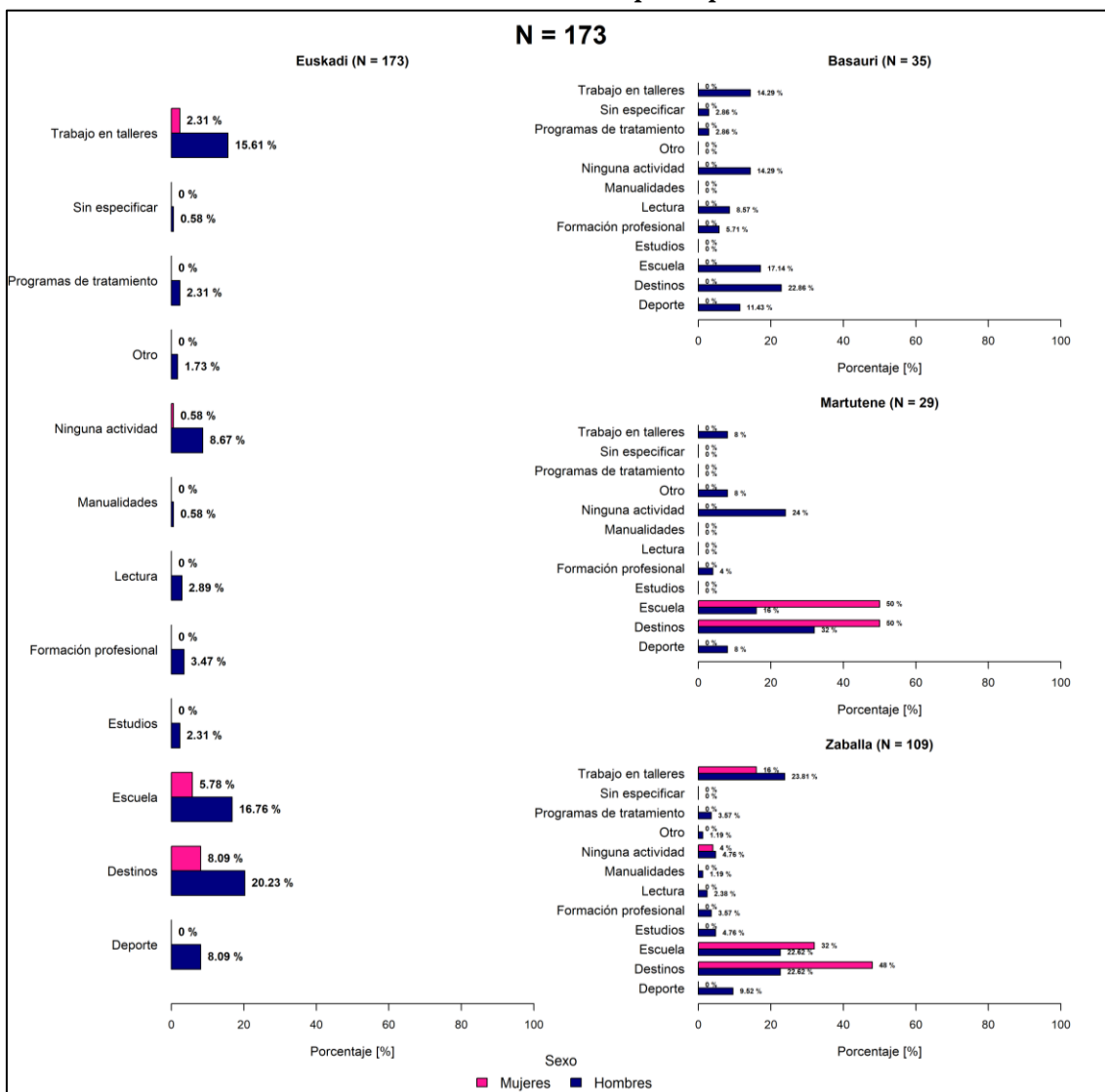
<sup>26</sup> KIM/CLARK, «The effect of prison-based college education programs on recidivism: Propensity Score Matching approach», *Journal of Criminal Justice*, 41(3), 2013, pp. 196 ss.

<sup>27</sup> LAHM, «Educational participation and inmate misconduct», *Journal of Offender Rehabilitation*, 48(1), 2009, pp. 37 ss; JOHNSON, «A place for art in prison: Art as a tool for rehabilitation and management», *Southwest Journal of Criminal Justice*, 5(2), 2008, pp. 100 ss; MEEK/LEWIS, «The Impact of a Sports Initiative for Young Men in Prison: Staff and Participant Perspectives», *Journal of Sport & Social Issues*, 38(2), 2013, pp. 95 ss.

Destaca que en un 28,32% de los casos, los internos identifican los destinos como actividad principal. Tras los destinos, dentro de las opciones cerradas de respuesta más prevalentes, se encuentra la escuela (22,54%), seguida del trabajo en talleres (17,92%).

Fuera de las respuestas tasadas, resulta elevado el porcentaje de internos que declaran que el deporte es su actividad principal, en ocasiones al mismo nivel que alguna otra como la lectura<sup>28</sup>. Respecto a la actividad física, quizá porque se trata de una respuesta que daban ante una pregunta abierta cuando su actividad principal no estaba incluida entre las tasadas, era frecuente que los internos incidieran en los efectos positivos del deporte para sobrellevar la reclusión, mantener la forma y «la cordura»<sup>29</sup>.

**Gráfico IV. Actividad principal**



<sup>28</sup> En este sentido debe ponerse de relieve que había internos que insistían en considerar dos actividades como principales, siendo incapaces de priorizar una. En este caso, se ha considerado oportuno contabilizar cada una de estas actividades por separado, por lo que el número de respuestas es superior al número de personas entrevistadas.

<sup>29</sup> En consonancia con hallazgos previos que han sido puestos de relieve en otros estudios NELSON/SPECIAN/TRACY/DEMELLO, «The Effects of Moderate Physical Activity on Offenders in a Rehabilitative Program», *Journal of Correctional Education*, 57(4), 2006, pp. 276 y ss.

Por otro lado, no puede dejar de destacarse que un nada desdeñable 9,25% de los internos refiere no realizar ninguna actividad en absoluto, o que afirme dedicar su tiempo a otras actividades que incluyen desde manualidades, dormir, o jugar a cartas. Estos hallazgos, si bien no pueden considerarse cuantitativamente abrumadores, no pueden tampoco minusvalorarse, por los perjuicios, tales como la frustración, la sensación de pérdida de tiempo, la ansiedad o el estrés que ocasiona la inactividad en los centros penitenciarios<sup>30</sup>.

Contemplando los datos desagregados, parece claro que el elevado porcentaje de personas que declaran los destinos como su actividad principal en Araba (48% de las mujeres y 22,6% de los hombres) se explica por las propias infraestructuras y características de la prisión, que permiten que un número considerable de internos se dediquen a esas tareas<sup>31</sup>. Algo similar ocurre en esa misma prisión con el trabajo en talleres, con una prevalencia muy superior al resto de prisiones (23,81% de los hombres y 16% de las mujeres, frente a un 14,29% y 8% de hombres en Basauri y Martutene respectivamente, prisión esta última en la que ninguna mujer de las encuestadas declaró que el trabajo fuera su actividad principal). La creación de *Aukerak*<sup>32</sup>, la Agencia Vasca de Reinserción Social, a través de la Ley 3/2021, de 30 de septiembre, ha supuesto la ampliación de la oferta de trabajo para los recursos a través de la firma de numerosos convenios<sup>33</sup>. Aunque desde su creación se ha logrado también aumentar el número de personas empleadas en Basauri y Martutene, a día de hoy es el Centro Penitenciario de Zaballa el que ofrece más posibilidades de trabajo a los internos, hasta el punto de que prácticamente todos aquellos que están en condiciones de hacerlo, desempeñan algún trabajo en esa prisión. El hecho de que el porcentaje de personas empleadas que se reflejan en este estudio no sea superior puede obedecer a cierto sesgo de la muestra: algunos de los internos seleccionados para participar rehusaron a hacerlo precisamente porque tenían que trabajar.

En consonancia con las cifras relativamente elevadas sobre el trabajo en talleres y los destinos, también es la prisión de Zaballa la única en la que los internos varones declaraban no pasar durante el día más de seis horas sin realizar ninguna actividad (63%), poniendo de relieve que, entre las prisiones vascas, se trata del centro penitenciario más «exigente» para los internos, o aquel en el que resulta más difícil que su día discurra en la inactividad absoluta.

Entre los internos entrevistados en Euskadi, solo un 2,31% considera que la participación en programas de tratamiento es su actividad principal: mientras que ningún recluso en Martutene escogió esa opción, la eligieron un 2,86% y un 3,57% de los internos de Basauri y de Zaballa, respectivamente.

De hecho, en las prisiones vascas, los resultados de las encuestas arrojan que la inmensa mayoría de los internos declaró no estar realizando ni haber realizado el programa de tratamiento de la prisión en la que se encontraba, y no haber participado en ningún taller de los ofertados.

---

<sup>30</sup> VALVERDE MOLINA, *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, Editorial Popular, Madrid, 1991, pp. 87 ss, en las que se ponen de manifiesto las consecuencias de la inactividad.

<sup>31</sup> También en Martutene el porcentaje es elevado, pero la muestra en ese centro penitenciario es más pequeña.

<sup>32</sup> Traducido del euskera vendría a ser «Oportunidades».

<sup>33</sup> Según los datos oficiales, *Aukerak* emplea en la actualidad a 331 reclusos y ha firmado convenios para otros 150 desde que se presentó. Además de la creación de talleres productivos, desde *Aukerak* se ha renovado el catálogo de acciones formativas, incluyendo aquellas que facilitan la obtención del Título de Formación Profesional. Véase información adicional en el enlace siguiente: <https://aukerak-gea.euskadi.eus/gea-documentacion/webgea00-content/es/> (Fecha de consulta: 24/08/2024).

Respondió en este sentido un 72% de las personas entrevistadas<sup>34</sup>, lo que hace pensar que es este un ámbito francamente mejorable, considerando la centralidad que la LOGP otorga al tratamiento<sup>35</sup>.

Considerando que todo interno recibe su Programa Individualizado de Tratamiento (por más que sea genérico), destaca un porcentaje tan elevado de respuestas de condenados que niegan estar participando o haber participado en algún programa, sin que ello se deba a que hayan rehusado a hacerlo. Quizá parte de estos resultados están condicionados por la forma en la que estaba diseñado el cuestionario, en el que la pregunta se planteaba en los siguientes términos «¿Está usted realizando o ha realizado el programa de tratamiento en esta prisión, o ha participado en algún taller (violencia de género; agresores sexuales; conducta violenta; preparación de permisos; seguridad en el tráfico; resolución de conflictos; justicia restaurativa)?». No es descabellado concluir que algunos internos entendieran que ellos no participaban, al no mencionarse ningún programa de actuación especializada en el que estuvieran inscritos.

Debido a los escasos recursos personales, y al escaso contacto directo entre el personal y la población reclusa<sup>36</sup>, todo aboca a que prácticamente el único factor que sea tenido en cuenta para determinar la evolución de la persona privada de libertad en su programa de tratamiento y su proceso de resocialización sea la observación de su conducta a través del personal de vigilancia<sup>37</sup>.

Quizá por la combinación de todos estos factores se explica que una amplia mayoría (66,1%) no esté de acuerdo con la idea de que el plan de tratamiento individual sea útil, llegando al 78,7% precisamente entre los internos que declararon haber participado en un programa. Mayoritariamente, de hecho, los internos en Euskadi no sienten que en la prisión se les ayude a hacer planes para no delinquir una vez fuera de la cárcel, ni existe tampoco una impresión positiva sobre el respaldo del personal respecto al interno para progresar de grado e ir alcanzando mayores cotas de libertad. Este sentir se constata, además, de forma ligeramente superior entre las personas que han participado en algún plan de tratamiento (66%) que entre las que no lo han hecho (64,5%).

## b.2. Aspectos residenciales

Una de las variables fundamentales de la calidad de vida en prisión hace referencia a las características del alojamiento penitenciario, que constituye, a su vez, un aspecto esencial de las condiciones materiales de detención. A grandes rasgos, en el cumplimiento en régimen ordinario

<sup>34</sup> Casualmente, las cifras son coincidentes con las que arrojó un estudio previo realizado por CABRERA CABRERA. Véase, RÍOS MARTÍN/CABRERA CABRERA, *Mil Voces Presas*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, pp. 60 ss.

<sup>35</sup> Cfr. CUTIÑO RAYA, «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17(11), 2015, p. 34; BROSENS, «Participation in prison programmes. Encouraging and discouraging factors», en PONSAAERS/CRAWFORD/DE MAILARD/SHAPLAND/VERHAGE (eds.), *Crime, violence, justice and social order. Monitoring contemporary security issues*, Maklu, Antwerp, 2013, pp. 275 ss; KIM/CLARK, *Journal of Criminal Justice*, 41(3), 2013, pp. 196 ss; BUENO ARÚS, «Novedades en el concepto de Tratamiento Penitenciario», *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 252, 2006, p. 27; CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 253.

<sup>36</sup> Respecto al menor contacto del personal con los internos en centros penitenciarios grandes, véase GALLEGO DÍAZ/CABRERA CABRERA/RÍOS MARTÍN/SEGOVIA BERNABÉ, *Andar 1 Km en línea recta: la cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2010, p. 96.

<sup>37</sup> Aunque no sea esa su función principal, cfr. GUÉRRER FERRÁNDEZ, *De carceleros y ayudantes. El rol de los funcionarios de interior en los centros penitenciarios españoles*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 75 ss.

pueden distinguirse los módulos ordinarios y los módulos de convivencia y participación, más conocidos como módulos de respeto.

Como es sabido, estos módulos se caracterizan por la implicación de los internos en la propia organización y funcionamiento de la vida diaria del módulo<sup>38</sup>, y su objetivo básico sería conseguir un «clima de convivencia homologable en cuanto a normas, valores, hábitos y formas de interacción al de cualquier colectivo social normalizado»<sup>39</sup>. Las anteriores características son ya indicativas de un perfil residencial que, con carácter general, parecen presuponer una mayor calidad de vida<sup>40</sup>.

En Euskadi, cuatro de cada diez internos entrevistados residían en un módulo de convivencia y participación, porcentaje muy superior entre las mujeres (76%) comparado con el de los hombres (33%). Sin embargo, como se ha mencionado al inicio, en las prisiones vascas solo el centro penitenciario de Araba tiene módulos de respeto genuinos que cumplen con la ortodoxia de operar como unidades aisladas totalmente separadas de los ordinarios. De hecho, entre los encuestados, ningún interno de Basauri y solo cuatro de Martutene declararon residir en un módulo de estas características.

Respecto a los módulos de respeto, la población presa percibía como ventaja específica que las condiciones de vida y habitabilidad en ellos son notablemente mejores, destacando un 45,3% de los encuestados la mayor limpieza, mayor libertad (por tener las celdas abiertas durante todo el día y poder entrar y salir de ellas sin restricciones), así como el hecho de contar con más espacio y mejores equipamientos. Resulta curioso, no obstante, que los argumentos relativos al espacio y a los equipamientos fueran meras percepciones (equivocadas) de los internos, ya que, según constató el equipo investigador, no hay diferencias en ese sentido entre los módulos ordinarios y de respeto.

En segundo lugar, también destacan como ventaja específica de estos módulos las mejores relaciones interpersonales de las que disfrutaban quienes se alojan en ellos. El 32,4% de las opiniones positivas apuntan en esta dirección, tanto en lo que respecta a la relación entre internos, como con el personal. Sea por imperar un clima de mayor civismo y respeto entre los presos, sea por la mayor sensación de seguridad personal que estos tienen, sea por el mayor grado de confianza y mejor trato que refieren recibir de los funcionarios los internos ingresados en ellos<sup>41</sup>, la estancia en un módulo de respeto parece favorecer un ambiente más destensionado. De hecho, destaca la asociación especialmente intensa entre residir en uno de estos módulos y

---

<sup>38</sup> En este sentido se pronuncia la Instrucción Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en la Instrucción 18/2011, sobre niveles de intervención en módulos de respeto. Véase, asimismo, VALDERRAMA BARES, que afirma que los módulos de respeto constituyen estructuras que «partiendo de la voluntariedad y del compromiso en la participación, tanto en actividades como en el funcionamiento del propio módulo, tienen como fin generar espacios flexibles, favorecedores de un adecuado clima de convivencia y posibilitadores de programas de intervención», VALDERRAMA BARES, «Los módulos de respeto en las cárceles, una revisión desde la Educación Social», *Revista de Educación Social*, 22, 2016, p. 31.

<sup>39</sup> VALDERRAMA BARES, *Revista de Educación Social*, 22, 2016, p. 31.

<sup>40</sup> Ya lo adelantó LARRAURI PIJOAN, destacando que el tema había recibido poca atención en España, LARRAURI PIJOAN, en FUENTES OSORIO/MIRÓ LLINARES (dir), GÓMEZ BELLVÍS (coord.), *El Derecho penal ante lo "empírico". Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 251; CUTIÑO RAYA/POZO CUEVAS/NAVARRO ARDOY/NAKAHIRA, *Estudios sobre calidad de vida en prisión*, pp. 41 ss.

<sup>41</sup> TOCH, *Living in Prison. The Ecology of Survival*, American Psychological Association Books, Washington, 1977, pp. 30 y ss.

la percepción de poder relajarse y ser uno mismo ante el resto ( $\rho:0,51$ )<sup>42</sup>, o de recibir un buen trato ( $\rho:0,34$ ).

En tercer lugar, un 14,6% de la población interna destacó como ventajoso el hecho de que las personas ingresadas en un módulo de respeto disfruten de una posición preferente o de mejores condiciones para su reinserción<sup>43</sup>. Esta dimensión se materializaría en las mayores facilidades de las que gozan esos internos para acceder a puestos de trabajo, a la semi-libertad, a un mayor trato con los educadores y al hecho de tener pautadas más actividades que el resto de presos. Condiciones, todas ellas, que, desde la percepción de los internos, aceleran y facilitan que las juntas de tratamiento muestren una mayor proclividad hacia la progresión de grado de los presos que residen en estos módulos.

La vida en los módulos de respeto no suscita, sin embargo, comentarios solo positivos. Al preguntar a los internos por los aspectos negativos, un nada desdeñable 47,9% destacó, en primer lugar, cuestiones relacionadas con las dinámicas de convivencia. Concretamente, los internos mencionaban que las especiales condiciones para el acceso y para la permanencia en uno de esos módulos fomentan la delación de otros internos respecto a los funcionarios ante el menor incumplimiento de cualquier regla, aunque fuera de menor importancia. De hecho, en cuanto al funcionamiento del módulo de respeto, los internos perciben como desventaja el excesivo número de reglas que deben cumplirse en ellos (25%), cuestionando el sentido de algunas de ellas o poniendo de relieve su dudosa racionalidad. Esta dinámica de excesiva disciplina y «ultra-normativización» parece generar angustia y ansiedad por el temor de que cualquier mínimo quebrantamiento termine desembocando en su expulsión del módulo.

Además, parte de la población reclusa destaca como desventaja notoria, unida a la anterior, que la designación como responsables del mantenimiento de las reglas a ciertos internos de estos módulos puede producir incomodidad y malestar entre el resto, que a menudo prefiere seguir las órdenes y directrices marcadas por los funcionarios en lugar de someterse a las pautas que reciben de otros presos. También afloró el desagrado por tener que convivir con determinados perfiles delincuenciales que, por su buena conducta, tienden a recalcar en esos módulos, como los agresores sexuales y los condenados por violencia de género.

Pese a las desventajas, un 67% de todos los internos entrevistados declararon que desearían residir en un módulo de respeto y, entre aquellos que lo hacen, la puntuación que otorgan a la prisión fue superior que en aquellos presos que se hallan en los módulos ordinarios (concretamente, la nota media es de 5,77 para los primeros y de 4,9 para los segundos). Esto parece confirmar que las micro-comunidades de convivencia que se crean en los distintos módulos de una misma cárcel hacen que pueda variar sustancialmente la experiencia del

---

<sup>42</sup> El coeficiente de correlación de Spearman ( $\rho$ ) es una medida de asociación entre dos variables. Su valor oscila entre -1 y 1, indicando una correlación negativa o positiva respectivamente. Todas las correlaciones incluidas en este documento han sido extraídas con un nivel de confianza ( $1-\alpha$ ) del 99%, es decir, un nivel de significación ( $\alpha$ ) del 0,01. Esto indica que las correlaciones son estadísticamente significativas y el margen de error de que el resultado no se ajuste a la realidad y sea una casualidad es el 1%.

<sup>43</sup> En este sentido, véase GAES/CAMP, «Unintended consequences: Experimental evidence for the criminogenic effect of prison security level placement on post-release recidivism», *Journal of Experimental Criminology*, 5(2), 2009, pp. 139 ss.



encarcelamiento y sus penalidades, siendo los módulos de respeto aquellos en los que la calidad de vida es decididamente mejor.

### b.3. Acceso a servicios básicos

En cuanto a la parte de la organización de las prisiones relacionada con la cobertura de las necesidades básicas, como la provisión de alimentos, enseres e infraestructura para mantenerse limpio y la atención sanitaria, los resultados de las entrevistas arrojan datos variados. Aunque las respuestas ante la afirmación genérica «en esta prisión atienden a mis necesidades» fueron negativas en más del 50% de los casos en los tres centros penitenciarios tanto por parte de los hombres como de las mujeres entrevistadas, no todas las subdimensiones que se engloban en este punto recibieron la misma valoración. Así, mientras que la calidad de la comida es uno de los aspectos que más críticas suscitó en todas las cárceles (sobre todo en Zaballa, donde un 59,43% de los entrevistados lo mencionó como una de las tres peores cosas de esa prisión), las valoraciones en torno a las instalaciones para mantenerse aseado fueron muy positivas en ese centro penitenciario (rozando el 88% de las respuestas en ambos sexos), mayoritariamente favorables en Martutene y bastante negativas en Basauri, prisión que en el momento de las entrevistas se encontraba especialmente «destartalada», con problemas de humedades y desperfectos en las duchas, y en la que se han acometido reformas con posterioridad. En cuanto a la provisión de útiles y enseres necesarios para mantenerse limpio, en todos los centros penitenciarios los internos entrevistados consideraron mayoritariamente que recibían los productos imprescindibles a tal efecto.

Un factor que decididamente afecta a la calidad de vida es el de la atención sanitaria que reciben los internos. En el caso de Euskadi, la sanidad penitenciaria está transferida a *Osakidetza*<sup>44</sup> desde 2011, es decir, mucho antes de que se hiciera efectivo el traspaso de la competencia en materia penitenciaria. Ello implica que las valoraciones de los internos entrevistados al respecto lo son sobre un sistema que lleva casi tres lustros de rodaje y que, por tanto, está plenamente asentado. Un sistema, por otra parte, que presenta ventajas notables respecto a las regiones que no tienen la sanidad transferida, tanto a nivel logístico y de coordinación (al estar los expedientes en red, se favorece la comunicación eficaz entre médico y especialistas), como a nivel de la propia atención que se recibe, por la mejor cualificación de muchos de los facultativos<sup>45</sup>. Otra ventaja notable es que los médicos pueden actuar con mayor autonomía, ya que no dependen jerárquicamente ni administrativamente de una autoridad no sanitaria<sup>46</sup>.

La valoración de los internos en torno a la atención que reciben cuando tienen problemas médicos o de salud es, en general positiva en Basauri y Martutene, y sustancialmente peor en Zaballa, particularmente entre las mujeres (un 64% la percibe como negativa, frente al 45,7% de los hombres).

---

<sup>44</sup> Servicio vasco de salud.

<sup>45</sup> Antes del traspaso, los médicos de las prisiones solían ser con frecuencia personas que opositaban para acceder a una plaza en Instituciones Penitenciarias al acabar sus estudios, sin completar el MIR.

<sup>46</sup> Sobre el conflicto de «doble fidelidad» entre los intereses de los pacientes y las obligaciones que la institución penitenciaria impone a los médicos, véase GARCÍA GUERRERO, «Apuntes éticos sobre el ejercicio de la medicina en prisión», *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 11 (2), 2009, pp. 33 ss; SERRAT MORÉ, «Médico de prisiones: reflexión ética y jurídica del ejercicio profesional», *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 3, 2001, pp. 1ss.

### c. *Ámbito relacional*

Como se ha señalado, la hipótesis de partida de LIEBLING es que el trato que reciben los internos y la calidad de sus relaciones con el personal, con otros presos y con el exterior es determinante para que su nivel de bienestar sea mayor o menor<sup>47</sup>, hasta el punto de convertir la estancia en prisión en un suplicio o en una experiencia, si no agradable, al menos tolerable<sup>48</sup>.

#### c.1. Relaciones con el personal

El cuestionario administrado en las cárceles vascas no distinguía entre las distintas funciones que desempeñaba el personal, por lo que las preguntas sobre el trato eran siempre genéricas, sin diferenciar entre personal de vigilancia y personal de tratamiento<sup>49</sup>. Y es que era frecuente que, al plantear preguntas como «aquí el personal me trata con amabilidad», la respuesta espontánea de los internos, antes de seleccionar su nivel de acuerdo o desacuerdo, fuera «depende». Del mismo modo que las loas expresadas con naturalidad respecto a los educadores o al personal sanitario eran bastante habituales, las manifestaciones (también espontáneas) relativas al personal de vigilancia resultaban más matizadas, mencionando los internos en ocasiones los nombres de aquellos que percibían más cercanos o que dispensaban un mejor trato.

Como puede verse en el siguiente gráfico, las relaciones entre los internos y el personal se consideran mayoritariamente buenas por parte de los presos y presas, con pocos entrevistados manifestando un disenso ante esa afirmación, aunque con un porcentaje considerable de reclusos que escogieron la opción «ni de acuerdo, ni en desacuerdo», sobre todo entre los hombres de Martutene (44%).

Si se contempla el trato dispensado como un *continuum* que va desde lo más básico, que consistiría en un trato puramente «normativo» cifrado en una ausencia de torturas y humillaciones, pasando por un siguiente escalón de recibir un trato respetuoso, hasta llegar al extremo opuesto en claves positivas, que residiría en ser tratado con amabilidad, deben destacarse algunos aspectos.

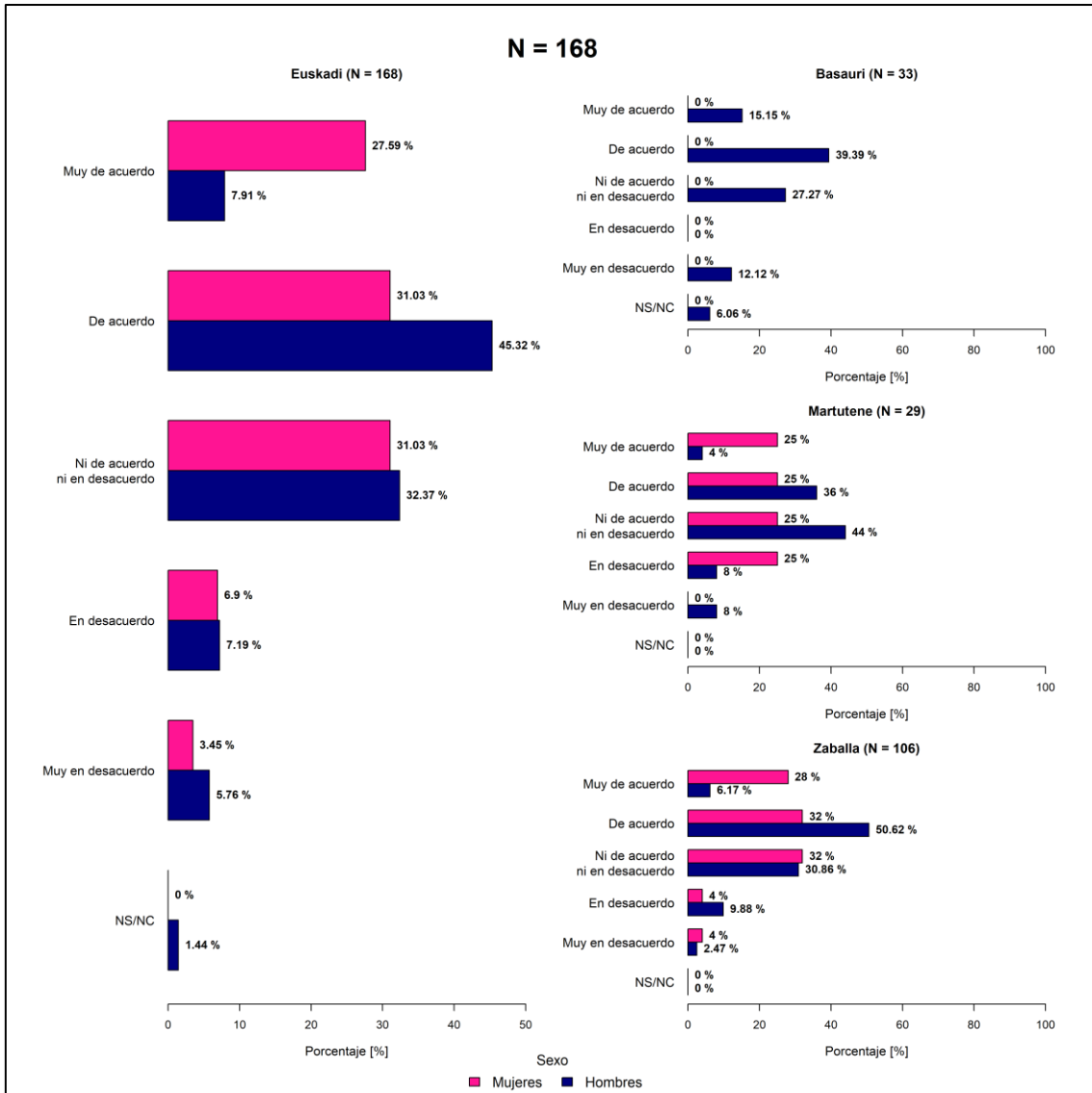
Mayoritariamente los internos no tienen miedo a ser golpeados, insultados o amenazados, lo que parece retratar positivamente a las cárceles vascas en lo que respecta a su desempeño moral más básico. Así, destaca que el 76% de las mujeres de Zaballa y el 75% de las de Martutene no sientan miedo, aunque por encima de esos datos están los hombres de Basauri, de los cuales un determinante 87,8% no percibe ese temor, seguidos por el 80,2% de Zaballa y un menor 64% de Martutene.

<sup>47</sup> LIEBLING/ARNOLD, *Prisons and their moral performance*, pp. 454 ss. Más recientemente, y enfatizando incluso el impacto que la dimensión relacional tiene sobre la reincidencia, véase AUTY/LIEBLING, «Exploring the Relationship between Prison Social Climate and Reoffending», *Justice Quarterly*, 37 (2), 2020, pp. 358 ss.

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ MENÉS/LARRAURI PIJOAN/GÜERRI FERRÁNDEZ, *Revista Internacional de Sociología*, vol. 76 (2), 2018, p. 4; POZO CUEVAS/NAVARRO ARDOY/NAKAHIRA/CUTIÑO RAYA, *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, Vol. 16, 2018, pp. 6-7; POZO CUEVAS/NAVARRO ARDOY/NAKAHIRA/CUTIÑO RAYA, «El desempeño relacional de la prisión. La valoración de los presos del trato y las relaciones con funcionarios de vigilancia y personal de tratamiento», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, 2020, 1y ss. Con anterioridad a los estudios de LIEBLING, véase ZAMPLE/PORPORINO, *Coping, Behavior and Adaptation in Prison Inmates*, Springer, New York, 1989.

<sup>49</sup> Este es, sin duda, un aspecto que deberá ser corregido de cara a estudios futuros, tal y como, acertadamente, ya han hecho otros investigadores, CUTIÑO RAYA/POZO CUEVAS/NAVARRO ARDOY/NAKAHIRA, *Estudios sobre calidad de vida en prisión*, pp. 63 ss.

**Gráfico V. Las relaciones entre los internos y el personal son buenas**



Ante la pregunta de si el trato que reciben es *humano*, que parece remitir a similares niveles de respeto elemental a dispensar a otra persona, las respuestas varían, hasta el punto de que tan solo un 48,8% de los internos se sentía tratado como un ser humano. Si se contemplan los datos de forma desagregada destaca, sobre todo, que tan solo un 36% de los hombres de Martutene percibía que el trato recibido fuera humano, rozando el resto de respuestas el 50% de acuerdo con el enunciado.

Ante la pregunta de si el trato que reciben es *humillante*, como otro de los indicadores de desempeño moral anómalo o no legítimo, los datos deben analizarse con cautela, ya que las diferencias son notables entre los distintos centros penitenciarios. Mientras que en Basauri un 60% considera que el trato no es humillante, el balance en Zaballa es moderadamente más negativo, con un 52,9%. En Martutene la percepción se invierte hasta el punto de que un 48,3% percibe humillación.

Al dar un paso más y preguntar sobre si los internos reciben un trato *respetuoso* por parte del personal, las respuestas resultan sorprendentemente positivas, sobre todo comparadas con las

afirmaciones relativas al trato humano y/o humillante. Así, de los resultados se desprende que la opinión predominante es la de considerar que el trato recibido es respetuoso, lo que afirman con más vehemencia en Zaballa y Basauri, donde el 69,1% y el 60,6% de los hombres, respectivamente, comparte ese sentir. En el caso de las mujeres, es un 64% el que se manifiesta en ese sentido en Zaballa. En Martutene los datos vuelven a reflejar una percepción más negativa, con un 48% de los hombres y un 50% de las mujeres declarando recibir un trato respetuoso.

Precisamente en el extremo más exigente respecto al trato, se hallaría la afirmación «el personal me trata con amabilidad», lo cual trasciende claramente del estándar mínimo normativo para adentrarse en una forma de interactuar con los internos afable, cordial o atenta. Es evidente que ciertos gestos, como utilizar el nombre de pila a la hora de dirigirse a un recluso, o el hecho de preguntarle cómo se encuentra puede llegar a percibirse como signos de amabilidad que contribuyen a reforzar un buen clima y buena convivencia<sup>50</sup>. Tanto Basauri como Zaballa arrojan datos que permiten discernir que los internos perciben amabilidad por parte del personal: en Basauri, un contundente 60,6% de los reclusos la aprecia, prácticamente la misma proporción que en Zaballa. A pesar de que en Martutene el porcentaje sea más bajo (40% en el caso de los hombres y 25% en el de las mujeres), debe ponerse de relieve que en ese centro penitenciario predomina la indefinición (50% de las mujeres y 40% de los hombres eligieron la opción ni de acuerdo ni en desacuerdo).

A la vista de estos resultados, si se ponen en relación con la afirmación «esta prisión es decente», un 42,5% de los internos era de esa opinión en Basauri, mientras que en Zaballa, el 72,8% de los hombres y 76% de las mujeres secundan la afirmación. Una vez más, los peores datos se constatan en la prisión de Martutene, donde únicamente un 20% de los hombres y un 25% de las mujeres consideran que la prisión es decente. En definitiva, lo que parece evidente es que el centro penitenciario de Martutene es aquél en el que las valoraciones respecto al trato recibido son peores de forma consistente y en todas las preguntas del bloque.

### c.2. Relaciones entre internos

En cuanto a las relaciones entre internos, no hay duda de que la forma que adquieran sus interacciones contribuye de forma importante al clima de la prisión, condicionando la calidad de vida de las personas presas de manera notable. Tratándose de una «institución total»<sup>51</sup>, donde las personas se ven forzadas a convivir en condiciones si no de hacinamiento, a menudo de superpoblación, no es de extrañar que las tensiones y los incidentes violentos entre reclusos se hayan revelado como habituales en el entorno penitenciario. La violencia, cuando se manifiesta, lo hace de forma dispar<sup>52</sup> y puede ser resultado de distintos factores, a menudo estructurales (como las condiciones de vida inadecuadas, la escasez de personal y los largos tiempos de encierro en celda)<sup>53</sup> o también deberse al intento de imponer relaciones de jerarquía o de castigar

<sup>50</sup> SMALL/HACKETT, *Offender rehabilitation programmes. The role of the prison officer*, Routledge, London, New York, 2023, pp. 48-50.

<sup>51</sup> GOFFMAN, *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Aldine Transactions, New Brunswick, London, 1961, p. 13.

<sup>52</sup> Sea como formas sutiles de acoso, intimidación encubierta, amenazas, llegando hasta agresiones físicas y sexuales graves. Véase el Informe general del Comité para la Prevención de la Tortura, de 3 de septiembre de 2001, p.16.

<sup>53</sup> En este sentido, véase el informe del Ludwig Boltzmann Institute for Fundamental and Human Rights a cargo de HAMEDL/MONINA, *Monitoring prison violence: A handbook for national preventive mechanisms*, Ludwig Boltzmann

a determinados perfiles de delincuentes<sup>54</sup>. Lo que es evidente es que atender a los factores vinculados con su eclosión será de extrema importancia para prevenirla<sup>55</sup>, y para garantizar un clima en el que los internos se sientan seguros en las interacciones con sus pares.

En cuanto a la calidad de las relaciones entre internos en las prisiones vascas, la inmensa mayoría (con un porcentaje superior al 70% en todos los centros penitenciarios) declara no sentir miedo a que otros internos les golpeen, insulten o amenacen, sobre todo las mujeres.

Así, también entre presos parecen concurrir las condiciones mínimas de respeto o de no interferencia en el ejercicio de los derechos más básicos de la persona. Ahora bien, esto no obsta para que el nivel de seguridad percibido por los presos sea menor que el que indican los porcentajes anteriores. De hecho, la percepción sobre el nivel de seguridad varía de forma importante según el centro. Mientras que en Zaballa el 56,8% considera que el centro penitenciario es seguro, tanto los hombres de Basauri como los de Martutene indican, en proporción similar, que la seguridad en esas prisiones no es adecuada (48% y 44% respectivamente). Entre las mujeres la percepción de la seguridad resulta más dicotómica: mientras que el 44% de las mujeres de Zaballa siente que los niveles de seguridad son adecuados, responde en sentido opuesto el 40%. En Martutene ninguna mujer afirmó sentirse insegura, pero la mitad de las entrevistadas eligió la opción «ni de acuerdo, ni en desacuerdo».

Un indicador clave sobre las relaciones entre internos es el número de peleas que se producen entre ellos. El dato general sin desagregar en las cárceles vascas demuestra que el 59,5% piensa que no hay muchas peleas, aunque si se atiende a las respuestas por centros, queda patente el elevado número de internos que percibe que los enfrentamientos son frecuentes en Basauri (79,8%). En el resto de centros penitenciarios, lo más habitual es que más de un 70% niegue que las peleas se produzcan a menudo. En cuanto al origen de los conflictos interpersonales, puede concluirse contundentemente que las drogas con causa de muchas disputas entre reclusos, sobre todo desde la perspectiva de los presos de Basauri (81,8%) y Zaballa (81,5% de los hombres y 60% de las mujeres).

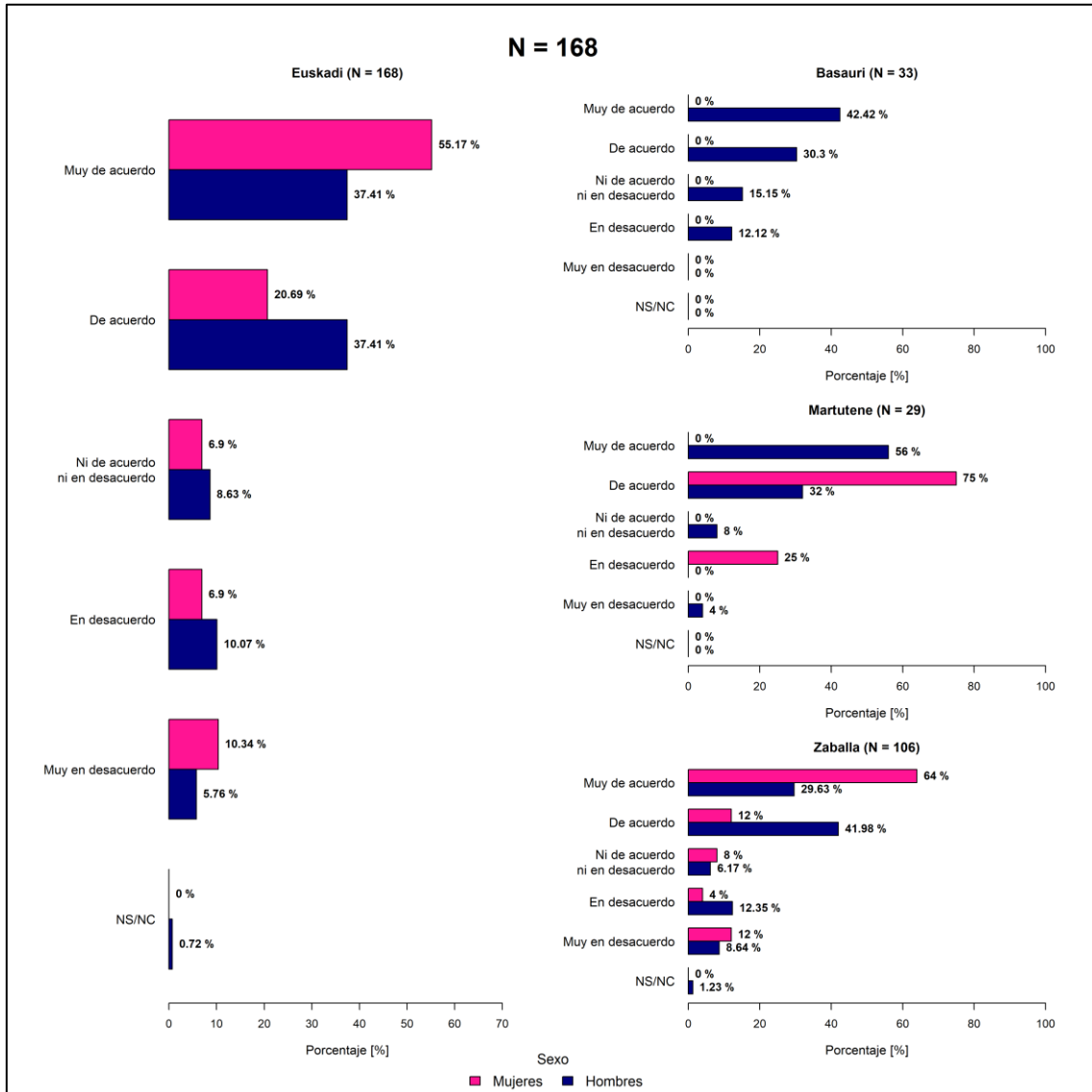
---

Institute, Viena, 2021, disponible en el enlace: <https://gmr.lbg.ac.at/books/monitoring-prison-violence-vol-1-monitoring-prison-conditions-in-the-eu/> (Fecha consulta: 24/08/2024). Aunque no se hayan llevado a cabo estudios específicos sobre violencia entre internos en Europa, el estudio sobre victimización sexual llevado a cabo en EEUU por WOLFF/BLITZ/SHI, pone de manifiesto que el 20% de los presos habían sido objeto de violencia física por parte de otros presos y el 25% de violencia por parte del personal penitenciario durante los seis meses anteriores al estudio. También concluye que los reclusos varones sufren más violencia del personal contra los reclusos que las reclusas y que los centros de tamaño pequeño a mediano presentan mayores tasas de prevalencia de violencia física entre internos, mientras que los centros de tamaño mediano y grande presentan mayores tasas de violencia física por parte del personal. Véase WOLFF/BLITZ/SHI, «Rates of sexual victimization in prison for inmates with and without mental disorders», *Psychiatric Services*, 58(8) 2007, pp. 1087–1094.

<sup>54</sup> VAN ZYL SMIT/SNACKEN, *Principios de Derecho y política penitenciaria europea*, p. 404, con más detalles sobre las diferentes posibilidades de intervención en relación con la victimización de los delincuentes sexuales.

<sup>55</sup> Según Naciones Unidas, los factores clave para garantizar la seguridad y el orden durante la custodia incluyen la *infraestructura* de las instalaciones penitenciarias, la existencia de un número adecuado de personal bien formado y con las aptitudes y competencias necesarias, un sistema eficaz de clasificación de los detenidos y la separación de las diferentes categorías de detenidos. UNITED NATIONS, *Prison incident management handbook*, UN, 2013, p. 26. En el mismo sentido, MURDOCH/JIRICKA, *Combating ill-treatment in prison: a handbook for prison staff with focus on the prevention of ill-treatment in prison*, Council of Europe, Strasbourg, 2016, p. 62.

**Gráfico VI. Ausencia de miedo a ser insultado, golpeado o amenazado por otros internos**



Dentro de las dinámicas entre internos, debe recordarse de nuevo que desde el traspaso de la competencia la presencia de presos de ETA en las prisiones vascas se ha multiplicado notablemente. Al ser una presencia tan numerosa y evidente, quedó claro, al administrar las encuestas, que esos presos generan reacciones ambivalentes entre el resto de los internos. La ambivalencia residía en que ciertos internos se referían específicamente a los presos de ETA como personas que les ayudaban «a hacer papeles»<sup>56</sup> o a «presentar instancias»<sup>57</sup>, dado que suelen ser personas con formación, que cuentan con recursos para navegar entre los procedimientos o hacer valer sus derechos en prisión. Por otro lado, la otra cara de la moneda, fueron expresiones como «esta cárcel la controlan los de ETA»<sup>58</sup>, «tienen privilegios»<sup>59</sup>, «a esos no les tose nadie, y a otros nos tratan a patadas»<sup>60</sup> o «el ambiente aquí con los de la ETA...ufff, pa' qué te voy a

<sup>56</sup> Cita literal de una frase pronunciada por el entrevistado núm. 9 del centro penitenciario de Basauri.

<sup>57</sup> Cita literal de una frase pronunciada por el entrevistado núm. 3 del centro penitenciario de Martutene.

<sup>58</sup> Cita literal de una frase pronunciada por el entrevistado núm. 5 del centro penitenciario de Basauri.

<sup>59</sup> Cita literal de una frase pronunciada por el entrevistado núm. 15 del centro penitenciario de Zaballa.

<sup>60</sup> Cita literal de una frase pronunciada por el entrevistado núm. 12 del centro penitenciario de Basauri.

contar»<sup>61</sup>, dando a entender no solo que condicionan el clima de los centros penitenciarios, sino también cierto resquemor porque disfrutarían de una situación de trato preferente y mejores condiciones de vida que el resto.

Al tratarse de manifestaciones más bien espontáneas que iban realizando algunos internos, y no de respuestas a preguntas concretas, resulta imposible cuantificar si las afirmaciones sobre este colectivo de presos proferidas por otros reclusos son compartidas en uno u otro sentido de forma mayoritaria (o, al menos, estadísticamente relevante), o si estos internos representan, sin más, una presencia simplemente percibida por la influencia de los medios de comunicación.

### c.3. Relaciones con el exterior

Si se atiende a los datos que arrojan las entrevistas realizadas en las tres prisiones vascas, la posibilidad de mantener contacto con personas del exterior no parece revestir gran problema para la mayoría de la población reclusa, aunque el porcentaje de quienes conservan esos vínculos no es abrumador, como queda reflejado en el gráfico. Ante la afirmación genérica «puedo mantener contacto cercano con mi familia», lo que incluye las llamadas telefónicas, video-llamadas y el contacto por correspondencia, destaca que los internos hombres afirman mantener un contacto más frecuente con sus familiares que las internas.

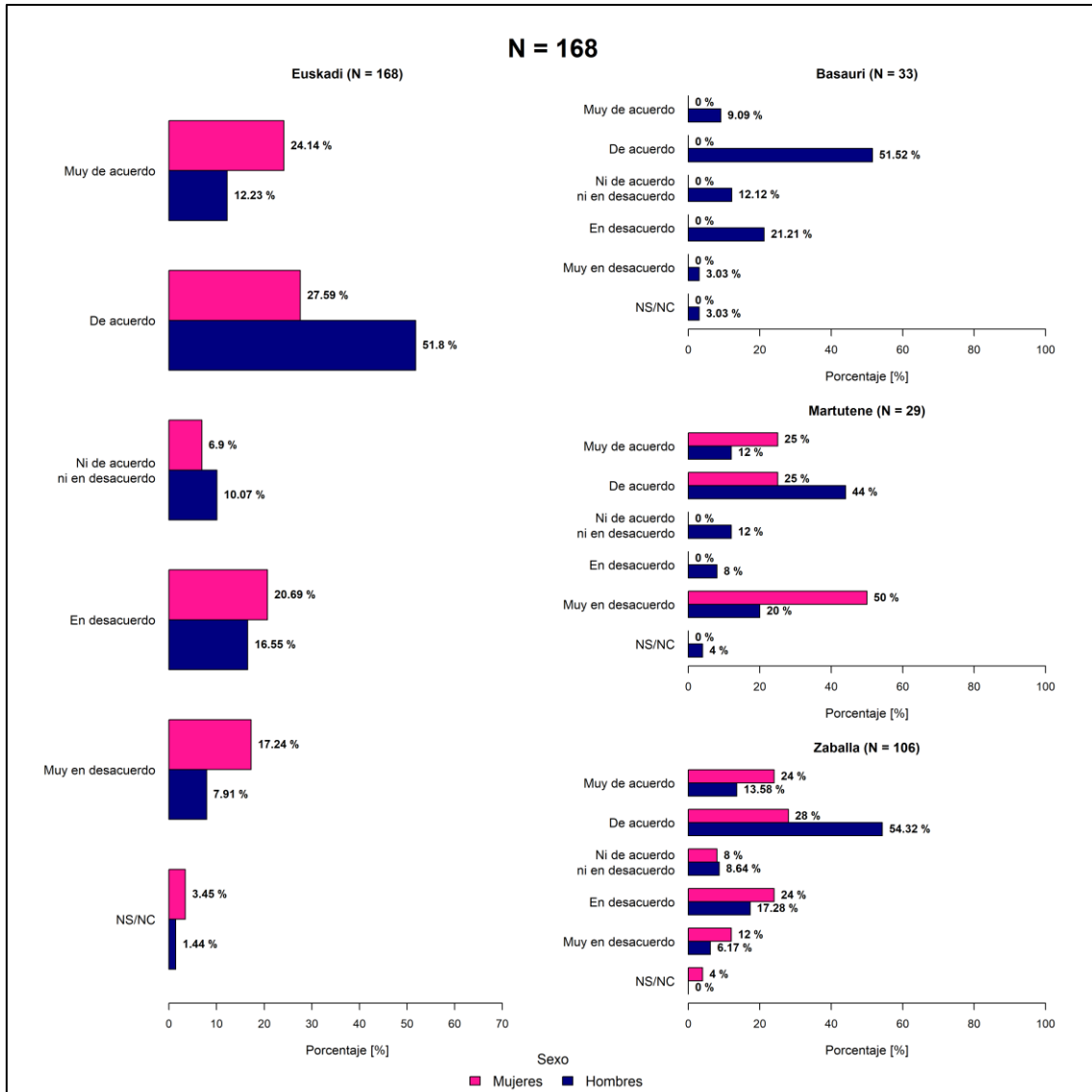
Respecto a las visitas, un elevado porcentaje de internos declararon recibirlas habitualmente, particularmente los hombres en Basauri (81,8%) y en Zaballa (70%). Evidentemente, la cercanía del centro penitenciario del domicilio del interno será un factor que puede llegar a condicionar la asiduidad de las visitas que reciba. En este sentido, es relevante que, con carácter general, los internos originarios de Bizkaia condenados a penas de más de dos años suelen ser trasladados a Zaballa, lo que puede contribuir a explicar que sea ese el centro penitenciario en el que más internos declaran no estar cerca de casa (es decir, a más de una hora de distancia), si bien el porcentaje resulta destacable solo en el caso de los varones (38,3%, frente al 12% de las mujeres).

Hombres y mujeres en todos los centros penitenciarios coinciden, en cualquier caso, al expresar su insatisfacción respecto a la duración de las visitas, ya que consideran que los 40 minutos disponibles en locutorio resultan muy escasos. Desde luego, teniendo en cuenta la localización (un tanto apartada) de la prisión de Zaballa, y considerando también el hecho ya citado de que los internos de Bizkaia son enviados allí a cumplir sus penas en caso de que éstas superen los dos años, puede llegar a entenderse la queja expresada en torno a la duración de las visitas, ya que el traslado hasta allí de las familias o amigos puede requerir un tiempo desproporcionado puesto en relación con los minutos disponibles para ver al interno, lo que acusarán probablemente de forma especial los familiares de edad avanzada que se desplacen.

---

<sup>61</sup> Cita literal de una frase pronunciada por el entrevistado núm. 36 del centro penitenciario de Zaballa.

**Gráfico VII. Posibilidad de mantener contacto cercano con la familia**



Al no precisar más el cuestionario sobre la asiduidad del contacto o de las visitas para considerarlas «frecuentes», surge la duda de si hombres y mujeres tienen una percepción diferente sobre lo que significa un contacto habitual. Destaca, en cualquier caso, que la satisfacción declarada en torno al nivel de contacto que tienen con familiares y allegados sea de un 52% en el caso de las mujeres de Zaballa, mientras que en el caso de los hombres es claramente superior, sobre todo en Zaballa (67,9%). Queda, por tanto, por aclarar si el descontento de las mujeres se debe a que para su bienestar necesitan de una mayor frecuencia de contactos con el exterior que los hombres, o a que, como sugiere parte de la doctrina, se encuentran con mayores dificultades para recibir visitas, por ser precisamente ellas las que tienden a desempeñar el rol familiar de nexo entre todos sus integrantes<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE/PASCUAL RODRÍGUEZ, *Las mujeres en prisión: la voz que nadie escucha. Explorando nuevas vías de cumplimiento de las penas impuestas a mujeres a través de la cultura*, La Cultivada, Madrid, 2022, p. 117.



### 2.3. Resultados de las encuestas al personal de prisión

Como se ha adelantado, la encuesta al personal de prisiones se administró en un momento un tanto «convulso», en el que las movilizaciones y las demandas sindicales de cara a establecer sus condiciones laborales tras el traspaso de la competencia estaban siendo especialmente activas.

Los hallazgos se dividen en 3 bloques fundamentales: primero se presentarán brevemente algunos datos sociodemográficos de los trabajadores; en segundo lugar, se abordarán las valoraciones en torno a las condiciones laborales del personal y cuestiones vinculadas a la organización de la prisión que les atañen y, por último, se hará referencia al ámbito relacional, atendiendo a cómo valoran los trabajadores las relaciones con los internos, con sus compañeros y con sus superiores.

#### *a. Datos sociodemográficos de los trabajadores*

Entre la muestra de trabajadores entrevistados la franja de edad con mayor representación es la que va de los 50 a los 59 años, representando los hombres casi dos tercios del total (59% en Basauri, 67% en Martutene y 68% en Zaballa). En contraste con los internos, el personal presenta un perfil que hace gala de poca diversidad y que resulta bastante homogéneo<sup>63</sup>.

En consonancia con la edad de los trabajadores encuestados, se trata, en buena medida, de personas con una dilatada experiencia en Instituciones Penitenciarias, siendo abrumadoramente mayoritario el porcentaje de trabajadores que acumula más de 21 años de servicio (53% en Basauri, 83% en Martutene y 69% en Zaballa) y que ha trabajado en distintos centros penitenciarios (65% en Basauri, 83% en Martutene y 74% en Zaballa), hasta el punto que solo un 20% había trabajado en único centro penitenciario.

#### *b. Condiciones laborales y organización*

La situación del personal en las prisiones vascas hace gala de ciertas particularidades «históricas», en gran medida condicionadas por el contexto de violencia política. Y es que las amenazas de ETA al colectivo de funcionarios de prisiones tuvieron consecuencias de cierto calado en la configuración de las plantillas, en su forma de vida y en sus condiciones laborales<sup>64</sup>, distinguiéndolas notablemente de aquellas que se aplicaban al personal activo en el resto del territorio del Estado.

Estas mejores condiciones laborales se han mantenido para el personal penitenciario que ya estaba en activo en los tiempos en los que ETA todavía operaba. No, en cambio, para las personas

<sup>63</sup> Así, a diferencia de los hallazgos de LIEBLING en las prisiones inglesas, en las cárceles vascas no se encuentran, entre los trabajadores, representantes de minorías étnicas, LIEBLING/PRICE/SHEFER, *The prison officer*, 2ª edición, Rutledge, London, New York, 2011, p. 15.

<sup>64</sup> Concretamente, y con objeto de fomentar que hubiera funcionarios de prisiones dispuestos a trabajar en el País Vasco, desde 1997 se instauró que aquellas personas que trabajaran en las prisiones de Euskadi contarían con 21 días adicionales de vacaciones, además de percibir una mejor retribución que el resto de funcionarios destinados en otras partes del Estado que cumplieran con las mismas funciones. Además, en el caso del personal de vigilancia, los días adicionales de vacaciones permitían una concentración de turnos que hacía posible y muy habitual que trabajasen de forma intensiva durante 3 días y librasen dos semanas hasta el siguiente turno. Esto posibilitó que prácticamente todos ellos, originarios de otras regiones, pudieran seguir residiendo en sus lugares de arraigo, manteniendo en ellos sus familias y relaciones sociales.

incorporadas más recientemente a su trabajo en prisión (con posterioridad a la disolución de la organización), a las que se aplican las mismas condiciones que al personal del resto del Estado. La consecuencia es que en la actualidad existen en las cárceles vascas personas haciendo exactamente el mismo trabajo bajo condiciones laborales muy dispares.

El mantenimiento en paralelo de distintos regímenes laborales para personas que desempeñan las mismas funciones genera no pocas tensiones y cierta sensación de agravio entre los trabajadores incorporados más recientemente. De hecho, es un aspecto que fue mencionado sobre todo en Zaballa por un 17,14% de los encuestados con menos años de antigüedad, al referirse, en la pregunta abierta final, a los tres aspectos que más les estresaban. En contraste, y como era de esperar, entre el personal en activo de esa misma cárcel al que se le aplican las reglas anteriores a la disolución de ETA, un 51% valora en positivo sus condiciones laborales, específicamente como una de las mejores cosas de su trabajo, y también lo hace un 29,41% en Basauri). Ninguna de las personas entrevistadas mencionó este aspecto en Martutene.

Al margen de las condiciones laborales específicas condicionadas por el terrorismo, otro de los aspectos que impacta notablemente sobre la calidad de vida de los trabajadores de prisiones en Euskadi es la escasez del personal. En el momento de la transferencia algunos cálculos cifraban la falta de personal en más de 90 trabajadores, dado que estarían sin cubrir el 30% de las plazas de personal laboral y más del 10% de las necesarias entre el personal funcionario en las tres cárceles vascas. Así, la propuesta inicial de la Administración penitenciaria aspiraba a llegar a los 924 funcionarios, 235 más que los transferidos en 2021<sup>65</sup>.

El problema de falta de personal es especialmente acusado en el Centro Penitenciario de Zaballa, el más grande de Euskadi, que hace una década sustituyó a la vieja cárcel de Nanclares de la Oca sin que se produjeran entonces nuevas incorporaciones de personal. Trabajan en él 275 personas entre funcionarios y personal laboral, cifra totalmente infradotada teniendo en cuenta sus características estructurales. Ello ha impedido de facto que pudieran abrirse adecuadamente todos los módulos. Es precisamente en esa prisión, la más necesitada de incorporación de personal<sup>66</sup>, en la que un 42,86% de los entrevistados declararon, ante la pregunta abierta sobre los tres aspectos más estresantes de su trabajo, que la excesiva carga de trabajo y la falta de recursos y de personal constituían algunos de los aspectos que más tensión y ansiedad les generaban<sup>67</sup>.

En la actualidad, el tensionamiento en la capacidad de las tres prisiones vascas a la hora de acoger a todos los internos que demandan su traslado a Euskadi desde otras prisiones del Estado ha motivado que las solicitudes de los «presos comunes» que pidan cumplir sus penas en el País Vasco por motivos de arraigo hayan quedado paralizadas a la espera de que se amplíe la capacidad carcelaria de la región. Ampliación que se prevé que ocurra en breve con la inauguración del

---

<sup>65</sup> Personal que sería distribuido de la siguiente manera: 802 en cárceles, 72 en la agencia de reinserción Aukerak, y 50 adscritos a prisiones en el Gobierno Vasco.

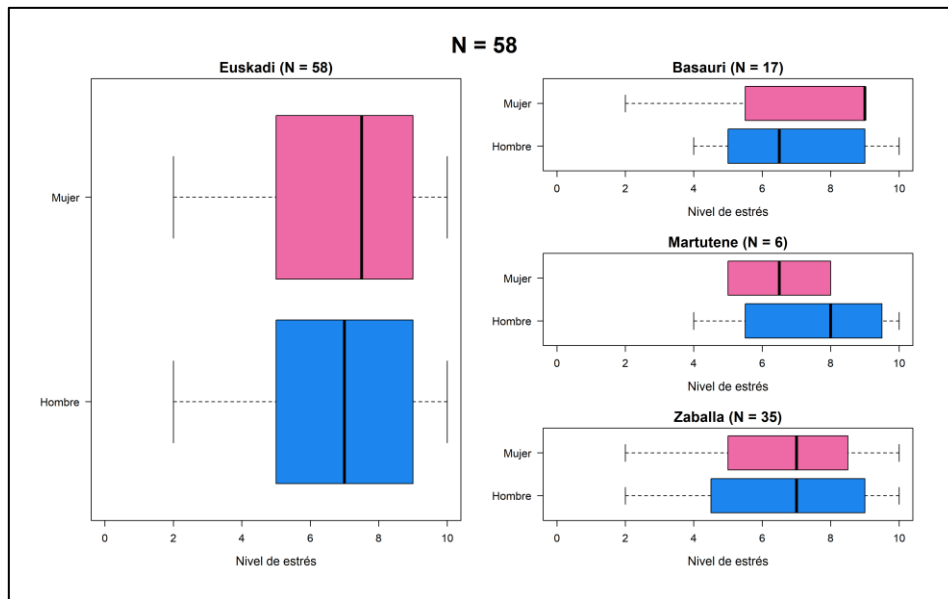
<sup>66</sup> En tanto que se aprueba la nueva relación de puestos de trabajo se han arbitrado medidas que permitan la cobertura en comisión de servicios o mediante bolsas de trabajo de las vacantes que se van produciendo, sobre todo por jubilaciones.

<sup>67</sup> Recuérdese, además, que la media de edad de los trabajadores es elevada, lo que probablemente contribuya a elevar el nivel de tensión y la ansiedad.

centro penitenciario de Zubieta, de nueva construcción, que, como se ha indicado, sustituirá a la cárcel de Martutene en el territorio histórico de Gipuzkoa<sup>68</sup>.

Los aspectos relativos a las plantillas mermadas y a la falta de infraestructuras, unidos al perfil sociodemográfico de los trabajadores (en concreto a su edad), hacen ya intuir que el nivel de estrés que padece el personal habrá de ser considerable en todos los centros penitenciarios<sup>69</sup>, como confirma el siguiente gráfico.

**Gráfico VIII. Nivel de estrés del personal**

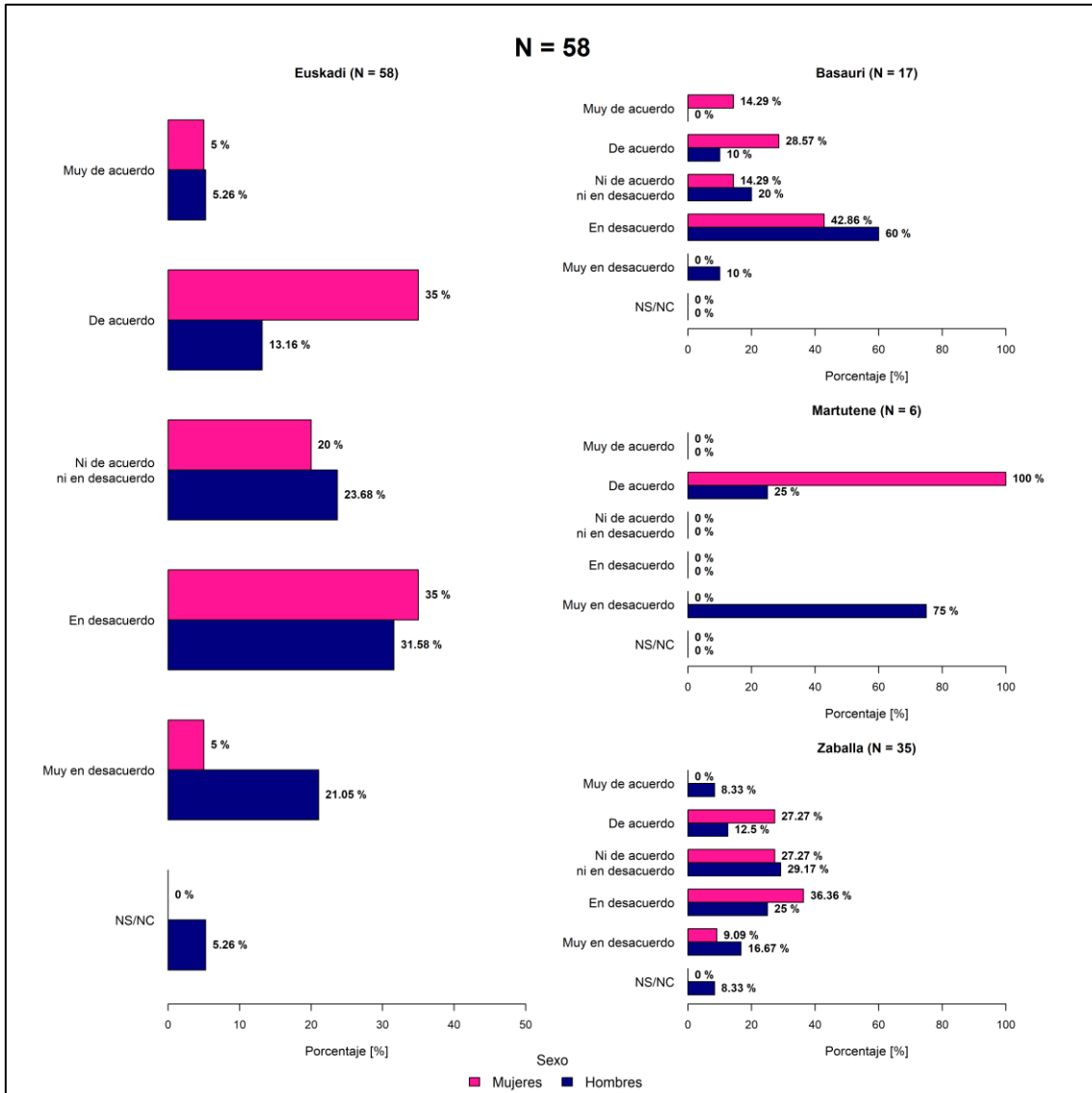


En Euskadi, a la hora de tantear el sentir del personal respecto a la administración penitenciaria, responsable de las condiciones de trabajo y, por tanto, en última instancia, de los problemas estructurales citados, se hizo patente que la confianza que profesan los trabajadores de las tres prisiones respecto al servicio de Instituciones Penitenciarias es baja, sobre todo en el caso de los hombres. En lógica correspondencia con lo anterior, la mayoría del personal tampoco percibe esa confianza de vuelta (70%), ni se siente valorado (30%).

<sup>68</sup> La decisión de no admitir más demandas de traslado se ha adoptado de conformidad con la Administración del Estado. Se estima que unos 450 presos «comunes» vascos cumplen sus condenas (o están preventivos) fuera de Euskadi, con lo que es muy probable que al menos algunos de ellos soliciten su traslado por motivos de arraigo.

<sup>69</sup> A la conclusión de que los factores citados contribuyen al estrés de los trabajadores se llega, entre otros estudios recientes, en CLEMENTS/KINMAN, «Job demands, organizational justice, and emotional exhaustion in prison officers», *Criminal Justice Studies*, Vol. 34(4), 2021, p. 452.

Gráfico IX. Confianza en instituciones penitenciarias



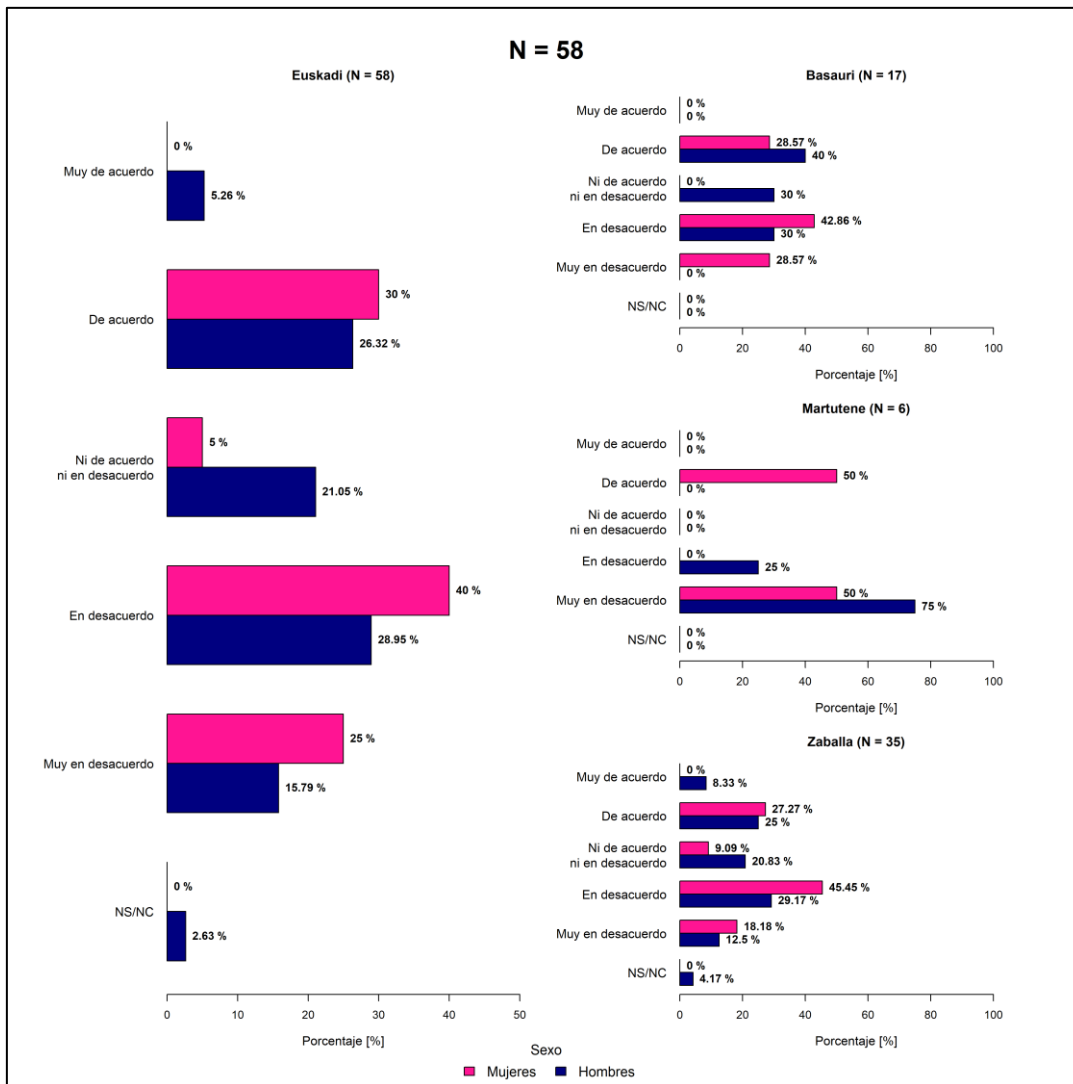
En el desempeño de sus funciones cotidiano, la mayoría de los trabajadores siente que se le atribuye un razonable grado de responsabilidad, de manera abrumadora en los centros penitenciarios más pequeños, con más de un 90% de encuestados que se manifestaron en este sentido, pero también de forma muy mayoritaria en Zaballa, donde tres de cada cuatro trabajadores declararon lo propio. Ahora bien, la responsabilidad o la autonomía no siempre se materializan en un grado suficiente de reconocimiento por el trabajo bien hecho<sup>70</sup>. Así, en Basauri y en Zaballa casi un tercio de los entrevistados cumplía funciones de vigilancia, de los que ninguno percibe reconocimiento en la cárcel vizcaína y solo lo hace un 40% en la prisión alavesa. Este malestar del personal de vigilancia parece ir asociado, en parte, a una cierta pérdida de autoridad, y, en cierta medida, a tener que lidiar con los aspectos menos gratificantes de la

<sup>70</sup> De esta forma, tanto el mérito como la capacidad de los trabajadores/as de prisión deben ser oportunamente reconocidos y premiados para alcanzar una deseable promoción interna. LIEBLING, «High security prisons in England and Wales. Principles and practice», en JEWKES/CREWE/BENNETT (eds.), *Handbook on prisons*, 2ª edición, Routledge, LondonNew York, 2016, p. 480

vida en prisión, en la línea de considerar que se ocupan del trabajo poco agradecido, a diferencia de los profesionales de la rehabilitación<sup>71</sup>.

Quizá así se expliquen las respuestas desiguales sobre el nivel de motivación que declaran los trabajadores: más allá de los datos generales que muestra el siguiente gráfico, solo un 37,5% del personal de vigilancia se declara motivado para trabajar más allá de lo imprescindible, mientras que el resto de personal entrevistado lo está en un 59,52%.

**Gráfico X. Falta de motivación más allá del mínimo imprescindible**

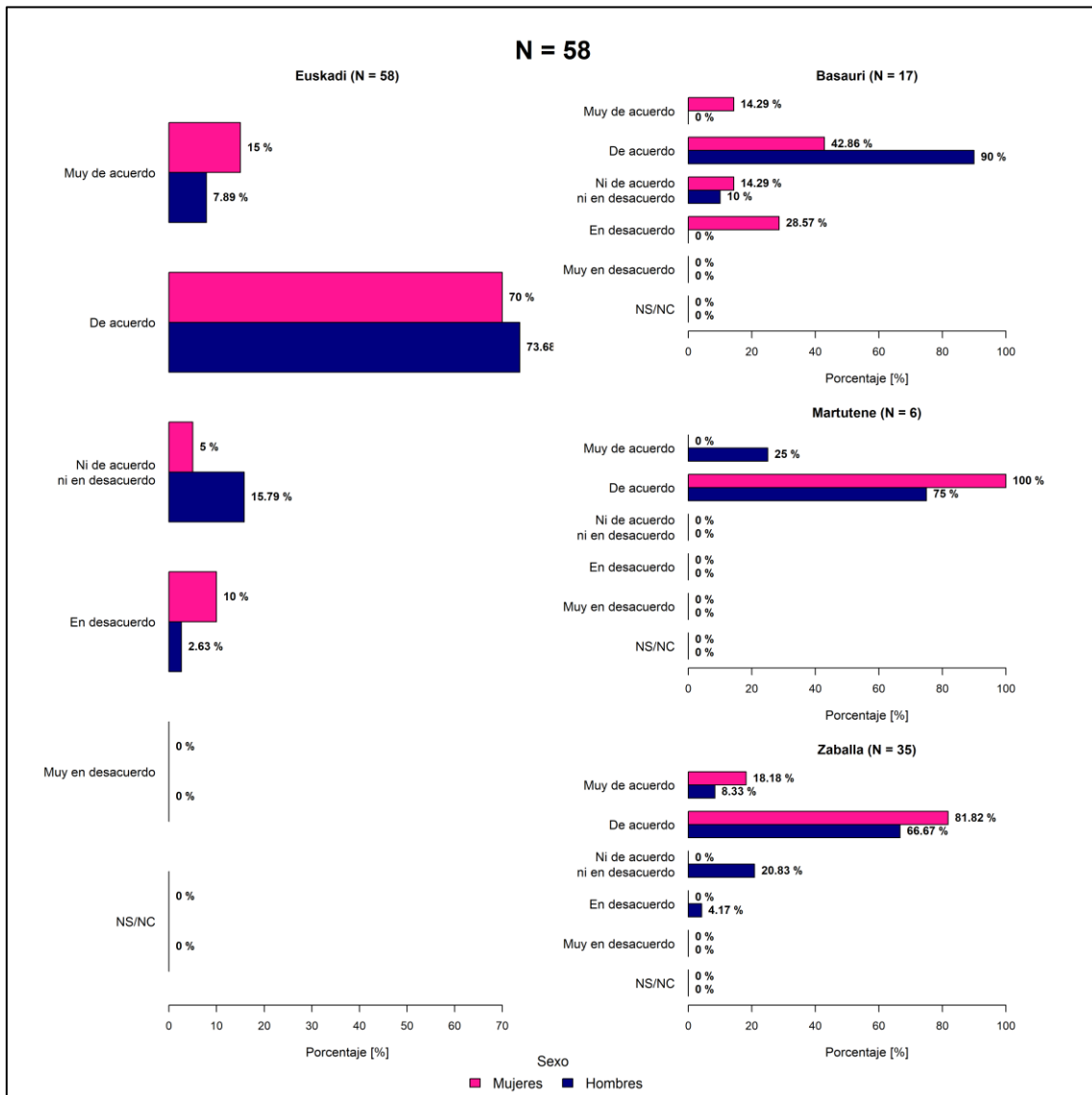


Aunque es la primera vez que se administra una encuesta de estas características en Euskadi (y por tanto, no resulta posible comparar los datos obtenidos con las percepciones pasadas del personal en los tiempos en los que ETA estaba todavía activa), destaca que las respuestas proporcionadas por los trabajadores en cuanto a su sensación de seguridad dentro de su ambiente de trabajo son, de hecho, abrumadoramente positivas, lo que permite conjeturar que la

<sup>71</sup> Cfr. GÜERRI FERRÁNDEZ, «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», *Revista de Sociología*, 104(3), 2019, p. 2; LARRAURI PIJOAN, en FUENTES OSORIO/MIRÓ LLINARES (dir), GÓMEZ BELLVÍS (coord.), *El Derecho penal ante lo “empírico”. Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 248.

disolución de la organización y el cese de las amenazas respecto al personal de prisiones ha supuesto, en el País Vasco, un antes y un después.

**Gráfico XI. Seguridad en ambiente de trabajo**



Por último, ante una población reclusa cada vez más heterogénea, resulta decisivo contemplar posibilidades de formación<sup>72</sup> que incluyan el desarrollo de habilidades comunicativas y relacionales o la capacidad creativa para la resolución de problemas<sup>73</sup>. Sin embargo, en los tres centros penitenciarios vascos, la mayoría está insatisfecho con la formación que recibe, y 4 de cada 5 entrevistados consideran que sería importante recibir mayor capacitación en los temas relativos a la prevención del suicidio y las autolesiones.

<sup>72</sup> Cfr. GÜERRI FERRÁNDEZ, «Más seguridad en las prisiones catalanas. Pero ¿qué seguridad?», *Indret*, 3/2024, p.3.

<sup>73</sup> RYAN/BRENNAN/MCNEILL/O'KEEFFE, «Prison officer training and education: a scoping review of the published literature», *Journal of Criminal Justice Education*, Vol. 33(1), 2021, pp. 120 ss.

c. *Ámbito relacional*

c.1. Relaciones entre el personal

La percepción de los trabajadores de prisión sobre la calidad de sus relaciones con sus compañeros y sus jefes adquiere especial relevancia por otros motivos: y es que no es descabellado asumir que, en cierta medida, su sentir termine repercutiendo sobre el trato que reciben los internos.

Así, y desde el punto de vista de los superiores jerárquicos o personas que ostentan posiciones de mando, como ya señalaban LAMBERT et al., los frentes que deben atenderse para propiciar unas relaciones constructivas con el personal pasan por (i) escuchar a los funcionarios y pedirles su opinión sobre asuntos que conciernen al lugar de trabajo; (ii) felicitar a los funcionarios por su buen desempeño laboral; (iii) acercarse a los trabajadores para preguntarles si tienen algún problema y qué puede hacer el supervisor para ayudarles en su trabajo; (iv) mantener una comunicación bidireccional con los trabajadores; (v) proporcionar información relevante y veraz sobre el puesto de trabajo concreto, lo que implica explicar cómo hacer cambios significativos en las áreas que precisan de alguna mejora; y (v) ser transparentes en su forma de supervisar, así como tratar a los empleados con respeto<sup>74</sup>.

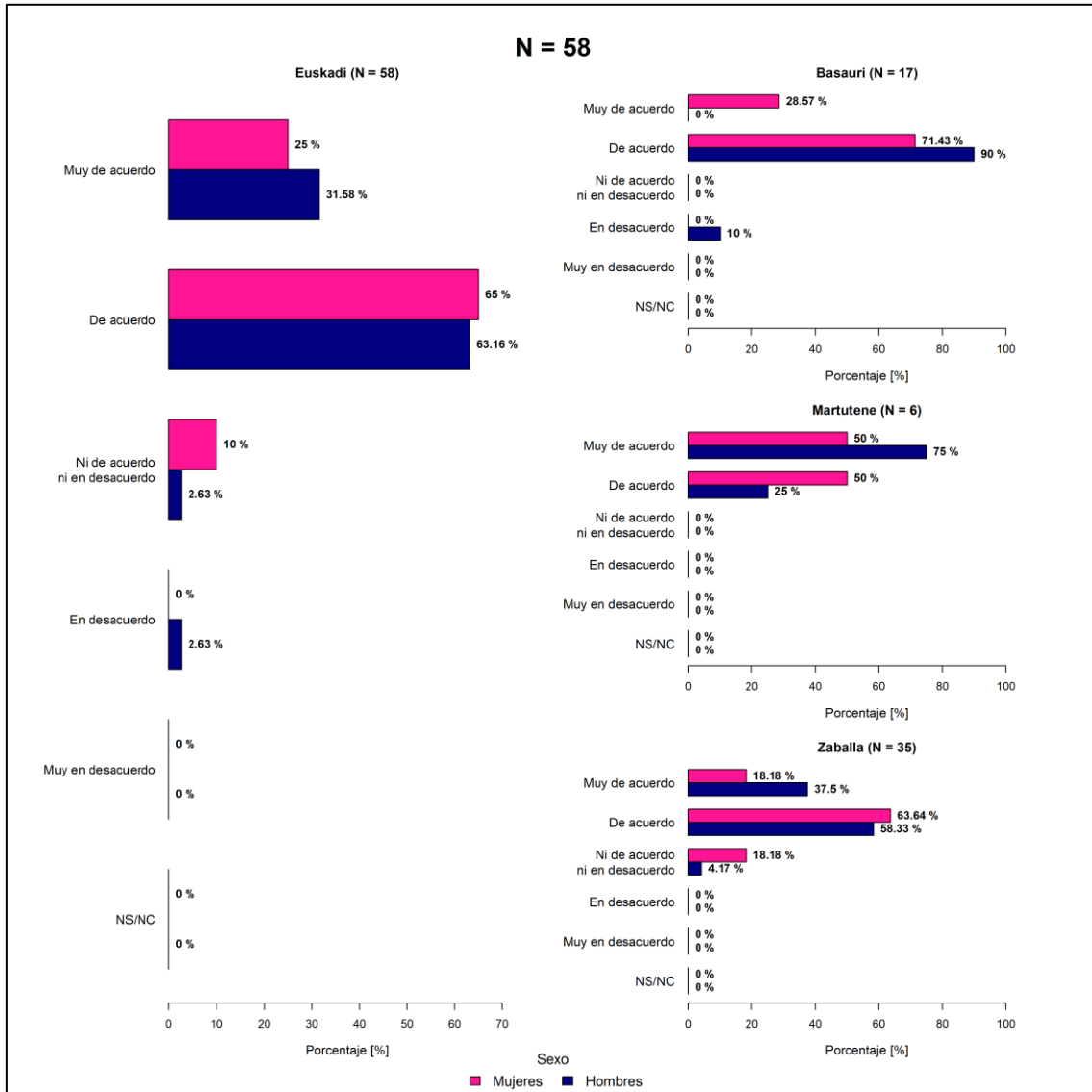
En Euskadi, las relaciones del personal con sus superiores inmediatos y con la dirección de la prisión son valoradas de forma muy positiva en los tres centros penitenciarios y en ambos sexos.

En consonancia con los hallazgos de LAMBERT et al, estas valoraciones positivas en las prisiones vascas se asocian con la disponibilidad que perciben los trabajadores por parte de los superiores ( $\rho:0,76$ ), así como con sentirse respaldados ( $\rho:0,70$ ), respetados ( $\rho:0,69$ ) y valorados ( $\rho:0,63$ ) por ellos.

---

<sup>74</sup> LAMBERT/WORLEY/WORLEY/HOGAN, «The effects of different types of social support on depressive symptomatology of prison officers», *Criminal Justice Studies. A Criminal Journal of Crime, Law and Society*, Vol. 36(6), 2022, p. 13.

Gráfico XII. Buena relación con los superiores



En cuanto a las relaciones horizontales entre trabajadores en prisión, el buen clima entre ellos, y, en concreto, el percibir el apoyo de los compañeros, se ha asociado con una menor experiencia de agotamiento emocional<sup>75</sup>, reduciendo las posibilidades de que el personal penitenciario desarrolle un desapego hacia el trabajo y trate con crueldad a sus compañeros y a los reclusos<sup>76</sup>. Aunque es evidente que el apoyo que pueden brindar los compañeros será relativo, en la medida en que no disponen de recursos que tienen los superiores jerárquicos para hacer frente a las principales exigencias y retos laborales<sup>77</sup>, es un plano relacional que no puede minusvalorarse, porque permite discutir problemas o compartir información valiosa de una manera diferente que

<sup>75</sup> Por agotamiento emocional (emotional exhaustion) se entiende «la sensación de estar emocionalmente exhausto, extenuado o consumido por el trabajo», LAMBERT/ALTHEIMER/HOGAN, «Exploring the Relationship Between Social Support and Job Burnout Among Correctional Staff», *Criminal Justice and Behavior*, 37(11), 2010, p. 1219.

<sup>76</sup> LAMBERT/ALTHEIMER/HOGAN, *Criminal Justice and Behavior* 37(11), 2010, p. 1231

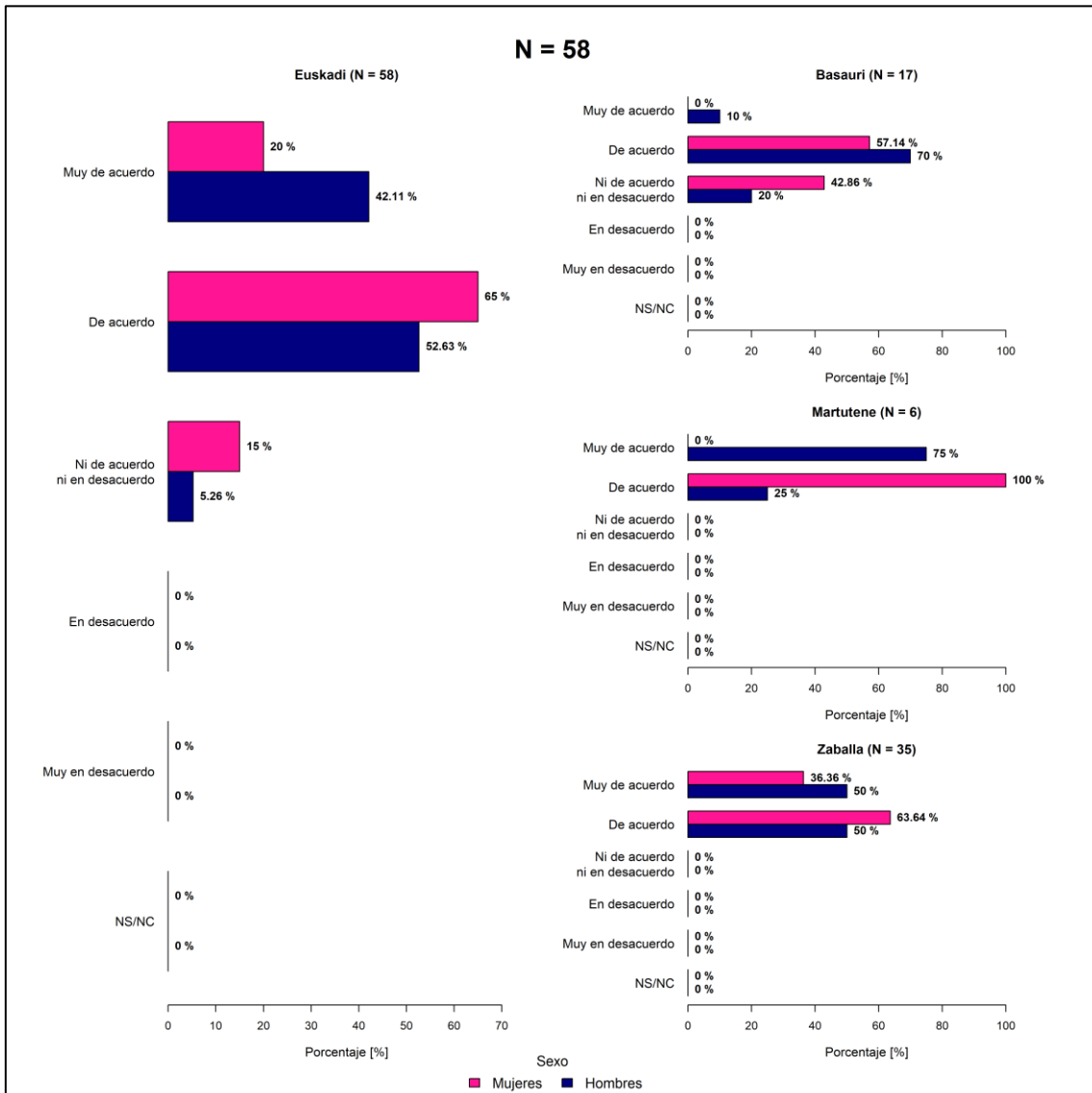
<sup>77</sup> LAMBERT/WORLEY/WORLEY/HOGAN, *Criminal Justice Studies. A Criminal Journal of Crime, Law and Society*, Vol. 36(6), 2022, p. 11



con los superiores, lo cual puede contribuir a que el trabajo se antoje más interesante y significativo<sup>78</sup>.

En Euskadi la percepción general del personal sobre la calidad de las relaciones con los compañeros arroja resultados muy positivos en todos los centros penitenciarios. Aunque con las debidas cautelas por lo reducido de la muestra, despunta, en este sentido, la prisión de Martutene, en la que el personal considera de forma unánime que las relaciones son buenas. Ocurre lo propio en Zaballa, con distintos grados de adhesión, donde ninguno de los trabajadores encuestados manifestó una opinión negativa o ni siquiera ambivalente en este sentido. En Basauri, la valoración es positiva entre la mayoría de los hombres (80%), pero ésta desciende al 57,14% entre las mujeres, con un 42,86% de entrevistadas que se muestran ambivalentes al respecto.

**Gráfico XIII. Buena relación con los compañeros**



La buena relación que mayoritariamente se aprecia entre compañeros se asocia, en buena medida, con el respeto ( $\rho:0,70$ ) y la confianza recíproca que media entre ellos ( $\rho:0,58$ ). Esto

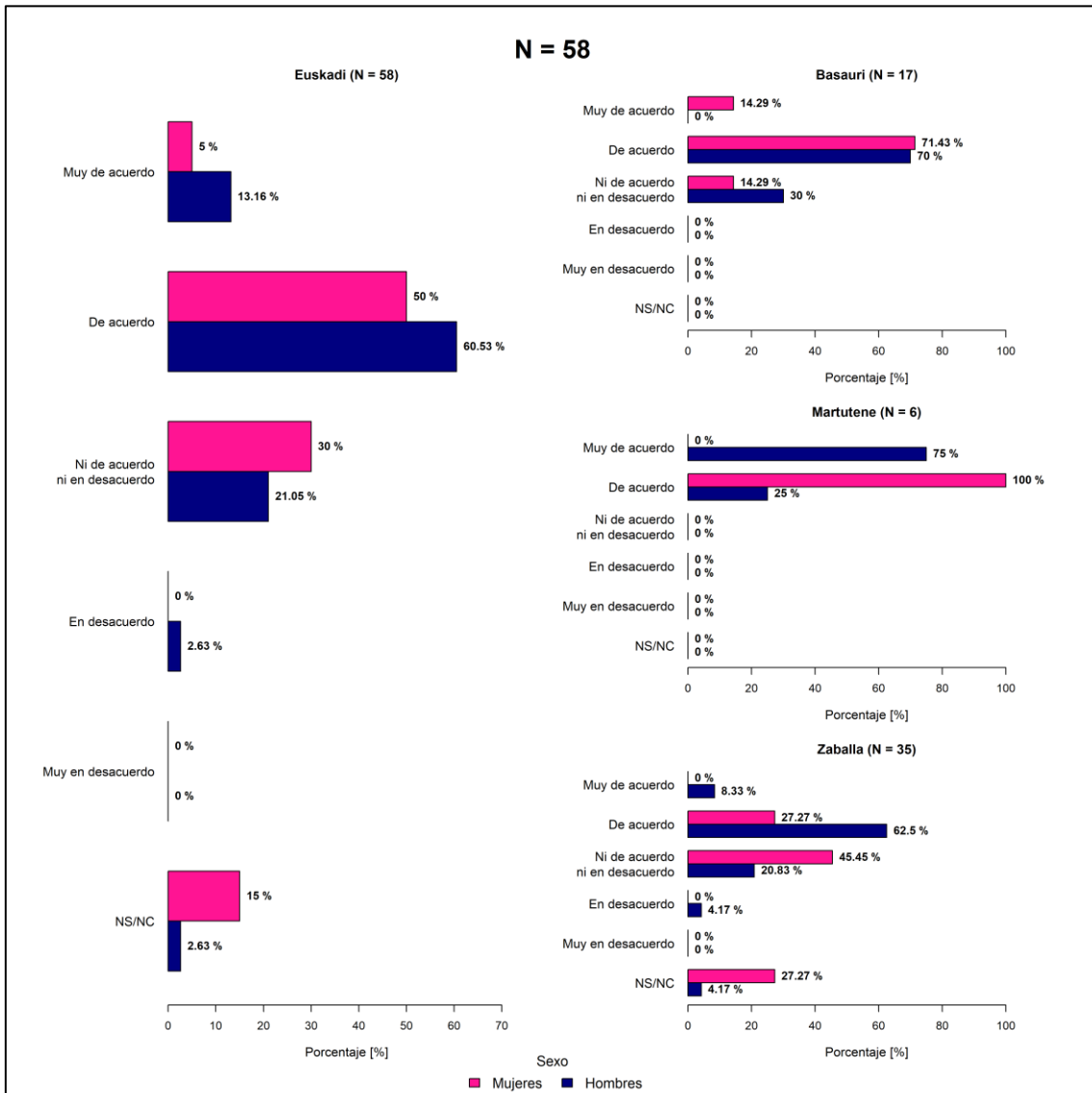
<sup>78</sup> LAMBERT/ALTHEIMER/HOGAN, *Criminal Justice and Behavior* 37(11), 2010, p. 1231.

explica quizá los peores datos de Basauri, ya que es la única prisión en la que hay respuestas ambivalentes respecto al nivel de confianza mutuo (24%) y al respaldo (20%) percibido entre pares. También es Basauri la prisión en la que se constatan valoraciones algo peores en torno a la calidad de la comunicación entre los compañeros, que, si bien es percibida como positiva por un 70% de los trabajadores encuestados, contrasta con el resto de prisiones, en las que casi la totalidad de los encuestados manifestaron que la comunicación entre compañeros era buena.

c.2. Relaciones con los internos

Los trabajadores de los centros penitenciarios de Euskadi perciben, en general, que sus relaciones con los internos son buenas.

Gráfico XIV. Buena relación con los internos



Estos resultados son extrapolables a todos los centros penitenciarios, con especial énfasis en Martutene, donde ningún trabajador expresó su desacuerdo, y en Basauri, donde un 70% de los hombres y un 85,7% de las mujeres valoran positivamente su relación con los presos. En Zaballa, una vez más la prisión más grande, es donde los datos resultan algo más ambivalentes, no entre

los trabajadores hombres, entre los que el 70,8% es de la misma opinión, sino entre las mujeres, de las que solo un cuarto se muestra de acuerdo con la afirmación, siendo gran mayoría las que escogieron la opción «ni de acuerdo, ni en desacuerdo» (45,5%) o manifestaron directamente no saber qué contestar (27,3%).

En consonancia con estos resultados en gran medida positivos, de forma abrumadora que roza el 90% en todas las cárceles, la mayoría siente que ayudar a los internos es una parte importante de su trabajo y percibe, además, que es depositario de la confianza de los reclusos, con ninguna respuesta contraria en los centros pequeños, y con datos algo más plurales en Zaballa.

Destaca que las prisiones pequeñas de Euskadi, es decir, Martutene y Basauri, son aquellas en las que más trabajadores contestan afirmativamente a la pregunta «los reclusos tienden a venir a mí con sus problemas» (66% y 75% respectivamente), confirmando quizá así la idea de que el trato con el personal resulta más estrecho en los centros pequeños<sup>79</sup>.

Pese a la imagen general positiva que se desprende de los resultados, no puede obviarse que, al aumentar la población reclusa, también ha crecido su heterogeneidad y, con ello, las posibilidades de que escalen los conflictos. Antes del traspaso de la competencia, los internos más problemáticos eran trasladados a otras prisiones, opción ahora descartada. Por ello, y aunque todo parecería indicar que la nueva situación es más susceptible de producir incidentes de índole regimental, destaca que, ante la pregunta sobre si las agresiones por parte de los internos son frecuentes, en general solo uno de cada diez trabajadores considere que los ataques al personal sean habituales, salvo en el caso de Basauri, donde nada menos que la mitad de los hombres afirmó que ocurrían con asiduidad. Se trata, en este caso, de una de las cárceles de menor tamaño de Euskadi, en la que podría entenderse que, por sus dimensiones, el contacto físico entre internos y trabajadores es mayor, y por tanto, también la exposición de estos últimos a la violencia, así como la necesidad de que activen sus habilidades interpersonales y desarrollen relaciones más estrechas con los internos para mantener el control de la situación<sup>80</sup>. Ahora bien, aunque la muestra es muy pequeña en Gipuzkoa, estos mismos resultados no se dieron en la cárcel de Martutene, también de reducido tamaño, en la que el 100% de los trabajadores consideraban que las agresiones eran muy infrecuentes.

### 3. Recapitulación

El presente estudio se llevó a cabo en Euskadi después de que se hiciera efectivo el traspaso de la competencia en materia penitenciaria en octubre de 2021. La encuesta fue administrada a 168 internos y a 58 trabajadores de los tres centros penitenciarios vascos.

La radiografía de las cárceles vascas revela serias carencias de falta de personal que terminan proyectándose sobre muchas de las dimensiones que condicionan su bienestar y el de los internos. La patente infradotación de puestos, sobre todo en Zaballa, repercute sobre la calidad de vida de los trabajadores, en buena parte mayores de 50 años, que vienen afrontando el tensionamiento adicional de las prisiones vascas derivado de la transferencia. Superada la

---

<sup>79</sup> MAILLICOAT, «Correctional officers», en BOSWORTH (ed.), *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*, Vol. I, SAGE Publications, Thousand Oaks, London, New Delhi, 2005, pp. 190-191.

<sup>80</sup> MAILLICOAT, en BOSWORTH (ed.), *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*, Vol. I, SAGE Publications, Thousand Oaks, London, New Delhi, 2005, pp. 190-191.

amenaza de ETA, que se proyectaba sobre algo tan esencial como la propia supervivencia, sus problemas e inquietudes adquieren ahora visos de mayor normalidad. Sin embargo, no por ello puede banalizarse lo que representa la falta de recursos personales, que trasciende del estrés o de la ansiedad por la sobrecarga de trabajo. Las plantillas mermadas encierran, además y en las circunstancias actuales, un especial potencial de escalada de la conflictividad entre compañeros dentro del personal de vigilancia, por el malestar o sentimiento de injusticia que se puede llegar a generar ante la constatación de que a los trabajadores se les aplican condiciones laborales muy dispares, aunque cumplan con las mismas funciones.

Pero sin duda, una de las conclusiones principales es que las consecuencias de la falta de personal terminan impactando en cascada sobre muchos aspectos relacionados con la calidad de vida de los internos: en primer lugar, y comenzando por los aspectos materiales, se constata el desaprovechamiento de parte de las infraestructuras ya disponibles en Euskadi, por imposibilidad de abrir todos los módulos de Zaballa, lo que corre en paralelo al desbordamiento en la capacidad de absorción de internos en la Comunidad Autónoma. La próxima apertura del nuevo centro penitenciario de Zubieta contribuirá a mejorar esta última circunstancia y, con ello, también lo harán las condiciones residenciales de los internos de Gipuzkoa, ya que estos contarán finalmente con módulos de respeto genuinos y no con una mera zona habilitada. Esta no es una cuestión menor, atendiendo a la importancia que conceden los internos de Euskadi a las características de su alojamiento, precisamente por las consecuencias que vinculan a residir en un módulo de convivencia y participación: al margen de las mejores condiciones de vida y del mayor civismo en las interacciones, los internos perciben que quienes residen en uno de estos módulos cuentan con una posición más ventajosa y preferente de cara a su reinserción, hasta el punto de que la mayoría desearía estar cumpliendo su pena en uno de ellos. Además de los aspectos residenciales, la nueva prisión de Zubieta dispondrá también de infraestructuras que permitan que un mayor número de internos pueda trabajar, lo que merece, sin duda, una valoración positiva, ya que hará que los porcentajes de ocupación se vayan asimilando a los de la prisión de Zaballa.

En segundo lugar, las plantillas mermadas repercuten en una falta de proactividad en la atención que se dispensa a los internos por parte del personal de tratamiento, lo que los presos llegan a percibir como abandono y mala de organización y puede llegar a generar apatía y frustración, por considerar que la estancia en prisión es ante todo un tiempo perdido. De hecho, destaca que mayoritariamente los internos en Euskadi no sienten que en la prisión se les ayude a hacer planes para no delinquir una vez fuera de la cárcel, ni existe tampoco una impresión positiva sobre el respaldo del personal para ayudar a los internos a progresar de grado e ir alcanzando mayores cotas de libertad. Este sentir se constata, además, de forma ligeramente superior entre las personas que han participado en algún plan de tratamiento.

Pese a todo, las valoraciones en el ámbito relacional no parecen acusar de forma decisiva estas carencias. Las relaciones entre los internos y el personal se consideran mayoritaria y recíprocamente buenas, y si bien se constatan datos indicativos de un peor trato del personal respecto a los internos en la prisión de Martutene, con carácter general los resultados retratan positivamente a las cárceles vascas en lo que respecta a su calidad moral más básica.

En definitiva, y aunque las cárceles vascas parecen llegar al aprobado, se impone continuar con un monitoreo que esté atento a su desempeño y que pueda operar como acicate para su mejora continua.

#### 4. Bibliografía

AUTY, Katherine/LIEBLING, Alison, «Exploring the Relationship between Prison Social Climate and Reoffending», *Justice Quarterly*, 37(2), 2020, pp. 358 ss.

BARQUÍN SANZ, Jesús/CANO PAÑOS, Miguel Ángel/CALVO ALBA, María Ángeles, «Resocialización y encuestas de calidad de vida penitenciaria», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 20, 2018, pp. 251 ss.

BROSENS, Dorien/DE DONDER, Liesbeth/DURY, Sarah/VERTÉ, Dominique, «Participation in prison activities: An analysis of the determinants of participation», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 22, 2016, pp. 669 ss.

BROSENS, Dorien, «Participation in prison programmes. Encouraging and discouraging factors», en PONSARES, Paul/CRAWFORD, Adam/DE MAILARD, Jaques/SHAPLAND, Johanna/VERGHAGE, Antoinette (eds.), *Crime, violence, justice and social order. Monitoring contemporary security issues*, Maklu, Antwerp, 2013, pp. 275 ss.

BUENO ARÚS, Francisco, «Novedades en el concepto de Tratamiento Penitenciario», *Revista de Estudios Penitenciarios*, 252, 2006, pp. 9 ss.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Derecho penitenciario*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CLEMENTS, Andrew/KINMAN, Gail, «Job demands, organizational justice, and emotional exhaustion in prison officers», *Criminal Justice Studies*, Vol. 34(4), 2021, pp. 441 ss.

CUTIÑO RAYA, Salvador/POZO CUEVAS, Federico/NAVARRO ARDOY, Luis/NAKAHIRA, Masako, *Estudios sobre calidad de vida en prisión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

CUTIÑO RAYA, Salvador, «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17(11), 2015, pp. 1 ss.

DRAKE, Deborah, «La contribución del personal de prisiones al mantenimiento del orden», *InDret*, 3/2016, 2016, pp. 1 ss.

GAES, Gerald/CAMP, Scott, «Unintended consequences: Experimental evidence for the criminogenic effect of prison security level placement on post-release recidivism», *Journal of Experimental Criminology*, 5(2), 2009, pp. 139 ss.

GALLEGO DÍAZ, Manuel/CABRERA CABRERA, Pedro/RÍOS MARTÍN, Julián/SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, *Andar 1 Km en línea recta: la cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2010.

GARCÍA GUERRERO, Julio, «Apuntes éticos sobre el ejercicio de la medicina en prisión», *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 11(2), 2009, pp. 33 ss.

GOFFMAN, Erwing, *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Aldine Transactions, New Brunswick, London, 1961.

HAMEDL, Philip/MONINA, Giuliana, *Monitoring prison violence: A handbook for national preventive mechanisms*, *Ludwig Boltzmann Institute*, Viena, 2021, disponible en el enlace: <https://gmr.lbg.ac.at/books/monitoring-prison-violence-vol-1-monitoring-prison-conditions-in-the-eu/> (Fecha consulta: 24/08/2024).

GÜERRI FERRÁNDEZ, Cristina, «Más seguridad en las prisiones catalanas. Pero ¿qué seguridad?», *InDret*, 3/2024, pp. 1 ss.

GÜERRI FERRÁNDEZ, Cristina /LARRAURI PIJOAN, Elena, «¿De qué se quejan las personas presas. Estudio del sistema de peticiones y quejas ante la administración penitenciaria en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24(6), 2022, pp. 1 ss.

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

GÜERRI FERRÁNDEZ, 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», *Revista de Sociología*, 104(3), 2019, pp. 1 ss.

JACOBS, James, *Statesville. The penitentiary in Mass Society*, University of Chicago Press, Chicago, 1977.

JOHNSON, Lee Michael, «A place for art in prison: Art as a tool for rehabilitation and management», *Southwest Journal of Criminal Justice*, 5(2), 2008, pp. 100 ss.

KIM, Ryang Hui/CLARK, David, «The effect of prison-based college education programs on recidivism: Propensity Score Matching approach», *Journal of Criminal Justice*, 41(3), 2013, pp. 196 ss.

LAHM, Karen, «Educational participation and inmate misconduct», *Journal of Offender Rehabilitation*, 48(1), 2009, pp. 37 ss.

LAMBERT, Eric/WORLEY, Robert/WORLEY, Vidisha/HOGAN, Nancy, «The effects of different types of social support on depressive symptomatology of prison officers», *Criminal Justice Studies. A Criminal Journal of Crime, Law and Society*, Vol. 36(6), 2022, pp. 1 ss.

LAMBERT, Eric/ALTHEIMER, Irshad/HOGAN, Nancy, «Exploring the Relationship Between Social Support and Job Burnout Among Correctional Staff», *Criminal Justice and Behavior*, 37(11), 2010, pp. 1217 ss.

LARRAURI PIJOAN, Elena, «Realidad y normatividad. ¿Qué aporta la Criminología al estudio de la prisión?» en FUENTES OSORIO, Juan Luis/MIRÓ LLINARES, Fernando (dir), GÓMEZ BELLVÍS, Ana Belén (coord.), *El Derecho penal ante lo "empírico". Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 243 ss.

LIEBLING, Alison, «High security prisons in England and Wales. Principles and practice», en JEWKES, Yvonne/CREWE, Ben/BENNETT, Jamie, (eds.), *Handbook on prisons*, 2ª edición, Routledge, London, New York, 2016, pp. 224 ss.

LIEBLING, Alison/CREWE, Ben, «Prison life, penal power and prison effects», en MAGUIRE, Mike/MORGAN, Rod/REINER, Robert (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 5ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 895 ss.

LIEBLING, Alison/DURIE, Linda/STILES, Annick/TAIT, Sarah, «Revisiting prison suicide: the role of fairness and distress», en Liebling, Alison/Maruna, Shadd (eds.), *The effects of imprisonment*, Routledge, London, New York, 2011, pp. 209 ss.

LIEBLING, Alison/HULLEY, Susie/CREWE, Ben, «Conceptualising and measuring the quality of prison life», en GADD, David/KARSTEDT, Susanne/MESSNER, Steven (eds.), *The SAGE handbook of criminological research methods*, SAGE Publishing, London, 2011, pp. 358 ss.

LIEBLING, Alison/PRICE, David/SHEFER, Guy, *The prison officer*, 2ª edición, Rutledge, London, New York, 2011.

LIEBLING, Alison/ARNOLD, Helen, *Prisons and their moral performance. A study of values, quality, and prison life*, Clarendon Press, Oxford, 2004.

LIEBLING, Alison, *Suicides in prison*, Routledge, London, New York, 1992.

MAILLICOAT, Stacy, «Correctional officers», en BOSWORTH, Mary (ed.), *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*, Vol. I, SAGE Publications, Thousand Oaks, London, New Delhi, 2005, pp.190 ss.

MARTÍ BARRACHINA, Marta, «El estudio de la calidad de vida en prisión. Una revisión bibliográfica de la investigación en España y principales planteamientos internacionales», *Indret*, 3/2017, pp. 1 ss.

MARTÍNEZ PERZA, Carmen/QUESADA ARROYO, Pedro/DE MIGUEL CALVO, Estíbaliz/DZVONKOVSK, Natalia/NIETO RODRÍGUEZ, Lucía, *Situación de las personas con adicciones en las prisiones españolas. Una visión con perspectiva de género*, Unión de Asociaciones y Entidades de Atención al Drogodependiente (UNAD), Madrid, 2021.

MEEK, Rosie/LEWIS, Gwen, «The Impact of a Sports Initiative for Young Men in Prison: Staff and Participant Perspectives», *Journal of Sport & Social Issues*, 38(2), 2013, pp. 95 ss.

MURDOCH, Jim/JIRICKA, Vaclav, *Combating ill-treatment in prison: a handbook for prison staff with focus on the prevention of ill-treatment in prison*, Council of Europe, Strasbourg, 2016.

NELSON, Meredith/SPECIAN, Victoria/TRACY, Nancy/DEMELLO, Jesse, «The Effects of Moderate Physical Activity on Offenders in a Rehabilitative Program», *Journal of Correctional Education*, 57(4), 2006, pp. 276 ss.

POZO CUEVAS, Federico/NAVARRO ARDOY, Luis/NAKAHIRA, Masako/CUTIÑO RAYA, Salvador, «El desempeño relacional de la prisión. La valoración de los presos del trato y las relaciones con funcionarios de vigilancia y personal de tratamiento», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, 2020, pp. 1 ss.

POZO CUEVAS, Federico/NAVARRO ARDOY, Luis/NAKAHIRA, Masako/CUTIÑO RAYA, Salvador, «Cara a cara con la cárcel. La visión de los presos sobre sus condiciones de custodia y resocialización en un centro penitenciario», *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, Vol. 16, 2018, pp. 1 ss.

PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

RÍOS MARTÍN, Juan Carlos/CABRERA CABRERA, Pedro José, *Mil Voces Presas*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.

RODRÍGUEZ MENÉS, Jorge/LARRAURI PIJOAN, Elena/GÜERRI FERRÁNDEZ, Cristina, «Percepción de la calidad de vida en prisión. La importancia de una buena organización y de un trato digno», *Revista Internacional de Sociología*, vol. 76(2), 2018, pp. 1 ss.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina/PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *Las mujeres en prisión: la voz que nadie escucha. Explorando nuevas vías de cumplimiento de las penas impuestas a mujeres a través de la cultura*, La Cultivada, Madrid, 2022.

RUTHERFORD, Andrew, *Prisons and the process of justice. The reductionist challenge*, Heinemann, London, 1984.

RYAN, Cathal/BERGIN, Michael, «Procedural justice and legitimacy in prisons: a review of extant empirical literature», *Criminal Justice and Behavior*, 49(2), 2021, pp. 143 ss.

RYAN, Cathal/BRENNAN, Fionnuala/MCNEILL, Sarah/O'KEEFFE, Raphael, «Prison officer training and education: a scoping review of the published literature», *Journal of Criminal Justice Education*, Vol. 33(1), 2021, pp. 110 ss.

SERRAT MORÉ, Dolores, «Médico de prisiones: reflexión ética y jurídica del ejercicio profesional», *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 3, 2001, pp. 1 ss.

SMALL, Laura/HACKETT, Paul, *Offender rehabilitation programmes. The role of the prison officer*, Routledge, London, New York, 2023.

TYLER, Tom, «Why people cooperate with organizations: An identity-based perspective», *Research in Organizational Behaviour*, 21, 1999, pp. 201 ss.

TOCH, Hans, *Living in Prison. The Ecology of Survival*, American Psychological Association Books, Washington revised, 1977.

VALDERRAMA BARES, Pedro, «Los módulos de respeto en las cárceles, una revisión desde la Educación Social», *Revista de Educación Social*, 22, 2016, pp. 29 ss.

VALVERDE MOLINA, Jesús, *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, Editorial Popular, Madrid, 1991.

VAN ZYL SMIT, Dirk/SNACKEN, Sonja, *Principios de Derecho y política penitenciaria europea. Penología y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

WOLFF, Nancy/BLITZ, Cynthia/SHI, Jing, «Rates of sexual victimization in prison for inmates with and without mental disorders», *Psychiatric Services*, 58(8) 2007, pp. 1087 ss.

ZAMBLE, Edward/PORPORINO, Frank, *Coping, Behavior and Adaptation in Prison Inmates*, Springer, New York, 1989.



Leandro Gastón  
Universidad de Lausanne

## Sumario

-

*El uso de certificados de antecedentes penales fuera del sistema penal ha experimentado un crecimiento global significativo con potenciales consecuencias negativas para aquellos individuos con historial delictivo. Este artículo pretende elaborar un mapa comprensivo de las normativas que inciden sobre las personas con antecedentes penales en Argentina. Para ello, se abordarán dos objetivos. El primero es analizar la evolución histórica y normativa del registro de antecedentes penales. A su vez, se estudiará el surgimiento en los últimos años de los registros de agresores sexuales en las provincias del país. El segundo objetivo del trabajo resulta analizar las distintas normativas que impiden el acceso a distintos trabajos y profesiones a las personas con antecedentes penales y aquellas normas que promueven la inclusión laboral de quienes han pasado por la prisión. Se ha observado que el mapa normativo actual en Argentina representa un conjunto significativo de obstáculos para el acceso al empleo de quienes han pasado por el sistema penal.*

## Abstract

-

*The use of criminal record certificates outside the criminal justice system has experienced significant global growth, with potential negative consequences for individuals with a criminal history. This article aims to create a comprehensive map of the regulations that affect individuals with criminal records in Argentina. To this end, two objectives will be addressed. The first is to analyze the historical and regulatory evolution of criminal record registries. Additionally, the emergence of sex offender registries in recent years in provinces of the country will be studied. The second objective of the paper is to analyze the different regulations that prevent access to certain jobs and professions for people with criminal records, as well as the laws that promote the employment inclusion of those who have been in prison. It has been observed that the current regulatory framework in Argentina represents a significant set of obstacles to accessing employment for those who have gone through the criminal justice system.*

**Title:** Criminal records and restrictions on access to work in Argentina

-

**Palabras clave:** antecedentes penales, Argentina, discriminación post-sentencia, reinserción.

**Keywords:** criminal records, Argentina, post-sentence discrimination, reentry

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i4.10

-

4.2024

Recepción  
22/11/2023

-

Aceptación  
22/10/2024

-

## Índice

-

### **1. Introducción**

### **2. Evolución histórica del acceso a los certificados de antecedentes penales fuera del sistema penal**

2.1. Primera etapa (1886-1933)

2.2. Segunda etapa (1933-1976)

2.3. Tercera etapa (1979-2017)

2.3. Cuarta etapa (2017-Actualidad)

### **3. Información contenida en el certificado de antecedentes penales**

### **4. Normativas que impiden el acceso a determinado trabajo**

### **5. Registro de condenados por delitos sexuales**

### **6. Normativas que pretenden promover el acceso al trabajo de personas con antecedentes penales**

### **7. Reflexiones finales**

### **8. Bibliografía**

### **9. Anexo**

-

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

## 1. Introducción\*

El uso de certificados de antecedentes penales fuera del sistema penal ha crecido a nivel global<sup>1</sup> y, con ello, la posibilidad de ampliar consecuencias negativas en la vida de las personas que han sido condenadas. La habitualidad con la que se solicita el certificado de antecedentes penales en Argentina<sup>2</sup> y la facilidad con la que se consigue, invita a pensar que esto siempre fue así. Sin embargo, en las últimas décadas ha habido cambios que significaron una modificación relevante en la visibilización y uso de los antecedentes penales fuera del sistema judicial. El modo en que se regulan los registros de antecedentes penales en cuanto a su accesibilidad a terceros, información que brindan y tiempo que almacenan las condenas, tiene trascendencia en la medida que puede afectar de distintas maneras la vida de quienes tienen antecedentes penales. Por lo tanto, es importante analizar cómo estas regulaciones influyen en la inclusión o exclusión de personas con antecedentes penales dentro del mercado laboral.

El presente trabajo pretende elaborar, a través de un exhaustivo análisis histórico y normativo, un mapa comprensivo de las normativas que inciden sobre las personas con antecedentes penales. Para ello, se abordarán dos objetivos. El primer objetivo es analizar la evolución histórica y normativa del registro de antecedentes penales en Argentina. Complementariamente, se estudiará el surgimiento en los últimos años de los registros de agresores sexuales en las distintas provincias del país. El segundo objetivo del trabajo es analizar las distintas normativas que impiden el acceso a diversos trabajos y profesiones a las personas con antecedentes penales<sup>3</sup> y aquellas normas que promueven la inclusión laboral de quienes han pasado por la prisión.

Para abordar el primer objetivo, se analizará la evolución histórica del acceso a los certificados de antecedentes penales fuera del sistema judicial, prestando especial atención a las normas que han creado y regulado los registros de condenados, así como al contexto histórico que ha influido en su desarrollo. Con el propósito de desarrollar el segundo objetivo, se ha realizado un estudio de las normativas que regulan las actividades laborales a través de una búsqueda sistemática basada en trabajos previos que han elaborado listados de los empleos que exigen antecedentes penales en otros contextos geográficos<sup>4</sup>. A su vez, se presentarán las leyes provinciales destinadas a la promoción del empleo de personas con antecedentes penales.

Con esto, el trabajo pretende contribuir a visibilizar diversas áreas de controversia con relación a las distintas regulaciones sobre los registros de condenados y las normas laborales que obstaculizan el acceso a determinados trabajos en Argentina. A pesar de que estos debates han sido tratados en contextos<sup>5</sup>, actualmente no existe un estudio que aborde esta problemática en este país. A lo largo del artículo se podrá observar que la regulación normativa vigente en

---

\* Leandro Gaston (leandro.gaston@unil.ch). Quisiera agradecer especialmente el apoyo brindado por Marcelo Aebi a lo largo del proceso de investigación. Asimismo, agradezco a los revisores, cuyos comentarios y sugerencias han contribuido significativamente a mejorar este artículo.

<sup>1</sup> ROVIRA, «The global rise of criminal background checks», *International Criminology*, 3, 2023, pp. 1-11.

<sup>2</sup> GASTON, «Antecedentes penales en el mercado laboral argentino», *InDret*, 2019, pp. 1-24.

<sup>3</sup> LARRAURI, «¿En qué empleos se exigen los antecedentes penales?». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15(3), 2013; LARRAURI, ROVIRA, «Publicidad, certificados y cancelación de los antecedentes penales», *InDret*, 2020.

<sup>4</sup> LARRAURI, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15(3), 2013; ROVIRA, *Antecedentes penales y mercado laboral*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2016.

<sup>5</sup> LARRAURI, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15(3), 2013; ROVIRA, *Antecedentes penales y mercado laboral*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2016.

Argentina, en cuanto a la visibilización de los antecedentes penales y las restricciones laborales que estos implican, puede representar un obstáculo significativo para el acceso al trabajo de las personas que han pasado por el sistema penal. Esta problemática se agrava con la proliferación de normas laborales que limitan el acceso a determinados empleos y la creación de nuevos registros de condenados por delitos sexuales. Aunque existen algunas iniciativas normativas destinadas a mejorar las condiciones laborales de las personas que salen de prisión, su impacto ha sido limitado y no han logrado revertir completamente las barreras estructurales que estas personas enfrentan.

## 2. Evolución histórica del acceso a los certificados de antecedentes penales fuera del sistema penal

Este acápite presenta en cuatro etapas la evolución histórica del acceso a los certificados de antecedentes penales fuera del sistema penal. El análisis de estas etapas refleja diferentes momentos históricos en los que se han definido las normativas y las prácticas vinculadas al acceso a los antecedentes penales. La primera etapa (1886-1933) se caracteriza por la introducción inicial del concepto de reincidencia en el Código Penal, en un contexto de creciente preocupación por la delincuencia habitual y la creación de métodos de identificación. La segunda etapa (1933-1976) marca la formalización del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelarias a través de la Ley 11.752, bajo la cual los certificados eran reservados y solo accesibles en el ámbito judicial. La tercera etapa (1979-2017) se diferencia por la sanción de la Ley 22.117, que permitió la apertura del acceso a los antecedentes penales para organismos y particulares, ampliando considerablemente el uso de esta información fuera del sistema judicial. Finalmente, la cuarta etapa (2017-en adelante) está definida por la implementación de tecnologías que han facilitado la masificación y el acceso rápido a los antecedentes penales, marcando un cambio trascendente en las prácticas de solicitud y emisión.

### 2.1. Primera etapa (1886-1933)

El Código Penal sancionado en 1886 en Argentina establecía que las penas serían agravadas de «haber sido el culpable castigado anteriormente por delito a que la ley señale con igual o menor pena» o si fuera «reincidente de delitos de la misma especie» (artículo 84, inciso 20). Esta regulación surgió como consecuencia de la preocupación social por la «delincuencia habitual»<sup>6</sup> que era descrita como un «gravísimo estado patológico de la sociedad» que requería un método efectivo para registrarla con el fin de lograr la «extirpación de un cáncer social»<sup>7</sup>. Esta preocupación por el delincuente persistente se encuentra desde los primeros cuerpos normativos conocidos, como las Leyes de Manú<sup>8</sup> o el Digesto Romano<sup>9</sup> que agravaban las penas a quienes reincidían en el delito.

A fines del siglo XIX, Argentina había estado cambiando drásticamente, principalmente desde 1880. De la posición marginal que había ocupado a mediados del siglo, se había convertido en una de las economías de más rápido crecimiento, incorporándose a los mercados internacionales

---

<sup>6</sup> GARCÍA FERRARI, «Un saber «sudamericano». La dactiloscopia en el Congreso Científico Latinoamericano, 1901-1909», *Historia Crítica*, 60, 2016, pp. 81-101.

<sup>7</sup> QUESADA, *Comprobación de la reincidencia: proyecto de ley presentado al Señor ministro de justicia e instrucción pública Doctor Don Osvaldo Magnasco*. Casa editora de Coni hermanos, 1901.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ DE ZAMORA, «La reincidencia», *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, 5-216, 1970.

<sup>9</sup> QUESADA, Casa editora de Coni hermanos, 1901.

como nación agroexportadora. Durante este período, Argentina también tuvo la tasa de inmigración más alta del mundo en términos relativos, y la ciudad de Buenos Aires se convirtió en una metrópolis cosmopolita, sólo superada en América por Nueva York. En 1869, 210.300 personas eran de origen extranjero, cifra que en 1895 alcanza 1.004.300 y que aumenta aún más si miramos el censo de 1914: 2.358.000<sup>10</sup>, un tercio de la población total<sup>11</sup>.

La creciente urbanización de la Ciudad de Buenos Aires dio lugar a un aumento de la tasa de delincuencia, que había comenzado a registrarse oficialmente. Las estadísticas policiales de la época muestran la fuerte presencia de los extranjeros entre los arrestados por haber cometido delitos en Buenos Aires a lo largo del período, alcanzando casi el 70% de la totalidad en algunos años de este período<sup>12</sup>. Este elemento va a ser un componente muy importante en la construcción de un vínculo causal entre la inmigración y la criminalidad<sup>13</sup>. A esto se suma una serie de atentados contra autoridades de las fuerzas de seguridad y presidentes nacionales durante las primeras décadas del siglo XX que tuvieron como protagonistas a anarquistas inmigrantes, entre los que se destacan el ejecutado en 1905 por el catalán Salvador Planas y Virellas, que atacó al presidente Manuel Quintana, el protagonizado en 1909 por Simón Radowsky contra el Jefe de la Policía de Buenos Aires Ramón Falcón y el efectuado por Kurt Wilckens contra el Teniente Coronel Héctor Varela<sup>14</sup>.

La existencia de una norma que agravaba las penas si se era reincidente, sumado a la preocupación social por la delincuencia habitual, volvió relevante la búsqueda de métodos de registración de personas que permitan comprobar la reincidencia<sup>15</sup>. En esa tarea, entre 1891 y 1896, el profesor Juan Vucetich, que prestaba servicios en el Departamento de Policía de la ciudad de La Plata, diseñó un método de identificación de personas mediante la clasificación dentro de una tabla de valores de las huellas digitales. De este modo, obtuvo un sistema sencillo que permitía una clasificación basada en los diez dedos, que se registraban en orden desde el pulgar derecho hasta el meñique izquierdo. Este método se conocería como sistema dactiloscópico argentino o sistema Vucetich, aportando el tan buscado método de identificación, siendo reconocido en el Congreso Internacional de Ciencias de Río de Janeiro en 1905<sup>16</sup> y en 1906 por la Academia de Ciencias de Francia, que lo recomendaron como método para la identificación personal<sup>17</sup>.

Aun con la creación de un método de registro de personas condenadas, la sistematización nacional tardó varios años en producirse. En 1901 Ernesto Quesada presentó un proyecto de ley para la creación de un «Archivo Criminal de Reincidencia», pero no logró sancionarse<sup>18</sup>. Sin

<sup>10</sup> GERMANI, *Estructura social de la Argentina. Análisis estadístico*. Buenos Aires: Ediciones Solar, 1955.

<sup>11</sup> MODOLO, «Análisis histórico-demográfico de la inmigración en la Argentina del Centenario al Bicentenario», *Papeles de población*, 22(89), 2016, pp. 201-222.

<sup>12</sup> SOZZO, «Los exóticos del crimen: inmigración, delito y criminología positivista en la Argentina (1887-1914)», *Delito y sociedad*, 20(32), 2011, pp. 19-51.

<sup>13</sup> BLACKWELDER, «Urbanization, crime and policing. Buenos Aires. 1880-1914» en JOHNSON, Lyman (ed.): *The problem of order in a changing societies*, University of New Mexico Press, Albuquerque, 1990, pp. 65-87.

<sup>14</sup> BACCHIEGA, Julia, (2016), «¿Terrorismo o actos de venganza?: atentados anarquistas en Argentina en las primeras décadas del siglo XX», *Revista Relaciones Internacionales*, 51, 2016.

<sup>15</sup> GARCÍA FERRARI, *Historia Crítica*, 60, 2016, pp. 81-101.

<sup>16</sup> CARNEVALE, *Antecedentes penales y reinserción laboral en Argentina*, Universidad del Sur. Tesis de Maestría, 2015

<sup>17</sup> CASTRO LUJAN, «El registro judicial de delincuentes de Costa Rica en su verdadera función», *Revista de Ciencias Sociales*, 1, 1956, pp. 179-198.

<sup>18</sup> QUESADA, Casa editora de Coni hermanos, 1901.

embargo, existían registros policiales, locales y regionales y su uso comenzaba a difundirse. Anecdóticamente se conoce que en 1897 un juez ordenó en su sentencia que fueran destruidos los archivos del condenado una vez que cumpliera la pena; en 1900 otra resolución judicial concedió la gracia al condenado de no incluir la sentencia en el archivo judicial. Otro juez, Octavio González Roura, formó la comisión redactora del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires de 1906, que fue el primer ordenamiento con preceptos referidos a la aplicación del sistema de identificación a través de las huellas dactilares inventado por Juan Vucetich, algo que luego se extendería a otras legislaciones<sup>19</sup>.

## 2.2. Segunda etapa (1933-1976)

Finalmente, la creación del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelarias en el ámbito del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública quedó establecida por la ley 11.752 del año 1933, la cual complementaba el Código Penal.

Esta norma estipulaba que todos los tribunales a quienes correspondía la ejecución de una sentencia penal remitirían al Registro un testimonio de su parte dispositiva acompañado de la ficha de impresiones digitales del condenado, la fecha de comisión del delito, los nombres completos y apodos de los condenados, su nacionalidad, fecha de nacimiento, su profesión u oficio y condenas anteriores.

La ley 11.752, en su artículo 8, disponía que el registro sería reservado y solo podía suministrarse a solicitud de un juez. A su vez, en su artículo 9 se establecía que se suministraría información a las policías de las provincias que así lo requieran.

Con esto, puede decirse, que mientras estuvo vigente esta norma, los certificados de antecedentes penales estaban reservados para los procesos judiciales. Así, personas ajenas a estos procesos no podían conocer el paso criminal de una persona. De esta manera, fuera del sistema judicial no existía forma legal de conocer información estigmatizante relacionada con los antecedentes penales de las personas hasta la sanción de la norma que modificó esta ley en 1979.

## 2.3. Tercera etapa (1979-2017)

En diciembre de 1979, durante el gobierno militar conservador encabezado por Rafael Videla, se sanciona la Ley 22.117 que regula el funcionamiento del Registro Nacional de Reincidencia, la cual se encuentra vigente a la actualidad. Al igual que la ley 11.752, se consagra el carácter reservado de la información contenida en el registro. Sin embargo, la ley 22.117 admite el acceso de distintos organismos al certificado de antecedentes penales, por lo que, a pesar de tal carácter, permite que los antecedentes penales sean visibles.

El artículo 8 de la ley 22.117 establece a quienes se podrán suministrar informes:

*«a) A los jueces y tribunales de todo el país; b) Cuando las leyes nacionales o provinciales lo determinen; c) A la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía Federal Argentina y policías provinciales, para atender necesidades de investigación; d) A las autoridades extranjeras en virtud de lo establecido en el artículo 10; e) Cuando lo dispusiere el Ministerio de Justicia de la Nación a solicitud fundada de otras autoridades nacionales, provinciales o municipales; f) A los particulares que, demostrando la existencia de un interés legítimo, soliciten se certifique que ellos no registran condenas o*

<sup>19</sup> ANITUA, *Castigo, cárceles y controles*, Didot, 2011.

*procesos pendientes. El certificado se extenderá con los recaudos y tendrá validez por el tiempo que fije el decreto reglamentario; g) A los señores legisladores de la Nación –Senadores y Diputados– exclusivamente, cuando resulten necesarios a los fines de la función legislativa y/o administrativa, los cuales deberán ser fundados como requisito de procedencia del mismo».*

El inciso f) del artículo mencionado regula que los antecedentes penales se entregarán a particulares que demuestren un interés legítimo. Sin embargo, en la práctica no se exige expresar ningún interés<sup>20</sup>. Así, al solicitar el certificado de antecedentes penales no es necesario hacer saber a la autoridad con qué fin se solicitan ni a quien serán entregados. Esto, ya que el trámite que se hace ante el Registro Nacional de Reincidencia en ninguna etapa solicita el cumplimiento del requisito de expresar el interés legítimo que motiva la solicitud.

De esta manera, el carácter reservado del registro pierde entidad al permitir el acceso de los particulares a sus propios registros de antecedentes penales, lo que ha sido descripto como un «caballo de Troya», ya que éstos siempre pueden ser presionados a solicitar un certificado de antecedentes penales para presentarlo ante diversas situaciones<sup>21</sup> y, como veremos más adelante, existen numerosas normas que establecen la obligatoriedad de presentarlo previo a ser contratados en un puesto laboral.

Además, se amplió la lista de organismos que pueden solicitar antecedentes penales. Esto es relevante, ya que mientras antes de esta ley solo los jueces y policías podían acceder, esta norma permitió que puedan acceder Gendarmería, Prefectura Naval, autoridades extranjeras, otras autoridades nacionales, provinciales y municipales y legisladores. Si bien deben justificar el pedido, esto amplía significativamente la cantidad de personas que pueden tener acceso a los antecedentes penales de los demás.

Desde el retorno de la democracia en 1983 el referido texto normativo fue modificado en cinco oportunidades a saber: en 1985, a través de la Ley 23.262 se eliminó a los comandos en jefe de las fuerzas armadas de la nómina de organismos autorizados para solicitar informes. En 1986, a través de la de la Ley 23.312 se incorporó a la Prefectura Naval y a la Gendarmería Nacional, entre los organismos que podrán solicitar información del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. En 1993, a través de la Ley 24.263, se incorporó a los legisladores de la Nación entre quienes pueden solicitar, fundando la necesidad, los antecedentes penales de las personas. En 1994, a través de la Ley 24.316 se incorporó la resolución de extinción de la acción penal por el pago de la multa, resoluciones de concesión, revocación y sobreseimiento por suspensión de juicio a prueba y resolución de revocación de la condicionalidad de la condena como información a registrarse. En el año 2000 a través de la Ley 25.266 se modificó el nombre por el actual de Registro Nacional de Reincidencia y se modificaron cuestiones operativas de funcionamiento del registro.

Como puede verse, la ley sufrió dos tipos de modificaciones relevantes. La primera, relativa a qué autoridades tienen acceso, eliminándose y, principalmente, incorporándose distintos organismos. Esto demuestra el interés que genera dentro de los organismos públicos la

---

<sup>20</sup> El trámite se realiza en la página web <https://www.argentina.gob.ar/justicia/reincidencia/antecedentespenales> donde puede observarse que no se requiere especificar motivo alguno para solicitar el certificado. Previo a realizar este trabajo, el autor del artículo ha requerido en distintas oportunidades el certificado de antecedentes sin indicar el motivo de solicitud.

<sup>21</sup> DAMASKA, «Adverse legal consequences of conviction and their removal: A comparative study», *The Journal of Criminal Law, Criminology & Police Science*, 59(3), 1968, pp-347.

posibilidad de obtener acceso privilegiado a esta información. Las sucesivas reformas en este punto, delinearon la situación actual que fuera descrita en el artículo 8 de la ley 22.117. El segundo tipo de modificaciones supuso la incorporación de distintas resoluciones que no implican condena penal al Registro Nacional de Reincidencia, lo que generó que, quienes se encuentran sometidos a proceso penal, aun sin obtener una condena en su contra, poseen «manchas» en su certificado.

Hasta 1984 no había mención normativa al momento en que los antecedentes penales dejaban de informarse. En dicho año, se estableció solamente como forma de cancelación de los antecedentes el paso del tiempo a través de la sanción de la ley 23.057, con la intención de evitar el «etiquetamiento» perpetuo de quienes pasan por la prisión<sup>22</sup>.

La ley 23.057 dispuso que la redacción del artículo 51 del Código Penal quedara de la siguiente manera: «El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos: 1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (artículo 27) para las condenas condicionales; 2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad; 3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación. Desde una perspectiva comparativa, los plazos de permanencia de las condenas penales en el registro son de los más duraderos de América Latina, y no existe diferenciación en función de la gravedad del delito de condena»<sup>23</sup>.

#### 2.4. Cuarta etapa (2017- Actualidad)

Actualmente, estamos en un momento de expansión de la emisión de certificados de antecedentes penales en virtud del avance de la digitalización de los registros<sup>24</sup>. En este contexto, en octubre de 2017, dentro del Registro Nacional de Reincidencia, se puso en funcionamiento el sistema Trámite a Distancia (TAD) que permite tramitar el Certificado de Antecedentes Penales de forma online, sin concurrir a ninguna dependencia.

Esta modalidad ha permitido bajar los costos de la emisión del certificado de antecedentes penales, agilizar su solicitud y hacerla más accesible. En concreto, desde su hogar, cualquier persona puede en cuestión de horas acceder a su certificado de antecedentes penales por menos del equivalente a un Euro<sup>25</sup>.

Desde ese momento, como se puede observar en el Gráfico I, la expedición de certificados de antecedentes penales en esta modalidad ha crecido sostenida y significativamente. Para el 2022, el certificado de antecedentes tramitado a distancia representa el 68, 88% del total de solicitudes.

---

<sup>22</sup> SUKEVICIUS, «Reflexiones sobre el plazo de vigencia de los antecedentes penales», *Ministerio Público de la Defensa*, 2015, pp- 365-378.

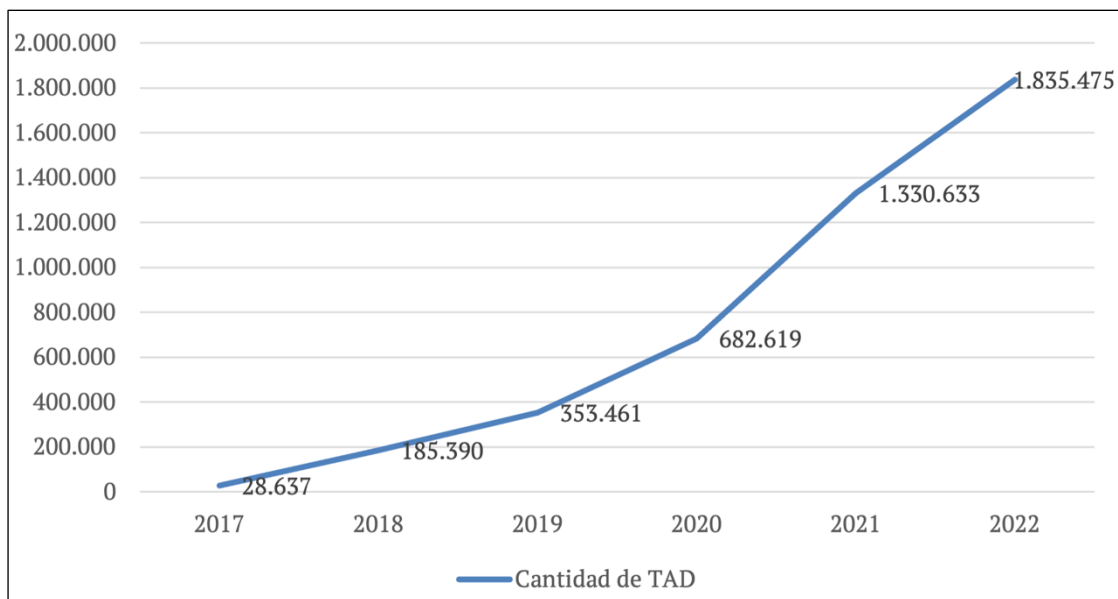
<sup>23</sup> CARNEVALE, «Antecedentes penales y reinserción laboral en América Latina», *InDret*, 3, 2016.

<sup>24</sup> LARRAURI, JACOBS, «Spanish Window on European Law and Policy on Employment Discrimination Based on Criminal Record», *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 11-72, 2012.

<sup>25</sup> El valor del certificado de antecedentes puede observarse en el siguiente enlace: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/reincidencia/antecedentespenales>. En octubre de 2023 el valor del trámite fue de \$300 (pesos argentinos trescientos).



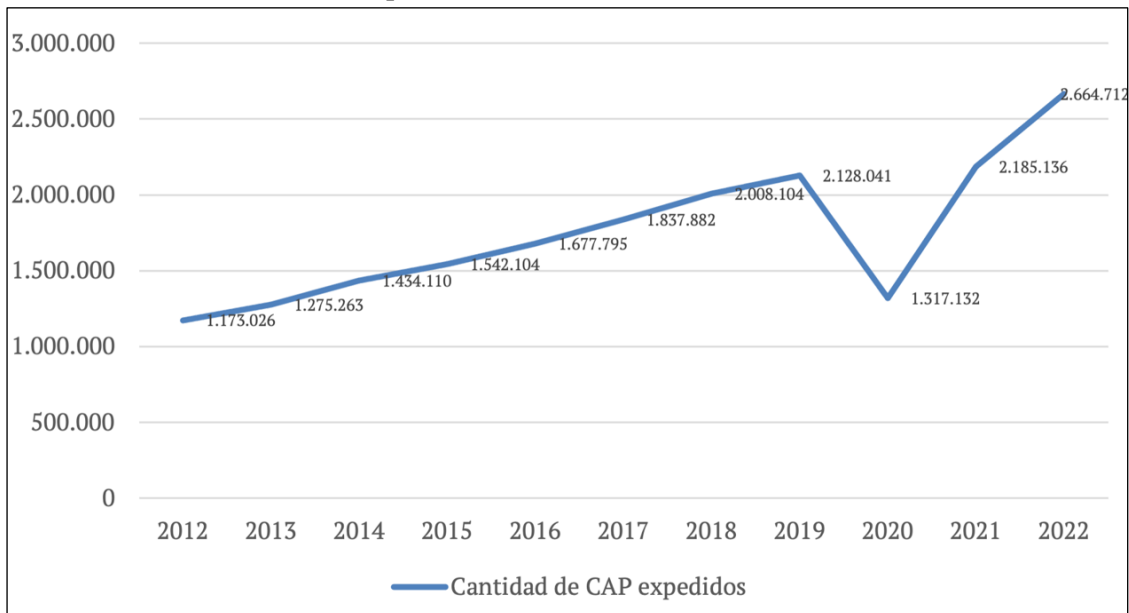
**Gráfico I. Cantidad de trámites a distancia**



Fuente: Registro Nacional de Reincidencia. Elaboración propia.

Las dos últimas etapas del Registro Nacional de Reincidencia han consolidado el aumento sostenido de la expedición de antecedentes penales fuera del sistema judicial, aumentando 2,2 veces entre 2012-2022, como podemos observar en el Gráfico II. La excepción ha sido el año 2020, momento en el que estuvieron vigentes medidas de restricción de circulación generadas por el COVID-19.

**Gráfico II. Cantidad de CAP expedidos**



Fuente: Registro Nacional de Reincidencia. Elaboración propia

La situación actual de aumento de expedición de certificado de antecedentes penales ha sido percibida por las personas que han pasado por la prisión, quienes infieren que esto se debe a un mayor uso de los antecedentes penales en el mercado laboral. En este sentido, han expresado

que, para distintos trabajos, tanto en el sector privado como en la administración pública, es habitual que se solicite la entrega del certificado previo a formalizar una relación laboral<sup>26</sup>.

### 3. Información contenida en el certificado de antecedentes penales

El artículo 2 de la ley 22.117 regula los actos que deberán informarse al Registro Nacional de Reincidencia:

*«a) Autos de procesamiento u otra medida equivalente que establezcan los códigos procesales; b) Autos de prisión preventiva, u otra medida equivalente que establezcan los códigos procesales; c) Autos de rebeldía y paralización de causa; d) Autos de sobreseimientos provisional o definitivo, con indicación de las normas legales que los fundaren; e) Autos que declaren extinguida la acción penal, en los casos del artículo 64 del Código Penal; f) Autos de suspensión del juicio a prueba, de revocación de la suspensión y de extinción de la acción penal, previstos en los artículos 76 bis y ter del Código Penal; g) Autos de revocación de la condicionalidad de la condena, previstos en el artículo 27 bis del Código Penal; h) Sentencias absolutorias; i) Sentencias condenatorias, indicando la forma de su cumplimiento y acompañando la ficha de antecedentes con fines estadísticos; j) Sentencias que otorguen libertades condicionales o rehabilitaciones; k) Sentencias que concedan o denieguen extradiciones; l) Sentencias que establezcan medidas de seguridad; ll) Sentencias que declaren la nulidad de cualquiera de los actos precedentes, los revoquen o los dejen sin efecto; m) Sentencias que hagan lugar a impugnaciones contra informes del Registro en los términos del artículo 10».*

Podemos dividir en dos tipos la información que recibe el registro de parte de los tribunales penales de argentina.

Por un lado, el inciso i) implica una sentencia condenatoria firme. Esto significa que ha existido por parte de un tribunal o juzgado penal una declaración de certeza sobre la existencia de un delito y sobre la autoría de esa persona. A su vez, esa sentencia se encuentra firme, es decir que no puede ser impugnada, porque ha agotado las instancias recursivas o se ha vencido el plazo para interponer impugnación.

Por otro lado, el Registro informa sobre resoluciones que no implican una condena (incisos a, b, c, d, e, f, h, j, k, l, ll). Estas resoluciones refieren a distintos actos de un proceso penal que no emiten certeza sobre la culpabilidad de la persona en un hecho penal. En este contexto, merece especial atención la inclusión de la suspensión de juicio a prueba, en el inciso f) dentro de las resoluciones que se informan al Registro Nacional de Reincidencia.

Esto, teniendo en cuenta que este tipo de procedimiento se aplica como salida alternativa al juicio oral, no significando que haya certeza de que la persona haya cometido un delito. Si bien, esa circunstancia es aclarada en el certificado, puede implicar consecuencias negativas para quien tenga que presentarlo al no estar «limpio».

En el propio debate parlamentario, al discutirse sobre la conveniencia de la implementación de la suspensión de juicio a prueba, se menciona la idea de que al concederse este beneficio se evite que el sujeto cargue toda su vida con el sello de los antecedentes penales. Así, se sostuvo que *«...podemos decir que la finalidad de la institución de la suspensión del proceso o de la suspensión de la persecución penal a prueba es otra: se trata de otorgar al imputado de un delito leve, porque no excede su máximo de condena factible el tiempo para el que se admite la condena condicional, la posibilidad de acceder a otras condiciones en vez de sufrir la condena, que quedará como un sello en*

<sup>26</sup> GASTON, InDret, 2019, pp. 1-24.

*los antecedentes durante su vida. Se evita la condena pero, en realidad, casi no cambia la situación respecto de la libertad»<sup>27</sup>.*

Si bien se desconoce la reacción que puede tener un tercero al conocer la información sobre un proceso a prueba en una persona, puede resultar estigmatizante contra quien no se ha tenido por probado que ha cometido de un delito. En este sentido, es probable que, si quien tiene que interpretar el certificado de antecedentes no cuenta con conocimientos jurídicos, la valoración sobre un certificado de antecedentes penales con una suspensión del juicio a prueba inscripta sea desfavorable para el portador de ese certificado.

#### **4. Normativas que impiden el ejercicio de determinado trabajo**

Continuando el análisis normativo vigente en Argentina respecto a los antecedentes penales, en este acápite se analizará la dispersa normativa que regula distintas actividades laborales y que requiere la presentación de antecedentes penales. Previo a ello, es importante señalar que la Constitución Nacional argentina ha dispuesto que todos sus habitantes son admisibles en los empleos sin otra condición que su idoneidad (artículo 16). A su vez, distintos tratados internacionales con jerarquía constitucional establecen el principio de no discriminación, que implica que todos poseen los mismos derechos sin distinción alguna (artículo 2 Declaración Universal de los Derechos Humanos). Por otro lado, con la misma jerarquía normativa se establece que la prisión tiene como finalidad la reinserción social (artículo 10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo que ha sido también establecido por la normativa interna (artículo 1 Ley de Ejecución Penal).

Esta normativa haría suponer que la circunstancia de tener antecedentes penales no debería representar un obstáculo para encontrar trabajo luego del cumplimiento de la condena. Sin embargo, en Argentina, distintos trabajos y profesiones requieren la presentación del certificado antecedentes penales. Este tipo de normas prioriza el interés de los empresarios, empleadores y profesionales en excluir a los trabajadores que hayan pasado por la prisión<sup>28</sup>. En este sentido, la investigación internacional ha encontrado distintos porcentajes de reincidencia en función del tipo de delito, edad y eficacia de la policía<sup>29</sup> y es probable que por ello exista una motivación para legislar la posibilidad de dar preferencia a candidatos sin antecedentes penales para ocupar una vacante laboral. Estas restricciones se han justificado con la intención de disminuir riesgos y, además, asegurar la honorabilidad de las profesiones. A su vez, se ha argumentado que si es válido exigir este certificado para ciertos tipos de profesiones, también lo es para otras<sup>30</sup>.

En Argentina, en las últimas décadas, principalmente desde la sanción de la ley 22.717 que permitió el acceso a los particulares a sus propios antecedentes penales, han proliferado las normas que exigen certificado de antecedentes penales previo a contratar, como puede observarse en la Tabla II del Anexo de este artículo. Dentro de este grupo de normas hay leyes nacionales, provinciales, reglamentos dictados por organismos públicos y por colegios profesionales. Como se verá, los trabajos y profesiones que exigen certificado de antecedentes

<sup>27</sup> DE LA RÚA, pág. 385 Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 2° reunión, 1° sesión ordinaria, 4/5/94.

<sup>28</sup> LARRAURI, JACOBS, «Reinserción laboral y antecedentes penales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13(9), pp. 1-25.

<sup>29</sup> BLUMSTEIN, NAMAKURA, «Redemption in the presence of widespread criminal background checks», *Criminology*, 47(2), 2009, pp. 327-359.

<sup>30</sup> JACOBS, *The Eternal Criminal Record*, Harvard University Press, 2015.

penales son muy disímiles y los requisitos también son muy diferentes en cada profesión. Esta complejidad es un problema para lograr el derecho a la reinserción social que tienen las personas condenadas según las normas mencionadas al principio de este acápite<sup>51</sup>.

Se han encontrado cuatro categorías de normas con mención a los antecedentes penales.

a) Prohibición de ingreso al trabajo o profesión si se cuenta con antecedentes penales por cualquier tipo doloso

Dentro de esta categoría se encuentran profesiones como arquitectos, defensores públicos, fiscales y escribanos. En estos casos la norma que regula el ingreso a la profesión realiza una diferenciación entre los delitos dolosos y culposos, prohibiendo el ingreso de quienes cuenten con antecedentes penales dolosos.

b) Prohibición de ingreso al trabajo o profesión si se cuenta con algún tipo de antecedentes penales

Esta categoría incluye profesiones o empleos como agentes de seguro, bomberos, consejeros de cooperativas, entre otros. Los tipos de delitos que excluyen son distintos para cada una de las profesiones y son muy variadas. Algunas profesiones enumeran una lista de tipos de delitos que resultan excluyentes, como, por ejemplo delito contra la administración pública, crímenes de guerra, delitos contra la propiedad. En ocasiones, la lista es tan amplia que abarca una gran parte del catálogo de delitos previstos en el Código Penal argentino.

c) Existe obligación de presentar certificado de antecedentes penales pero no se explicita la consecuencia de tener condena previa

Este tipo de regulación tienen por ejemplo administradores de loterías y casas de apuesta y veterinarios. La norma no brinda detalles de cuál es la consecuencia para los casos en que se presente un certificado con algún tipo de antecedentes penal. En estos casos, será cada empleador quien tome la decisión de la consecuencia que acarrea tener un certificado de antecedentes penales con alguna «mancha».

d) Prohibición de ingreso al trabajo o profesión si el individuo o sus familiares cuentan con algún proceso penal en trámite

Dentro de esta categoría se encuentran, por ejemplo, el ingreso a la administración pública, jueces y la Policía. En esta categoría, algunas profesiones impiden el acceso en caso de que se haya iniciado un proceso penal en su contra. Otras, exigen que se haya avanzado hasta alguna etapa, por ejemplo, que exista resolución de procesamiento. No obstante, este tipo de resolución no implica un grado de certeza de la existencia del hecho sino que esta etapa se caracteriza por su provisoriedad. Sumado a esta circunstancia, para ingresar a la policía se debe acreditar que el grupo familiar tampoco cuenta con antecedentes penales, lo que genera que una persona que paso por prisión se afecta a sí mismo y a sus familiares. Esto resulta contrario al principio de intrascendencia de la pena a terceros consagrado en la normativa vigente en Argentina (artículo 5.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

---

<sup>51</sup> CID MOLINÉ, «Derecho a la reinserción social: consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos», *Jueces para la Democracia*, 32, 1998, pp. 36-49.

Al analizar la categorización propuesta, se puede observar que las normativas divergen no solo en los tipos antecedentes penales considerados, sino también en los criterios de exclusión aplicados a distintas profesiones y empleos. Las categorías a) y b) imponen prohibiciones explícitas, pero con alcances diferenciados: en la primera, la restricción se limita a los delitos dolosos, mientras que en la segunda se extiende a cualquier tipo de delito, generando un umbral de exclusión más amplio. Por su parte, la categoría c) ofrece una mayor discrecionalidad en su aplicación. Aunque se exige la presentación del certificado de antecedentes penales, la norma no establece una consecuencia clara ante la presencia de antecedentes, dejando la decisión a criterio del empleador. Finalmente, la categoría d) adopta un enfoque más estricto. En esta, el hecho de tener un proceso penal en trámite es suficiente para excluir a la persona del acceso a ciertos trabajos, como la administración pública o la policía. Además, en algunos casos, la prohibición se extiende a familiares directos, lo que constituye una aplicación extremadamente rigurosa de las restricciones laborales, afectando no solo al condenado, sino también a su entorno.

Sumado a esto, la normativa argentina no prohíbe expresamente a los empleadores la posibilidad de solicitar a un candidato la presentación del certificado de antecedentes penales durante los procesos de selección de personal. Como consecuencia, los empleadores pueden requerir dicho certificado incluso para puestos donde no es exigido por ley. Además, el Registro Nacional de Reincidencia no demanda que se especifique un motivo para su emisión. Sobre esto, estudios cualitativos desarrollados en Argentina han encontrado que las personas con antecedentes penales perciben que los empleadores lo solicitan tanto en los casos en que la normativa lo exige como en aquellos en que no está previsto<sup>32</sup>.

Considerando los distintos matices expuestos, tanto las normativas que obligan al uso del certificado de antecedentes penales en los procesos de selección de personal, como la falta de regulación que prohíba su solicitud, configuran un escenario de exclusión laboral. Esto resulta especialmente problemático dado que el empleo ha sido identificado como un factor clave en el desistimiento del delito<sup>33</sup>. En consecuencia, la reinserción social, finalidad asignada a la pena en la Constitución Nacional, difícilmente podrá alcanzarse si no se reconoce y aborda adecuadamente el impacto de los antecedentes penales en este proceso<sup>34</sup>.

## 5. Registro de condenados por delitos sexuales

A partir de 2004 en Argentina -siendo el primer país en la región- comenzaron a sancionarse leyes provinciales que crearon registros para delitos sexuales y permitieron que las personas tuvieran la posibilidad de acceder a su propio certificado de antecedentes penales por delitos sexuales y presentarlo en caso de ser requerido<sup>35</sup>. También, algunas provincias abrieron la posibilidad a que autoridades municipales, vecinales, escolares accedan a estos registros. A su

---

<sup>32</sup> GASTON, *InDret*, 2019, pp. 1-24; GASTON, CARNEVALE, «Criminal records and employment restrictions in Argentina: Between post-sentence discrimination and resistance strategies», *Criminology & Criminal Justice*, 23(4), 2023, pp. 608-628.

<sup>33</sup> UGGEN, «Work as a turning point in the life course of criminals: A duration model of age, employment, and recidivism», *American sociological review*, 65(4), 2000, pp. 529-546; UGGEN, STAFF, «Work as a turning point for criminal offenders», *Corrections management quarterly*, 5(4), 2001, pp. 1-16; MARUNA, *Making good: How Ex-convict Reform and Rebuild Their Lives*. Washington, DC: American Psychological Association, 2001.

<sup>34</sup> CORDA, «The collateral consequence conundrum: Comparative genealogy, current trends, and future scenarios», *After Imprisonment*, 77, 2018, pp. 69-97.

<sup>35</sup> GASTON, CARNEVALE, *Criminology & Criminal Justice*, 23(4), 2023, pp. 608-628.

vez, en algunos casos, en las mismas leyes de creación de estos registros, se introdujo la imposibilidad de desempeñar determinadas tareas laborales a quienes han sido condenados por delitos sexuales.

**Tabla I. Leyes provinciales de creación de registros de condenados por delitos sexuales**

<b>Año</b>	<b>Provincia</b>	<b>Breve descripción de la norma</b>	<b>Norma</b>
2004	Mendoza	El registro es reservado y solo pueden ser suministradas mediante orden judicial a jueces y tribunales, agencias de seguridad y en casos que leyes de la provincia lo dispongan.	<i>Ley 7222</i>
2006	Tucumán	Tiene acceso público a los interesados. El juez puede informar a autoridades municipales, escolares y demás autoridades cuando lo soliciten justificadamente.	<i>Ley 7810</i>
2006	Neuquén	Tienen acceso las personas en general, quienes pueden solicitar información de terceros acreditando interés y los titulares de los datos.	<i>Ley 2520</i>
2006	Corrientes	Las autoridades municipales, escolares, vecinales y organizaciones sociales pueden acceder a la información si lo solicitan justificadamente.	<i>Ley 5749</i>
2009	Córdoba	El registro es reservado y solo pueden ser suministradas mediante orden judicial. Se permite que los particulares accedan a un certificado donde conste que no están inscriptos. La persona que se pretenda incorporar o vincular o explotar servicios públicos y/o semipúblicos en los que estuviesen involucrados menores de edad, sea como empleado, propietario, permisionario y/o concesionario deberá presentar un certificado expedido por el Registro.	<i>Ley 9680</i>
2009	Buenos Aires	Los datos de este registro no son públicos, pero permiten el acceso a este a los titulares de los datos, a sus representantes legales, funcionarios judiciales y policiales en el marco de una investigación e interesados que demuestren un interés legítimo.	<i>Ley 13869</i>
2009	Chaco	El registro es reservado y solo brinda información a autoridades.	<i>Ley 6334</i>
2009	San Luis	El Registro podrá informar sobre las personas registradas y sus datos cuando le sea requerido por los Jueces, Organismos Gubernamentales, Municipales u Organismos No Gubernamentales, debiendo en todos los casos justificar debidamente la solicitud. Las personas físicas que requieran información deberán acreditar un interés legítimo, haciendo constar sus motivos y su identidad. Sólo se informará si la persona requerida está o no incluida en el Registro. El titular de los datos o sus apoderados no deben justificar su pedido ni acreditar un interés legítimo.	<i>Ley VI 681</i>
2009	La Pampa	El Registro implica la prohibición para desempeñarse en servicios públicos o privados que estén en contacto con niños y adolescentes. Se informará a personas que soliciten información que acrediten interés legítimo.	<i>Ley 2547.</i>
2010	Chubut	Solo se permite el acceso a las autoridades judiciales.	<i>Ley XV N11</i>
2010	Misiones	Puede ser consultado por institución que realice actividades con menores, personas con discapacidad y adultos mayores previo a contratar.	<i>Ley XIV N. 10.</i>
2011	Entre Ríos	Informa a las autoridades municipales, escolares, vecinales y organizaciones que demuestren interés legítimo. Está prevista la creación de un sitio de internet con fotografía de los que están registrados, al cual podrán acceder los que demuestren interés legítimo.	<i>Ley 10015</i>
2012	CABA	Solo se permite el acceso a las autoridades judiciales.	<i>Ley 4114</i>

2019	Santa Cruz	Implica la inhabilitación para desempeñar tareas en establecimientos educativos, deportivos, recreativos, culturales y sociales. Su acceso es limitado al sistema judicial.	Ley 3659
------	------------	---	----------

Los registros de condenados por delitos contra la integridad sexual incluyen a los que son castigados por los delitos de abuso sexual simple, agravado y con acceso carnal. A su vez, se encuentran en estos registros, los condenados por la corrupción de menores, explotación económica de la prostitución, delitos relativos a la pornografía infantil e exhibiciones obscenas.

Si bien la regulación de estos registros presenta variaciones como puede observarse en la Tabla I, en algunos casos ha permitido la incorporación de distintos actores sociales, tales como instituciones educativas y deportivas, posicionándolos como agentes activos en los procesos de exclusión de este grupo específico de delincuentes a ciertos trabajos o espacios donde interactúan con niños, personas mayores o personas con discapacidad<sup>36</sup>.

De esta manera, para los infractores sexuales, se consolida un régimen de exclusión más intenso que para el resto de condenados. Esta tendencia parece obedecer a una lógica orientada específicamente a la neutralización de un determinado tipo de delincuente<sup>37</sup>, sin que se hayan implementado castigos de naturaleza equivalente para quienes cometen otro tipo de delitos.

## **6. Normativas que pretenden promover el acceso al trabajo de personas con antecedentes penales**

Los efectos adversos del paso por la prisión han sido percibidos por distintos actores políticos y se han generado algunas leyes aisladas en distintas provincias con la intención de contrarrestarlos. Sin embargo, hay ausencia de normativa y programas con alcance nacional que aborden la problemática.

En la provincia de Chubut, la ley 3.228 sancionada en 1998 estableció que cuando el estado provincial o sociedades del estado contraten empleados para la realización de obra pública, deberán asignar un 5% a personas con antecedentes penales. En la Provincia de Buenos Aires, en el año 2011, a través de la ley 14.301 se obligó al Estado provincial y empresas del Estado a que el 2% de sus empleados sean personas que hayan cumplido más de cinco años de privación de la libertad. Esta norma también establece una exención impositiva para quienes contraten personas con antecedentes penales.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el año 2021 se sancionó la ley de Búsqueda Laboral Equitativa que tiene por objeto promover la igualdad de oportunidades en la identificación del talento, reclutamiento y el acceso laboral en condiciones de equidad y no discriminación. Así, prohíbe que las ofertas de empleo contengan restricciones por varios motivos, entre ellos antecedentes penales de quienes hayan cumplido la totalidad de su condena y cualquier otro dato que no fuera imprescindible para el trabajo que se ofrece.

Asimismo, la provincia de Catamarca creó mediante el decreto 373/2022 el Programa de Inclusión para personas adultas privadas de la libertad el cual prevé incentivos económicos para

<sup>36</sup> GASTON/CARNEVALE, *Criminology & Criminal Justice*, 23(4), 2023, pp. 608-628.

<sup>37</sup> LOGAN, *Knowledge as power: Criminal Registration and community notification laws in America*, Stanford University Press, 2009.

que las empresas contraten personas con antecedentes penales y prohíbe solicitar antecedentes penales en el ámbito de la administración pública, salvo a funcionarios públicos, quienes trabajen con menores, en el sistema de salud y transporte de pasajeros.

Como puede verse, las reformas legislativas que han pretendido mejorar la situación en el mercado laboral de quienes tienen antecedentes penales han sido aisladas y no llegan a cubrir la totalidad territorial del país. A su vez, los resultados de estas reformas no han sido analizados y se desconoce la magnitud del efecto que han generado. En este sentido, por ejemplo, en Estados Unidos<sup>38</sup> políticas basadas en la prohibición de la utilización de información sobre antecedentes penales en el mercado laboral ha sido contraproducente y ha generado consecuencias negativas no deseadas en algunos casos de su aplicación.

En este contexto de falta de reformas legislativas que busquen paliar las consecuencias negativas de los antecedentes penales en el mercado laboral, las cooperativas compuestas por personas que han pasado por la prisión han surgido desde 2010 como una nueva forma de ofrecer una respuesta para paliar los efectos de la discriminación post-sentencia que sufren los titulares de antecedentes penales. En 2023 se han encontrado 55 unidades productivas que funcionan como cooperativas que emplean a aproximadamente 1500 personas que han estado en prisión. Este tipo de cooperativas han emergido como forma de superar los obstáculos normativos, el trato desfavorable por parte de los empleadores y la falta de políticas públicas de reinserción social<sup>39</sup>.

## 7. Reflexiones finales

Desde que comenzó la preocupación en Argentina por registrar a las personas que cometen delitos hasta la actualidad han pasado más de 130 años. El certificado de antecedentes penales, inicialmente pensado para su uso dentro del sistema penal y como consecuencia de la preocupación generalizada por la «delincuencia habitual», hoy se ha convertido en un instrumento de uso masivo fuera de los tribunales judiciales. Como muestra de eso, en 2022 se emitieron 2.664.712 certificados de antecedentes penales para ser utilizados fuera del sistema judicial, más del doble que diez años atrás. Las normas que limitan el acceso al trabajo a quienes han sido condenados fueron sancionadas principalmente a lo largo de los últimos setenta años, sin que puedan asociarse con una época o tipo de gobierno determinado. De esta manera, se vislumbra que el rechazo por la contratación de personas con antecedentes penales trasciende las ideologías de los gobiernos. La sociedad argentina parece utilizar la exclusión de estas personas como una forma de protegerse frente a posibles delitos futuros, especialmente por la percepción de que quienes han estado en prisión tienen mayores probabilidades de reincidir<sup>40</sup>.

Sumado a esto, en los últimos años en Argentina se han diseminado los registros para agresores sexuales. A partir de 2004, participando de esta tendencia global y siendo pionero en la región<sup>41</sup>, 14 provincias (sobre 24 del total, incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) crearon sus propios registros de agresores sexuales, con diferentes características. Mientras algunos solo permiten su uso dentro del sistema judicial, otros permiten su acceso a autoridades públicas, organismos, a la sociedad en general y a los propios interesados. A su vez, algunas leyes de

---

<sup>38</sup> VUOLO, LAGESON, UGGEN, «Criminal record questions in the era of ban the box», *Criminology Public Policy*, 16(1), 2017, pp. 139-165; KIRK, WAKEFIELD, «Collateral consequences of punishment: A critical review and path forward», *Annual Review of Criminology*, 1, 2018, pp. 171-194.

<sup>39</sup> GASTON, CARNEVALE, *Criminology & Criminal Justice*, 23(4), 2023, pp. 608-628.

<sup>40</sup> BLUMSTEIN, NAMAKURA, *Criminology*, 47(2), 2009, pp. 327-359.

<sup>41</sup> GASTON/CARNEVALE, *Criminology & Criminal Justice*, 23(4), 2023, pp. 608-628.



creación de estos registros, incluyeron la prohibición específica a ocupar determinados puestos laborales a quienes estén allí inscriptos, principalmente en trabajos con niños o ancianos. Hay que tener en cuenta que los agresores sexuales también aparecen en el registro de condenados tradicional. Es decir, tienen las limitaciones dispuestas para la delincuencia en general y las restricciones de mayor intensidad propias del delito cometido.

Se ha encontrado que el marco normativo argentino sobre el uso de los certificados de antecedentes penales en el mundo laboral presenta diversas áreas de controversia. En primer lugar, el uso masivo de la petición de certificados con antecedentes penales lleva a que las personas con antecedentes penales vean reducido significativamente el abanico de posibilidades laborales a las que pueden acceder. Esta circunstancia, puede aumentar la probabilidad de que vuelquen sus búsquedas laborales hacia actividades laborales no reguladas o informales, donde generalmente los salarios son más bajos, las condiciones laborales son peores y la estabilidad es menor. De esta manera, las restricciones de acceso al trabajo en personas con antecedentes penales pueden reforzar un círculo vicioso entre desempleo y delincuencia del que puede ser difícil salir<sup>42</sup>.

En segundo lugar, la normativa en el ordenamiento nacional que restringe la posibilidad de que las personas con antecedentes accedan a diversos trabajos es dispersa y heterogénea. En este sentido, se han identificado cuatro tipos de normas: las que prohíben el acceso a las personas que hayan sido condenadas por cualquier delito doloso, las que se lo impiden a personas que hayan sido condenadas por algún delito específico, las que exigen que previo a contratar se solicite certificado de antecedentes sin especificar consecuencias y, finalmente, las que impiden el acceso laboral si el individuo o sus familiares cuentan con algún proceso penal en trámite.

Este último tipo de norma presenta un fenómeno problemático: el uso de los antecedentes penales para restringir el acceso al empleo a familiares de personas condenadas. Esta práctica, ya ha sido documentada en China a través del *Qianke*, el registro de antecedentes penales en ese país. En el contexto chino, las acciones de una persona están intrínsecamente ligadas a la reputación de la familia, lo que resulta en prohibiciones de amplio alcance que afectan el acceso a la educación, el empleo y los servicios públicos, tanto para los condenados como para sus familiares. Este sistema ha sido criticado por su naturaleza intrusiva y las graves implicaciones que conlleva, al imponer consecuencias colectivas a partir de la conducta individual<sup>43</sup>.

En tercer lugar, la normativa Argentina no impone limitaciones a los empleadores para solicitar antecedentes penales, incluso en puestos donde no son exigidos por la ley. Con esto, los empleadores pueden exigir a los candidatos a un puesto laboral la presentación de los antecedentes penales y decidir qué consecuencia asignarle a la visualización de una condena dentro del proceso de selección de personal. Además, el sistema de registro facilita a los particulares la obtención de certificados sin necesidad de justificar el motivo de la solicitud, con amplias facilidades de acceso y bajo costo. Estos certificados incluyen una gran cantidad de información judicial, incluso sobre resoluciones que no implican una condena.

De esta forma el mapa normativo sobre la utilización de los antecedentes penales en el mercado laboral confronta con los principios de igualdad y la finalidad resocializadora de la pena, ambos

---

<sup>42</sup> ROVIRA, *Antecedentes penales y mercado laboral*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2016.

<sup>43</sup> LI, «The Qianke system in China: Disorganisation, discrimination and dispersion», *Criminology & Criminal Justice*, 23(4), 2023, pp. 568-587.

consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional. El principio de igualdad, garantizado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, se ve afectado, ya que las personas que han pasado por el sistema penitenciario quedan en una situación de clara desventaja frente al resto de los ciudadanos. La posibilidad de reinserirse en el mercado laboral, un derecho fundamental para asegurar su reintegración social se ve obstaculizada por la persistencia de barreras que derivan de la exigencia de antecedentes penales. Asimismo, la finalidad resocializadora de la pena, establecida en el artículo 18 de la Constitución Nacional y la Ley de Ejecución Penal, se ve desvirtuada, dado que el acceso al empleo, identificado como uno de los factores más relevantes para evitar la reincidencia, es sistemáticamente limitado. En la actualidad, las restricciones que enfrentan las personas con antecedentes penales constituyen un castigo adicional que se suma a la pena de prisión impuesta y, en muchos casos, su aplicación queda en manos de particulares.

En este contexto, aisladamente se ha impulsado la sanción de algunas normas con el objetivo de promover la contratación de personas con antecedentes penales, a través de beneficios fiscales o prohibiendo que se soliciten antecedentes penales. Sin embargo, esta clase de normativas, que han sido ineficaces en otros países<sup>44</sup>, quedan aisladas y resultan insuficientes para contrarrestar los efectos generados por las leyes que representan obstáculos. Ante la ausencia de reformas integrales, las cooperativas de trabajo formadas por personas con antecedentes penales han surgido como una respuesta para mitigar los efectos de la discriminación laboral<sup>45</sup>. Este tipo de organizaciones también han sido identificadas en Italia, Suecia<sup>46</sup> y Estados Unidos<sup>47</sup>, donde se las ha asociado, aunque sin evidencia concluyente, a una reducción en las tasas de reincidencia y se consideran una posible solución a los problemas de empleo que enfrentan las personas con antecedentes. Estas experiencias parecen indicar que las cooperativas pueden ofrecer una vía de integración social y económica, contribuyendo a la reducción de los obstáculos generados por el paso por la prisión.

Es necesario que la investigación futura sobre la normativa vigente relativa a los antecedentes penales en Argentina se centre en el impacto que esta genera en la realidad. Para ello, sería importante que se realicen trabajos que analicen empíricamente el impacto que ocasiona la aplicación de estas normas. También sería valioso que las investigaciones futuras también capten que efectos tienen los antecedentes penales en las profesiones y puestos laborales que no tienen establecido por una norma la obligatoriedad de presentar el certificado de antecedentes penales durante el proceso de selección.

## 8. Bibliografía

ANITUA, Gabriel, *Castigo, cárceles y controles*, Didot, 2011.

BACCHIEGA, Julia, «¿Terrorismo o actos de venganza?: atentados anarquistas en Argentina en las primeras décadas del siglo XX», *Revista Relaciones Internacionales*, 51, 2016.

<sup>44</sup> VUOLO, LAGESON, UGGEN, *Criminology Public Policy*, 16(1), 2017, pp. 139–165; KIRK, WAKEFIELD, *Annual Review of Criminology*, 1, 2018, pp. 171-194.

<sup>45</sup> GASTON, CARNEVALE, *Criminology & Criminal Justice*, 23(4), 2023, pp. 608-628.

<sup>46</sup> WEAVER, «Coproducting desistance from crime: the role of social cooperative structures employment», *The Howard League for Penal Reform, Ecan Bulletin*, 8(1), 2016, pp. 12-24.

<sup>47</sup> JOHNSON et al., «Worker-Owned Cooperatives for formerly incarcerated people: avenues for racial and economic justice», [https://breakthecyclecooperativehub.org/wp-content/uploads/2023/05/Cooperatives\\_FormerlyIncarceratedPeople\\_Report-1.pdf](https://breakthecyclecooperativehub.org/wp-content/uploads/2023/05/Cooperatives_FormerlyIncarceratedPeople_Report-1.pdf), 2022.

BLACKWELDER, Julia, Johnson, Lyman, «Changing criminal patterns in Buenos Aires, 1890 to 1914», *Journal of Latin American Studies*, 14(2), 1982, pp. 359-379.

BLUMSTEIN, Alfred, NAMAKURA, Kiminori, «Redemption in the presence of widespread criminal background checks», *Criminology*, 47(2), 2009, pp. 327-359.

CARNEVALE, Carlos, *Antecedentes penales y reinserción laboral en Argentina*, Universidad del Sur. Tesis de Maestría, 2015.

CARNEVALE, Carlos, «Antecedentes penales y reinserción laboral en América Latina», *InDret*, 3, 2016.

CID MOLINÉ, José, «Derecho a la reinserción social: consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos», *Jueces para la Democracia*, 32, 1998, pp. 36-49.

CORDA, Alessandro, «The collateral consequence conundrum: Comparative genealogy, current trends, and future scenarios», *After Imprisonment*, 77, 2018, pp. 69-97.

CORDA, Alessandro, ROVIRA, Martí, HENLEY, Andrew, «Collateral consequences of criminal records from the other side of the pond: How exceptional is American penal exceptionalism? », *Criminology & Criminal Justice*, 23(4), 2023, pp. 528-548.

CASTRO LUJAN, Víctor Manuel, «El registro judicial de delincuentes de Costa Rica en su verdadera función», *Revista de Ciencias Sociales*, 1, 1956, pp. 179-198.

DAMASKA, Mirjan, «Adverse legal consequences of conviction and their removal: A comparative study», *The Journal of Criminal Law, Criminology & Police Science*, 59(3), 1968, pp. 347.

MARTÍNEZ DE ZAMORA, Antonio, «La reincidencia», *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, 5-216, 1970.

GARCÍA FERRARI, Mercedes, «Un saber «sudamericano». La dactiloscopia en el Congreso Científico Latinoamericano, 1901-1909», *Historia Crítica*, 60, 2016, pp. 81-101.

GASTON, Leandro, «Antecedentes penales en el mercado laboral argentino», *InDret*, 2019, pp. 1-24.

GASTON, Leandro, CARNEVALE, Carlos, «Criminal records and employment restrictions in Argentina: Between post-sentence discrimination and resistance strategies», *Criminology & Criminal Justice*, 23(4), 2023, pp. 608-628.

GERMANI, Gino, *Estructura social de la Argentina. Análisis estadístico*. Buenos Aires: Ediciones Solar, 1955.

JACOBS, James, *The Eternal Criminal Record*, Harvard University Press, 2015.

JOHNSON, Kendall et al, «Worker-Owned Cooperatives for formerly incarcerated people: avenues for racial and economic justice», [https://breakthecyclecooperativehub.org/wp-content/uploads/2023/05/Cooperatives\\_FormerlyIncarceratedPeople\\_Report-1.pdf](https://breakthecyclecooperativehub.org/wp-content/uploads/2023/05/Cooperatives_FormerlyIncarceratedPeople_Report-1.pdf), 2022.

KIRK, David, WAKEFIELD, Sara, «Collateral consequences of punishment: A critical review and path forward», *Annual Review of Criminology*, 1, 2018, pp. 171-194.

KURTOVIC, Elina, ROVIRA, Martí, «Contrast between Spain and the Netherlands in the hidden obstacles to re-entry into the labour market due to a criminal record», *European Journal of Criminology*, 14(5), 2017, pp. 505-521

LARRAURI, Elena, «¿En qué empleos se exigen los antecedentes penales?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15(3), 2013.

LARRAURI, Elena «Legal protections against criminal background checks in Europe», *Punishment and Society*, 16(1), 2014, pp. 50-73.

LARRAURI, Elena, JACOBS, JAMES, «Reinserción laboral y antecedentes penales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13(9), 2011, pp. 1-25

LARRAURI, Elena, JACOBS, James, «Spanish Window on European Law and Policy on Employment Discrimination Based on Criminal Record», *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 11-72, 2012.

LARRAURI, Elena, ROVIRA, Martí, «Publicidad, certificados y cancelación de los antecedentes penales», InDret, 2020.

LI, Enshen «The Qianke system in China: Disorganisation, discrimination and dispersion», *Criminology & Criminal Justice*, 23(4), 2023, pp. 568-587.

LOGAN, Wayne, *Knowledge as power: Criminal Registration and community notification laws in America*, Standford University Press, 2009.

MARUNA, Shadd, *Making good: How Ex-convict Reform and Rebuild Their Lives*. Washington, DC: American Psychological Association, 2001.

MILLER, Reuben Jonathan, *Halfway Home: Race, Punishment, and the Afterlife of Mass Incarceration*, Little, Brown and Company 2021.

MODOLO, Vanina Edit, «Análisis histórico-demográfico de la inmigración en la Argentina del Centenario al Bicentenario», *Papeles de población*, 22(89), 2016, pp. 201-222.

QUESADA, Ernesto, *Comprobación de la reincidencia: proyecto de ley presentado al Señor ministro de justicia e instrucción pública Doctor Don Osvaldo Magnasco*. Casa editora de Coni hermanos, 1901.

ROVIRA, Martí, *Antecedentes penales y mercado laboral*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2016.

ROVIRA, Martí, «The global rise of criminal background checks», *International Criminology*, 3, 2023, pp. 1-11.

SOZZO, Máximo, «Los exóticos del crimen: inmigración, delito y criminología positivista en la Argentina (1887-1914)», *Delito y sociedad*, 20(32), 2011, pp. 19-51.

SUKEVICIUS, Ariel, «Reflexiones sobre el plazo de vigencia de los antecedentes penales», *Ministerio Público de la Defensa*, 2015, pp- 365-378.

UGGEN, Christopher, «Work as a turning point in the life course of criminals: A duration model of age, employment, and recidivism», *American sociological review*, 65(4), 2000, pp. 529-546.

UGGEN, Christopher, STAFF, Jeremy, «Work as a turning point for criminal offenders», *Corrections management quarterly*, 5(4), 2001, pp. 1-16.

VUOLO, Mike, LAGESON, Sarah, UGGEN, Christopher, «Criminal record questions in the era of ban the box», *Criminology Public Policy*, 16(1), 2017, pp. 139-165.

WEAVER, Elizabeth, «Coproducing desistance from crime: the role of social cooperative structures employment», *The Howard League for Penal Reform, Ecan Bulletin*, 8(1), 2016, pp. 12-24.

## 9. Anexo

**Tabla II. Normativa que exige antecedentes penales para realizar actividades laborales**

Ocupación	Regulación Legal
Abogados	<p>Ley 5177/1987 que reglamenta la profesión de abogados en la provincia de Buenos Aires</p> <p>Art. 6 inc. 5 Acreditar buena conducta y concepto público. La buena conducta se acreditará mediante certificado expedido por el Registro Nacional de Reincidencias y Estadística Criminal o el organismo que en el futuro cumpla sus funciones. El concepto público y el domicilio se acreditará en la forma que se determine en la reglamentación.</p> <p>Disponible en: <a href="https://normas.gba.gob.ar/documentos/B7MvahR0.html">https://normas.gba.gob.ar/documentos/B7MvahR0.html</a></p>
Administradores de Lotería y Casas de Apuestas	<p>Reglamento de los permisionarios oficiales de la Provincia de Buenos Aires del año 2018</p> <p>Art.6: Por cada permiso oficial se formalizará un expediente, el que deberá contar con la siguiente documentación, la cual será presentada por los aspirantes a ser titulares y/o seleccionados para ser titulares del mismo:</p> <p>e) Certificado de Antecedentes Personales, expedido por la Policía Bonaerense o por el Registro de Reincidencia y Estadística Criminal de la Nación.</p> <p>Disponible en: <a href="https://www.loteria.gba.gov.ar/images/docs/ReglamentodePermisionarios201810_nuevo.pdf">https://www.loteria.gba.gov.ar/images/docs/ReglamentodePermisionarios201810_nuevo.pdf</a></p>
Administración pública	<p>Ley 10430/1986 para el personal de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires</p> <p>Art. 3. Ingreso. No podrán ingresar a la Administración:</p> <p>b) El que tenga proceso penal pendiente o haya sido condenado en causa criminal por hecho doloso de naturaleza infame, salvo rehabilitación, y el que haya sido condenado en causa criminal por genocidio o crímenes de lesa humanidad o favorecido por las Leyes de Obediencia Debida o Punto Final.</p> <p>c) El que hubiere sido condenado por delito que requiera para su configuración la condición de agente de la Administración Pública.</p> <p>Disponible en: <a href="https://normas.gba.gob.ar/documentos/VrIKqtOx.html">https://normas.gba.gob.ar/documentos/VrIKqtOx.html</a></p> <p>Ley 7233/1984 para el personal de la Administración Pública de Córdoba</p> <p>Art. 13. No podrán ingresar, ni reingresar, ni permanecer en la Administración Pública Provincial, según corresponda:</p> <p>a) El que hubiere sido condenado por delito en perjuicio o contra la Administración Pública o cometido en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>d) El que tenga condena criminal por hecho doloso referido a la Administración Pública o que no refiriéndose a la misma, cuando por sus circunstancias afecte el decoro de la función o prestigio de la Administración.</p> <p>Disponible en: <a href="https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-7233-123456789-0abc-defg-332-7000ovorpyel/actualizacion">https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-7233-123456789-0abc-defg-332-7000ovorpyel/actualizacion</a></p>
Agentes de seguro	<p>Ley 20091/1973 de Entidades de Seguros y su Control</p> <p>Art. 9º.- No podrán ser promotores, fundadores, directores, consejeros, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, liquidadores, gerentes, administradores o representantes de aseguradores sujetos a esta ley, además de los comprendidos en las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que según el caso establece la ley 19.550, los condenados por delitos cometidos con ánimo de lucro o por delitos contra la propiedad o la fe pública o por delitos comunes excluidos los delitos culposos con penas privativas de libertad o inhabilitación, mientras no haya transcurrido otro tiempo igual al doble de la condena, y los que se encuentren sometidos a prisión preventiva por esos mismos delitos, hasta su</p>

	<p>sobreseimiento definitivo; los fallidos o concursados ni los deudores morosos de la entidad; los inhabilitados para el uso de cuentas corrientes bancarias y el libramiento de cheques, hasta un (1) año después de su rehabilitación; los que hayan sido sancionados como directores, administradores o gerentes de una sociedad declarada en quiebra, o declarados responsables de la liquidación de una entidad de seguros conforme el artículo 53 o inhabilitados por aplicación de los artículos 59 a 61.</p> <p>Disponible en: <a href="http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20965/norma.htm">http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20965/norma.htm</a></p>
Arquitectos	<p>Ley 10405/1986 del Ejercicio de la profesión de Arquitecto de la Provincia de Buenos Aires</p> <p>Art. 8. Están inhabilitados para el ejercicio profesional:</p> <p>1. Los condenados criminalmente por la Comisión de Delitos de carácter doloso.</p> <p>Disponible en: <a href="https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-10405-123456789-0abc-defg-504-0100bvorpyel/actualizacion">https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-10405-123456789-0abc-defg-504-0100bvorpyel/actualizacion</a></p>
Autoridades entidades financieras	<p>Reglamento para autoridades de entidades financieras del año 2020</p> <p>Art. 3.1.4 Informaciones a presentar. Las entidades deberán remitir:</p> <p>Por cada una de las autoridades comprendidas.</p> <p>iii) Certificado de antecedentes penales, conforme a lo indicado en el punto 6.2.</p> <p>Disponible en: <a href="https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/texord/t-autenf.pdf">https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/texord/t-autenf.pdf</a></p>
Bomberos	<p>Ley 5688 de 2022 en la que se regula el ingreso al Cuerpo de Bomberos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires</p> <p>Art. 283 No pueden desempeñarse como miembros del Cuerpo de Bomberos las siguientes personas:</p> <p>1. Quienes hubieran sido condenados por delito doloso o por delito contra la Administración Pública Nacional, Provincial, Municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ni quienes hayan sido condenados por crímenes de guerra, contra la paz o contra la humanidad.</p> <p>2. Quienes se encuentren procesados, con auto de citación a juicio o acto procesal equivalente por un delito doloso en perjuicio de la administración pública.</p> <p>Disponible en: <a href="https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/591739">https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/591739</a></p>
Conductores profesionales	<p>Ley nacional de tránsito 24.449 de 1995</p> <p>Art. 20 Los titulares de licencia de conductor de las clases C, D y E, tendrán el carácter de conductores profesionales</p> <p>Para otorgar la licencia clase D, se requerirán al Registro Nacional de Reincidencia y Estadísticas Criminal y Carcelaria, los antecedentes del solicitante, denegándosele la habilitación en los casos que la reglamentación determina».</p> <p>Disponible en: <a href="http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/818/texact.htm">http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/818/texact.htm</a></p> <p>Ley 2148/2006 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires</p> <p>Artículo 3.2.15 del Anexo titulado Código de tránsito y transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires</p> <p>Se puede denegar la licencia de conductor profesional clase D en todas sus subclases cuando el solicitante acredite antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público.</p> <p>Disponible en: <a href="https://boletinoficialpdf.buenosaires.gob.ar/util/imagen.php?idn=95322&amp;idf=2">https://boletinoficialpdf.buenosaires.gob.ar/util/imagen.php?idn=95322&amp;idf=2</a></p>

Consejero de cooperativa	<p>Ley 20337/1973 sobre cooperativas          Art. 64. No pueden ser consejeros:          2°. Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos, delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta diez años después de cumplida la condena.          Disponible en: <a href="http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18462/texact.htm">http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18462/texact.htm</a></p>
Controlador de admisión y permanencia en espectáculos públicos	<p>Ley 26370/2008 sobre Espectáculos Públicos          Art. 7. Para desempeñarse como personal de control de admisión y permanencia se deberán cumplir los siguientes requisitos:          d) Presentar certificado de antecedentes penales y reincidencia carcelaria; Los certificados previstos en los incisos d) y e) del presente artículo deberán presentarse ante el registro único con periodicidad anual.          Art. 8. No podrá desempeñarse como trabajador de la actividad, aquella persona que se halle en alguna de las siguientes situaciones:          a) Haber sido condenado por delitos de lesa humanidad;          c) Haber sido condenado por delitos cometidos en el desempeño de la actividad regulada por esta ley, o condenados con penas privativas de la libertad que superen los tres (3) años, en el país o en el extranjero;          Disponible en: <a href="http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/140950/norma.htm">http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/140950/norma.htm</a></p>
Defensores públicos e integrantes del Ministerio Público de la Defensa	<p>Reglamento de concursos para la selección de magistrados/as del Ministerio Público de la Defensa de la Nación          Art. 17. Tampoco podrán participar quienes a la fecha de la convocatoria:          a) Se encuentren procesados/as con auto de procesamiento firme o tuvieran condena firme por delito doloso, con arreglo a los límites temporales establecidos en el Art. 51 del Código Penal;          Disponible en: <a href="https://www.mpd.gov.ar/pdf/concursos/REGLAMENTO%20DE%20MAGISTRADOS-AS%20-%20texto%20ordenado%20conf.%20Res.%201292-21.pdf">https://www.mpd.gov.ar/pdf/concursos/REGLAMENTO%20DE%20MAGISTRADOS-AS%20-%20texto%20ordenado%20conf.%20Res.%201292-21.pdf</a>          Régimen jurídico del Ministerio Público de la Defensa de la Nación          Art. 46. Incapacidades generales para el nombramiento.          1. No podrán ser nombrados/as funcionarios/as o empleados/as del Ministerio Público de la Defensa quienes:          1. hayan sido condenados/as por delito doloso en los últimos cinco (5) años;          2. hayan sido condenados/as por delito culposo que guarde relación con el ejercicio de su empleo o profesión en los últimos cinco (5) años.          Disponible en: <a href="https://www.mpd.gov.ar/pdf/Res_DGN-modificacion_RJMPD-Anexo_I-TO.pdf">https://www.mpd.gov.ar/pdf/Res_DGN-modificacion_RJMPD-Anexo_I-TO.pdf</a></p>
Escribanos	<p>Ley 12990/1947 del Ejercicio Profesional de Escribanos          Art. 4°. No pueden ejercer funciones notariales:          c) Los encausados por cualquier delito, desde que se hubiera decretado la prisión preventiva y mientras ésta dure, siempre que no fuera motivada por hechos involuntarios o culposos;          d) Los condenados dentro o fuera del país por delitos que den lugar a la acción pública o por contravención a leyes nacionales de carácter penal, con excepción de las sentencias por actos culposos o involuntarios.          Disponible en: <a href="http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/45260/texact.htm">http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/45260/texact.htm</a></p>

Fiscales e integrantes del ministerio público fiscal	<p>Reglamento para la selección de magistradas/os del Ministerio Público Fiscal de la Nación</p> <p>Art. 22. Causales de exclusión. No podrán participar del concurso quienes, a la fecha del llamado: a) tuvieran condena penal por delito doloso, con arreglo a los límites temporales establecidos en el artículo 51 del Código Penal; b) estuvieran procesados por delito doloso, con auto de procesamiento firme, o auto de mérito equiparable.</p> <p>Disponible en: <a href="https://www.mpf.gov.ar/docs/repositorioC/Documentos/Reglamento%20Res.%20PGN-751-2013.pdf">https://www.mpf.gov.ar/docs/repositorioC/Documentos/Reglamento%20Res.%20PGN-751-2013.pdf</a></p> <p>Reglamento para el ingreso democrático e igualitario al Ministerio Público fiscal de la Nación</p> <p>Art. 13. Impedimentos. No podrá postularse para ingresar al Ministerio Público Fiscal quien a la fecha del cierre de inscripción: a) tuviera condena penal por delito doloso, con arreglo a los límites temporales establecidos en el artículo 51 del Código Penal; b) estuviera procesado por delito doloso, con auto de procesamiento firme, o auto de mérito equiparable; c) hubiera sido condenado por delitos contra la administración pública; e) hubiese sido hallado responsable, por sentencia condenatoria firme de participar de cualquier forma en los supuestos contemplados en el artículo 36 de la Constitución Nacional y en el título X del Libro Segundo del Código Penal, aun cuando se lo hubiera beneficiado con indulto o condonación de pena;</p> <p>Disponible en: <a href="https://www.mpf.gov.ar/ingreso-democratico/files/2015/03/PGN-0507-2014-Reglamento.pdf">https://www.mpf.gov.ar/ingreso-democratico/files/2015/03/PGN-0507-2014-Reglamento.pdf</a></p>
Jueces e integrantes del Poder Judicial	<p>Resolución 614/2009 del Consejo de la Magistratura para los aspirantes a jueces nacionales y federales</p> <p>Art 16. La Comisión no dará curso tampoco a las inscripciones que correspondan a postulantes que en ese momento:</p> <p>a - Tuviesen condena penal firme por delito doloso y no hubiesen transcurrido los plazos de caducidad fijados en el artículo 51 del Código Penal.</p> <p>b - Estuvieran sometidos a proceso penal pendiente por delito doloso; en el cual se haya decretado auto de procesamiento o su equivalente en los Códigos Procesales Penales provinciales, que se encuentre firme.</p> <p>Disponible en: <a href="https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-614-2009-161895/texto">https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-614-2009-161895/texto</a></p> <p>Reglamento para la Justicia Nacional de 1952</p> <p>12. — No podrán ser nombrados funcionarios o empleados quienes hubieran sido penados por motivos deshonorosos o estuvieran procesados criminalmente; los concursados o quebrados no rehabilitados y los fraudulentos; los que estuvieran afectados de indignidad; los que hubieran sido separados de su empleo por mal desempeño comprobado de sus tareas; los impedidos físicamente para el desempeño de sus tareas y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad con los funcionarios titulares bajo cuya dependencia inmediata deben prestar servicio.</p> <p>Disponible en: <a href="http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/167638/norma.htm">http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/167638/norma.htm</a></p>
Maestros	<p>Estatuto del Docente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires</p> <p>Art. 6 y su reglamentación</p> <p>c) La conducta y la moralidad inherentes a la función educativa no son compatibles con: 1. Haber sido condenado con sentencia firme por hechos delictivos dolosos.</p>



	<p>2. Haber sido declarado cesante o exonerado de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que hubiere sido rehabilitado.          Disponible en:  <a href="https://buenosaires.gob.ar/sites/default/files/media/document/2022/06/23/51e15ed08eaf4f30a5825c953d5c530ec7f208b1.pdf">https://buenosaires.gob.ar/sites/default/files/media/document/2022/06/23/51e15ed08eaf4f30a5825c953d5c530ec7f208b1.pdf</a></p>
Martilleros	<p>Ley 20266/1973 que regula la actividad de los martilleros          Art. 2° – Están inhabilitados para ser martilleros:          d) Los condenados con accesoria de inhabilitación para ejercer cargos públicos, y los condenados por hurto, robo, extorsión, estafas y otras defraudaciones, usura, cohecho, malversación de caudales públicos y delitos contra la fe pública, hasta después de diez (10) años de cumplida la condena.</p>
Personal penitenciario	<p>Ley 20416/1973 sobre el Servicio Penitenciario Federal          Art. 63. Son condiciones generales de ingreso al Servicio Penitenciario:          b) Acreditar identidad, antecedentes honorables y buena conducta.          Disponible en: <a href="http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16309/norma.htm">http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16309/norma.htm</a></p>
Personal policial	<p>Ley 21965/1979 para la Policía Federal Argentina          Art. 141 Son condiciones generales de ingreso para el personal:          b) Acreditar antecedentes de conducta intachable y gozar de buen concepto social, comprendiendo estas exigencias al grupo familiar y al conviviente.          Disponible en: <a href="http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21716/texact.htm">http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21716/texact.htm</a>          Ley 13982/2009 para la Policía de la Provincia de Buenos Aires          Art. 6. No podrán ingresar:          b) Quienes tengan proceso penal pendiente o hayan sido condenados en causa penal a pena privativa de la libertad por delito doloso.          Disponible en: <a href="https://normas.gba.gob.ar/documentos/0vlPrFeB.html">https://normas.gba.gob.ar/documentos/0vlPrFeB.html</a></p>
Personal del ejercito	<p>Ley 24429/1994 de Servicio Militar Voluntario (necesario para ingresar a la fuerza aérea)          Art. 16. No podrán incorporarse al SMV aquellas personas que por sus antecedentes penales o policiales puedan constituirse en un riesgo real o potencial para la sociedad.          Disponible en: <a href="https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24429-802">https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24429-802</a></p>
Prestadores de servicios de comunicación audiovisual	<p>Ley 26522/2009 sobre Servicios de Comunicación Audiovisual          Art. 24. Condiciones de admisibilidad — Personas físicas. Las personas de existencia visible, como titulares de licencias de radiodifusión, las personas de existencia visible en cuanto socios de las personas de existencia ideal con fines de lucro, deberán reunir al momento de su presentación al proceso de adjudicación de la licencia y mantener durante su vigencia, las siguientes condiciones:          f) No estar incapacitado o inhabilitado, civil o penalmente, para contratar o ejercer el comercio, ni haber sido condenado por delito doloso, de acción pública o instancia privada.          Disponible en: <a href="http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm">http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm</a></p>
Psicólogos	<p>Ley 23277/1985 de ejercicio profesional de la psicología          Art. 6. No podrán ejercer la profesión:</p>

---

1. Los condenados por delitos contra las personas, el honor, la libertad, la salud pública o la fe pública, hasta el transcurso de un tiempo igual al de la condena, que en ningún caso podrá ser menor de dos años.

Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20059/norma.htm#:~:text=Promulgada%20de%20Hecho%3A%20Noviembre%20de%201985.&text=ARTICULO%201%C2%BA%20%E2%80%94%20El%20ejercicio%20de,disposiciones%20de%20la%20presente%20ley>

---

#### Seguridad privada

Decreto 1002/99 sobre servicios de seguridad y custodia a nivel nacional

Art. 7º — Serán requisitos para la obtención del certificado de habilitación:

1. Personas físicas:

e) No registrar antecedentes por violación de los derechos humanos obrantes en registros de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior.

j) No poseer antecedentes judiciales y/o policiales desfavorables para el ejercicio de la actividad.

Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60012/norma.htm>

---

#### Veterinarios

Ley 14072/1951 sobre el ejercicio de la medicina veterinaria

Art. 8 Es requisito indispensable para ejercer la profesión que se reglamenta, la inscripción en la matrícula profesional que a tal efecto se crea por la presente ley, para lo cual, al solicitarla, se deberá acompañar el título habilitante, certificado de buena conducta y demás recaudos que exija la reglamentación que al efecto se dicte.

Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/56727/norma.htm>

---

## El Eurosistema: *dominancia monetaria o redistribución mediante regulación.*

*En especial, los saldos TARGET2*

### Sumario

-

*Este artículo indaga sobre la recíproca incidencia existente entre ciertas herramientas de política monetaria y el comportamiento fiscal de los países de la Eurozona (EZ). A través de la política monetaria se practicaría una especie de tributación mediante regulación. El núcleo de este tipo de redistribución es el subsidio cruzado mediante técnicas de mutualización. En beneficio de la brevedad, el artículo no abordará con precisión la cuestión de la legitimación, es decir, de la redistribución sin representación, aunque estará constantemente como problema de fondo. En cambio, el estudio se dedicará a analizar con cierto detalle la técnica de los saldos TARGET2 (T2), originalmente concebida como un sistema de pago para la EZ —es decir, para canalizar el libre flujo de fondos dentro de la EZ, pero convertida en un dispositivo automático, no limitado y totalmente disponible para créditos en descubierto, accesible a todos los Estados miembros de la EZ, a sus Bancos Centrales nacionales y a los bancos comerciales. T2 ha contribuido notablemente a absorber los shocks experimentados por la EZ desde la crisis financiera global de 2007 hasta el actual conflicto armado entre Ucrania y Rusia. Se plantea la pregunta de hasta cuándo podrá sostenerse ese funcionamiento y qué tipo de límites deben establecerse para evitar sus contraincentivos para la convergencia y el buen desempeño económico. Se describirá la estructura y funcionamiento del Eurosistema como soporte operativo de los saldos T2. Las referencias cuantitativas se limitan a proporcionar a los lectores alguna evidencia numérica de las consecuencias distributivas de los saldos T2 y a llamar la atención sobre la simetría entre los Estados deudores y acreedores. Las conclusiones se orientarán a mostrar la creación camuflada en la EZ de un activo común y libre de riesgos para respaldar la Moneda Única, y se sugerirán algunas directrices para la reforma y otras medidas que puedan adoptarse en futuras etapas.*

### Abstract

-

*This article addresses the polar relation of fiscal and monetary realms as distributional mechanisms across the Eurozone (EZ), that is, not just among member States, but among their citizens. The author will explore how specific monetary policy tools influence EZ countries' budgetary behaviour, and the other way around. This would be a case of taxation by regulation. The core of such kind of distribution is cross-subsidization by pooling techniques. For the sake of brevity, the piece will not deal accurately with the legitimization issue, that is, the problem of distribution-without-representation, though it will be constantly behind the scenes. Instead, the study will be devoted to analysing in-depth the TARGET2 balances (T2) technique, originally thought out as a payment system for the EZ —that is, to channel the intra-EZ free flow of funds, but disguised later as an automatic, non-limited, fully loaded device for overdraft credit, accessible to every EZ member State, their national central banks, and commercial banks. T2 has contributed notably to absorbing the shocks experienced by the EZ since the 2007- Global Financial Crisis up to the current Ukraine-Russia armed conflict. However, the question to answer is up to when that functioning can be sustained, and which type of limits must be set up to avoid its bundle of counterincentives for convergence and sound economic performance. The structure and operation of the Eurosystem as the operational support of the T2 will be described. Limited quantitative references will be given to provide the readers with numerical evidence of the distributional consequences of the T2 balances, by calling*

*attention to the symmetry between debtor and creditor States. Conclusions might be oriented to show the opaque creation in the EZ of a common, risk-free asset to back the Single Currency, and some guidelines will be suggested for reform and other measures for the steps ahead.*

**Title:** *The Eurosystem: monetary dominance, or redistribution by regulation, with special attention to the TARGET2 Balances.*

-

**Palabras clave:** *Áreas Monetarias Comunes - Eurosistema- Eurozona- Saldos Target2 - LTROs/TLTROs.*

**Keywords:** *Common Currency Areas - Eurosystem - Eurozone - Target2 Balances - LTROs/TLTROs.*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i4.11

### **1. Planteamiento, propósito y alcance**

### **2. Estructura organizativa y funcionamiento del Eurosistema: algo sobre las conexiones fiscalidad-moneda y las Áreas Monetarias Comunes (AMCs)**

2.1. Polaridad entre política fiscal y política monetaria: los Estados-polizón en la Eurozona

2.2. La UE, ¿un caso demasiado peculiar de Área Monetaria Común (AMC)?

a. Algo sobre el tratamiento de las relaciones monetarias transnacionales en la teoría económica

b. Breve apunte sobre el *trilema* de las AMCs y sus versiones

2.3. El Eurosistema, o el federalismo monetario de la Eurozona: organización, gobernanza e interacciones entre el BCE, los BCNs, los bancos comerciales y los Estados

a. Rasgos básicos de la organización y del régimen de gobernanza del Eurosistema

b. El entramado relacional del Eurosistema: BCE, BCNs, bancos comerciales y Estados

### **3. Target2 (T2): la sigilosa herramienta redistributiva para la Eurozona**

3.1. Un sistema de pagos convertido en mecanismo de crédito intraeuropeo, automatizado e ilimitado, en el curso de las tribulaciones de la Eurozona

3.2. Jerarquía de niveles contables: el mecanismo de la *novación*

3.3. Periféricos versus centrales: problemas de la mutualización, límites a la redistribución y gestión de incentivos

a. Paradojas y exigencias de la Moneda Común desde la óptica de la acción colectiva

b. Maniobras orquestales en la oscuridad: efectos y contra-efectos, incentivos y contraincentivos de algunas medidas de política monetaria en la Eurozona

### **4. Conclusiones, reflexiones finales y esbozo de propuestas**

### **5. Bibliografía**

## 1. Planteamiento, propósito y alcance\*

Tanto el propósito como el contenido de este trabajo son descriptivos y analíticos; me ceñiré, en suma, a la exposición de los principales antecedentes y rasgos del *status quaestionis*, según la literatura que he estimado más relevante. Dejo para otra ocasión la entrada en el detalle de las consecuencias que puedan extraerse, que quedarán solo apuntadas. Pretendo sugerir algunas claves de comprensión de la arquitectura del euro y de su soporte organizativo, el Eurosistema, con el fin de aportar algo a la corriente de reflexiones sobre el sentido redistributivo de la política monetaria y de la regulación bancaria<sup>1</sup>. El fondo de escena será el proceso de integración europea y el avance hacia una mayor unificación política, sobre el que resaltarían dos aspectos más concretos. En primer término, la eventual frustración o reforzamiento, en todo o en parte, de los efectos perseguidos por la Unión Monetaria Europea —en tanto que forma de Área Monetaria Común (AMC-AMCs, en lo sucesivo)—, justamente debido al diseño y funcionamiento del Eurosistema. En segundo lugar, la figura de un *nuevo* BCE que, junto con los Bancos Centrales Nacionales cuya moneda es el euro (BCNs-BCN, en lo sucesivo), gestionaría la Eurozona (EZ, de aquí en adelante) con arreglo a un mandato expandido de manera implícita, no coincidente con el que le confiere el vigente Derecho primario de la UE<sup>2</sup>.

La pregunta que sobrevuela mi indagación es si todo este rupturismo factual, al fin y a la postre, satisface las demandas de redistribución paneuropea de quienes propugnan la creación de un núcleo fiscal central sobre el que pivote una estructura plurinacional de corte federal, con lo cual la Moneda Única se libraría de la causa de todos sus males, la inexistencia de una contraparte presupuestaria, para adquirir la simetría típica de las divisas fiduciarias. Si, como me atrevo a intuir —que no a zanjar—, la respuesta a esa pregunta fuera afirmativa, parecería razonable pensar que la política monetaria ha abierto con astucia, por debajo del radar de la hechura constitucional formal de la UE, un proceso de maduración que anticipa la aludida unificación

---

\* Este artículo deriva de dos Comunicaciones que presenté en las 12<sup>a</sup> y 14<sup>a</sup> Conferencias Anuales de la Asociación Española de Derecho y Economía (AEDE) celebradas, respectivamente, en las Universidades de Oviedo (23 y 24 de junio de 2022) y Pompeu Fabra (27 y 28 de junio de 2024). Es fruto de la investigación desarrollada en el marco del Proyecto «La digitalización de los mercados financieros (análisis jurídico)» PID2020-113447RB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuya Investigadora Principal es la Profesora Isabel Fernández Torres (Universidad Complutense). También está encuadrado en el Contrato de Transferencia de Resultados de Investigación OTRI 8.06/5.09.5414 (Universidad de Málaga), del que soy Investigador Responsable. Agradezco la acogida y el sosiego de que pude disfrutar en el Leibniz Institut für Finanzmarktforschung-SAFE, de la Goethe Universität (Frankfurt am Main) durante mi estada allí, a lo largo del primer semestre de 2024, de gran ayuda para culminar este estudio. Debo también expresar mi gratitud a los revisores externos de esta Revista por sus observaciones, que he incorporado a la versión definitiva.

<sup>1</sup> Menciono ahora algunos de los trabajos que me han resultado más ilustrativos, en concreto, dos artículos de K. TUORI, «Has Euro Area Monetary Policy Become Redistribution by Monetary Means? *Unconventional* Monetary Policy as a Hidden Transfer Mechanism», *European Law Journal*, Vol. 22-6, 2016, pp. 838-868, disponible en <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/eurlj22&i=838>, y «The ECB's quantitative easing programme as a constitutional game changer», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26-1, 2019, pp. 94-107, disponible en <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/maastje26&i=108>; y otros dos de F. LOSADA FRAGA, «Institutional Implications of the Rise of a Debt-Based Monetary Regime in Europe», *European Law Journal*, Vol. 22-6, 2016, pp. 822-837, disponible en DOI.org/10.1111/eulj.12223; «A Europe of Creditors and Debtors: Three Orders of Debt Relations in European Integration», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 58-4, 2020, pp. 787-802, disponible en DOI.org/10.1111/jc.ms.12988.

<sup>2</sup> Entre los muchos estudios disponibles destacaría, en lo que se refiere al otorgamiento al BCE de competencias de supervisión microprudencial de entidades de crédito, el de J. ESTEBAN RÍOS, *El Mecanismo Único de Supervisión: oportunidad, configuración y problemas planteados*, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2021, especialmente pp. 288 a 302, disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2021-214](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2021-214).

política y fiscal<sup>3</sup>. Pero no sería menos sensato sostener que, justamente por esa eficacia y aceptación implícita, tal resultado devendría innecesario, superfluo o, incluso, distorsionante, y la razón es que el mismo formato y operatoria del Eurosistema componen una suerte de *federalismo monetario* con propósitos y consecuencias redistributivas, según voy a explicar. Naturalmente, desde la perspectiva de la legitimación con arreglo a Derecho, brotarían reacciones comprendidas entre el completo rechazo de cualquier mecanismo carente de respaldo normativo y el *lawfare* del *constitucionalismo líquido*. El carácter predominantemente descriptivo de este ensayo y la contención de su extensión me obligan a restringir el tratamiento de este último orden de cuestiones a consideraciones colaterales.

Si bien aludiré a otros mecanismos de política monetaria y de regulación bancaria —principalmente, los Programas de compra de activos en mercados secundarios por el BCE/BCNs—, concentraré la atención en uno de ellos porque, pese a su notable complejidad —pareja con su opacidad—, es el que mejor permite entender la gestión de las turbulencias de la EZ, desde la Crisis Financiera Global —que afectó a toda la industria bancaria y de servicios de inversión—, la sucesiva convulsión en la solvencia soberana de los Estados miembros y, por último, el *shock* provocado por la pandemia y el conflicto bélico ruso-ucraniano. Me refiero al denominado Tans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer, traducido al español como Sistema Automatizado Transeuropeo de Transferencia Urgente para la Liquidación Bruta en Tiempo Real, y que se identifica como Target Balances 2<sup>4</sup>, con la abreviatura TARGET2 o, simplemente, con el acrónimo T2. Es posible que ningún otro rasgo del Eurosistema dé mejor razón de la *mutación* del BCE de la que hablamos, de ahí que se le haya considerado, en síntesis, «el corazón mismo del proyecto de Unión Monetaria»<sup>5</sup>.

Todo este amplio orden de implicaciones ha sido y es objeto de abrumadora atención durante los tres últimos lustros<sup>6</sup>. Concentraré la atención en las intimidades del Eurosistema —es decir, las

---

<sup>3</sup> Así lo expresa H.W SINN: «Sería el Consejo de Gobierno del BCE y no los Parlamentos [de los Estados miembros] quien vendría a decidir el eventual tránsito hacia la unificación fiscal» (*The economics of Target Balances. From Lehman to Corona*, Palgrave-Macmillan, Londres-Nueva York 2020, p. 101, la traducción es mía).

<sup>4</sup> El numeral «2» tiene su explicación en que el sistema actualmente en funcionamiento consiste en una segunda versión del primer sistema de pagos en tiempo real para el Eurosistema que entró en funcionamiento el 4 de enero de 1999, inmediatamente antes de la puesta en circulación del euro. Esa primera versión consistía en una especie de mecanismo de coordinación de los sistemas de pagos en tiempo real de los diferentes países miembros y sus respectivos BCNs. La plataforma de los T2 supuso la sustitución completa de dichos sistemas nacionales por uno único y totalmente centralizado, está operativa desde noviembre de 2007 y convivió con los sistemas nacionales durante un periodo transitorio que duró hasta mayo de 2008. Véanse, a este respecto, las explicaciones disponibles en [https://www.ecb.europa.eu/stats/policy\\_and\\_exchange\\_rates/target\\_balances/html/index.en.html](https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/target_balances/html/index.en.html).

<sup>5</sup> En palabras S. MURAU y M. GIORDANO, «European Monetary Unification through Novation: The Political Economy of the TARGET System», Comunicación presentada en la 26ª Conferencia del Forum for Macroeconomics and Macroeconomic Policies (FMM), Berlín, 20-22 octubre 2022, p. 28, disponible en <https://osf.io/preprints/socarxiv/k3nbh> (la traducción es mía). Este trabajo ha sido posteriormente publicado, con someras modificaciones en su título y contenido: «Forging monetary unification through novation: the TARGET system and the politics of central banking in Europe», *Socio-Economic Review*, 2023, Vol. 00, No. 0, pp. 1–30, disponible en: <https://doi.org/10.1093/ser/mwad067>.

<sup>6</sup> Contamos con estudios recientes que, desde sensibilidades dispares, tratan bien de este orden de preocupaciones y que, sin perjuicio de otras referencias adicionales posteriores, cito ahora: T. BEUKERS, D. FROMAGE y G. MONTI (Eds.), *The New European Central Bank: Taking Stock and Looking Ahead*, Oxford University Press, Oxford 2022, 472 pp.; M. Markakis, *Accountability in the Economic and Monetary Union Foundations, Policy, and Governance*, Oxford University Press, Oxford 2020, 416 pp.; C. MANGER-NESTLER y M. GENTZSCH, *Democratic Legitimation of Central Bank Independence in the European Union*, Springer, Nueva York 2021, 184 pp.; en un contexto trasnacional y

relaciones entre los BCNs y entre cada uno de ellos y el BCE— para constatar de qué modo nos dan razón, a su vez, de las relaciones entre los Estados de la EZ. Asimismo, los entresijos del sistema bancario, integrado por el Eurosistema y los bancos comerciales, y regido por un conjunto de interacciones constantes, completan la panorámica relacional que voy a considerar. Es posible que estas claves de comprensión hagan que caigamos en la cuenta del contraste entre los progresos alcanzados en el marco normativo y organizativo de la Unión Bancaria, de un lado, y, de otro, el estancamiento del Mercado Único Bancario, bastante escaso de auténticas entidades de crédito transeuropeas, tanto en cuanto a implantación como a operatoria efectiva.

Acéptenme el apunte de conclusiones por partida doble. Por un lado, se pensaba que el euro es un instrumento de cohesión, vehículo de la confluencia hacia una prosperidad compartida, pero hemos descubierto que también sirve para repartir pérdidas, y de qué manera. Por otro, cuando se hacen patentes las asimetrías entre los países de la EZ, hay dos opciones reales, abundar en el funcionamiento del Mercado Único y acelerar el proceso de integración política, no excluyentes entre sí, pero conflictivas en potencia. La clave está en la dosificación, combinación y desenvolvimiento de cada una de ellas, con la clara convicción de que lo uno no puede darse sin lo otro y de que la integración consiste más en un proceso que en un resultado final, inalcanzable sin el predominio de los beneficios sobre las pérdidas. En la pugna de quién prevalece sobre quién, quién gana o quién pierde, el dinero juega un papel crítico, pues la cuantía de la deuda puede hacer que no sea el acreedor quien domina al deudor, sino al contrario<sup>7</sup>. El problema del alcance o, lo que es lo mismo, de los límites de la redistribución en el contexto de la Unión Monetaria, ligado al del diseño de incentivos correctos, es el núcleo de mi intento de análisis. Cualquier arquitectura institucional que, como la EZ, pretenda sostenerse en exclusiva sobre una suerte de *cláusula Hotel California* —«puede usted pedir la cuenta cuando guste, pero nunca podrá salir de aquí»— es candidata perfecta al derrumbe por colapso<sup>8</sup>.

El núcleo del análisis concentra algunas de las contribuciones de la teoría económica a través de los debates entre destacadísimos economistas, que han configurado el diseño mismo de las instituciones<sup>9</sup>. Es obligado recurrir, más en concreto, a la teoría monetaria, aunque sin ningún

---

comparativo, E. SCISO (Ed.), *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of Bretton Woods Institutions*, Springer, Nueva York 2018, 272 pp. No me resisto a referirme también al trabajo que, tal vez, podría ser tenido como el principal afluente de este auténtico río de tinta: P. TUCKER, *Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey) 2018, 656 pp.

<sup>7</sup> J.M. KEYNES tuvo el acierto de recordar el viejo dicho: «Owe your banker £1,000 and you are at his mercy; owe him £1 million and the position is reversed» («Si le debes a tu banquero 1.000£, estás a su merced; si le debes 1 millón, la situación es justo la contraria») («Overseas Financial Policy in Stage III. (Memorandum circulated to the UK War Cabinet on 15 May 1945)», en D. MOGGRIDGE (Ed.), *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, Vol. XXIV (Activities 1944-1946), Macmillan, Londres 1979, p. 258.

<sup>8</sup> El empleo de esta expresión, a modo recurso discursivo, en el sector bancario y financiero y con ocasión de la Crisis Financiera Global (específicamente, en relación con la Dodd-Frank Act de 2010), la debemos a J. GOLDSTEIN, «The *Hotel California* Clause: Finance Reform Meets Classic Rock», *Planet Money — The Economy Explained*, 15 de marzo de 2010, disponible en: [https://www.npr.org/sections/money/2010/03/what\\_dodds\\_bill\\_does\\_about\\_too.html](https://www.npr.org/sections/money/2010/03/what_dodds_bill_does_about_too.html). La denominación se basa en una parte de la letra de la célebre canción del grupo de rock estadounidense *The Eagles* titulada, precisamente, *Hotel California*: «You can check out any time you like, but you can never leave».

<sup>9</sup> Tal vez no sea errado sostener que el siglo XX ha sido el de los economistas y sugerir, como hizo VILLAR PALASÍ, que habría que corregir a Savigny pues, si bien hasta 1900 la vocación del Estado era el Derecho, a partir de



propósito de exhaustividad y con la sincera intención —otra cosa será el resultado— de hacerla comprensible a los no familiarizados con ella. Los tecnicismos apenas pueden ocultar las actitudes profundas sobre el ser humano, lo bueno y lo malo, que afloran cuando menos se las espera. Además, la producción de ideas se ha solapado con la transformación de las organizaciones e instituciones; desde esta perspectiva, se advierte que la consolidación de los Estados, dotados de capacidades presupuestarias cada vez más robustas, pareja al creciente protagonismo de los Bancos Centrales, revestidos de independencia para definir y ejecutar la política monetaria sin la restricción del patrón oro, hacen que, en un régimen fiduciario, la conexión intrínseca entre dinero y fiscalidad de las monedas soberanas se convierta en el vector predominante, para escarnio de cualquier consideración favorecedora de la autonomía de los individuos, la libertad económica o la iniciativa civil.

A lo largo de mi empeño, me venía con insistencia a la memoria el desenlace de uno de los relatos breves de Edgar Allan Poe: tras buscar con ahínco en los sitios más recónditos, la carta decisiva para resolver el enredo fue encontrada en el lugar donde siempre se dejan las cartas<sup>10</sup>. No cabe aquí el recurso oriental de ocultar el misterio —que, en cuanto tal, sería incomprensible— detrás de un iconostasio, ya que no hay misterio alguno ni realidad supramundana cuya integridad deba ser preservada. Ahora bien, el ensayo de comprensión sería por completo inútil si prescindiese de la omnipresente simbología del dinero que, para decirlo densamente, es una representación —en absoluto la única posible— crediticia —es decir, a través del crédito— del valor económico —y, a través de él, del valor, sin más—, que aparece dispuesto para hacerse efectivo a través de una *capacidad de compra*<sup>11</sup>. El dinero se conoce por sus efectos propios —«el dinero es lo que el dinero hace»<sup>12</sup>— pero, para producirlos, el dinero tiene que consistir en una representación, o sea, ha de servirse de símbolos eficaces, que es lo mismo que decir aceptados, entendidos grupalmente en cuanto tales. En el ejercicio representativo que da vida a las monedas fiduciarias, el sistema bancario en su conjunto y cada uno de sus integrantes —los Bancos Centrales y los bancos comerciales— juegan un papel crucial, como vamos a ver.

En tanto que crédito, el dinero necesita de toda la variedad de recursos con los que la representación gestiona la confianza a cualquier nivel, el de las relaciones bilaterales y el de las colectivas. Por eso, anticiparía ahora que la creación o destrucción de valor económico por el dinero depende estrictamente del incremento o merma de la confianza en la representación

---

entonces deberíamos hablar de «la vocación de nuestro tiempo por la economía» (*La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1964, p. 52).

<sup>10</sup> Me refiero a *La carta robada*, cuento originalmente publicado en 1844, cuyo texto completo puede encontrarse en <https://ciudadseva.com/texto/la-carta-robada/>.

<sup>11</sup> Así lo resume R. DALIO: «El crédito es dar poder adquisitivo. Este poder adquisitivo se otorga a cambio de una promesa de devolverlo, lo cual es una deuda» (*Principios para superar crisis de gran endeudamiento*, Valor Editions, Barcelona 2021, p. 13). He tratado sobre esto en un breve artículo: «Deuda paga deuda. (Nuestro actual sistema monetario explicado por Paulo Duarte)», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, enero 2017, 10 pp., disponible en [http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/01/ruiz-ojeda-a-deuda-paga-deuda\\_recension.pdf](http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/01/ruiz-ojeda-a-deuda-paga-deuda_recension.pdf). Mi definición preferida de dinero es la de F.A. WALKER (1840-1897): «aquello que pasa libremente de mano en mano para el pago a cambio de bienes y para la plena liberación de deudas y que es aceptado sin tener en cuenta la condición de quien lo entrega y sin intención por parte de quien lo recibe de consumirlo, disfrutar de él o usarlo de cualquier otra manera, sino de entregarlo a otro, antes o después, como medio de intercambio» (cfr., *Money*, Henry Holt & Co, Nueva York 1883, p. 405, la traducción es mía). Puede verse una semblanza de Walker, publicada con ocasión de su fallecimiento, en A.T. HADLEY, «Francis A. Walker's Contributions to Economic Theory», *Political Science Quarterly*, Vol. 12-2 (1897), pp. 295-308, disponible en: <https://doi.org/2140123>.

<sup>12</sup> Así lo dice WALKER: «Money is what money makes» (op. cit., loc. cit.).

operada por el signo monetario. Todo ese trajín observable—y, a la vez, no siempre comprensible para el común— en los circuitos interbancarios y las instancias regulatorias no es más que una parte fundamental del fatigoso ejercicio representativo exigido por las monedas fiduciarias, sin olvidar que toda forma de dinero, también el no fiduciario, tiene sus propias exigencias representativas.

Es un panorama desbordante, que exige mantener la tensión necesaria conforme nos centremos, como es obligado, en algunas de sus parcelas. El éxito de mi empeño depende críticamente de esto, junto con la capacidad de discernimiento que, si así fuere, me asista. Este análisis podría interesar a los iuspublicistas para visualizar cómo las zozobras de la EZ han sometido a una prueba severa el orden binario ínsito en el *Administrative State* que, por el momento, ha sustentado la independencia de unos Bancos Centrales subidos ya al pescante del *imperium* puro y duro<sup>15</sup>.

Ordenaré mis argumentos en torno a tres epígrafes principales. El primero, dedicado a exponer la estructura del Eurosistema y los rasgos de su funcionamiento que específicamente nos interesan, en el contexto de las AMCs, precedida de las indispensables explicaciones sobre las relaciones entre fiscalidad y dinero. A continuación, sigue el apartado dedicado a los TARGET2 y a los mecanismos más relevantes a los que sirve de vehículo de redistribución en la EZ, que contiene el núcleo del estudio. Para terminar, ofrezco algunas conclusiones, reflexiones finales y sugerencias.

## 2. Estructura organizativa y funcionamiento del Eurosistema: algo sobre las conexiones fiscalidad-moneda y las Áreas Monetarias Comunes (AMCs)

### 2.1. Polaridad entre política fiscal y política monetaria: los Estados-polizón en la Eurozona

Con el propósito de resumir en lo posible, diríamos que existen dos alineamientos rivales de posturas sobre la moneda y los tributos y sobre cómo deban darse las relaciones entre esos dos ámbitos. A su vez, dan lugar a dos actitudes o talantes, cuyo arraigo en suelos culturales y geográficos diversos salta a la vista y han permeado todos los estratos, incluido el académico, según comprobaremos. El primero de ellos propende la superioridad de la mutualización de beneficios y pérdidas; el segundo, la asignación de unos y de otras con arreglo a criterios de mérito y eficaz desempeño. El predominio, casi siempre parcial y transitorio, de una visión u otra ha dependido de factores históricos, de transición ideológica, así como del advenimiento de episodios más o menos imprevisibles y con impacto en los niveles de bienestar y en la estabilidad del orden político, social y económico. Circunscribo su exposición a los aspectos que estrictamente nos conciernen aquí.

---

<sup>15</sup> Ha recordado recientemente J.A. SANTAMARÍA PASTOR la plena vigencia del aforismo *pecunia nervus belli* (el dinero es el alma de la guerra): cfr. *El poder, la libertad, la Administración y su Derecho*, Discurso de Recepción como Académico de Número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (25 de octubre de 2022), Publicaciones de la RACMyP, Madrid 2022, p. 47, nota 49. En la situación actual, podríamos sustituir *belli* por *summa necessitas reipublicae* (una situación excepcional, un *cisne negro*).

La perspectiva que etiquetaría como *distributiva* concibe el dinero y la fiscalidad al modo de dos hemisferios que han de interactuar de manera coordinada para paliar, tanto la desigualdad posicional como de resultados, que es causa del desorden político y socioeconómico y de la destrucción de recursos. Por su parte, la que denominaría *retributiva* no solo propende a la necesidad de restringir en lo posible el flujo entre dichos hemisferios y de procurar su funcionamiento autónomo, sino que niega a ambos un verdadero impacto constructivo de la equidad, que únicamente sería factible si cada quien percibe beneficios y pérdidas en función del éxito o fracaso de sus decisiones y actuaciones. Importa subrayar que no solo ninguna de ellas niega la citada relación intrínseca entre moneda y tributos, sino que la reconocen enfáticamente. Expresada así, esta descripción podría estimarse restringida al ámbito de las relaciones interpersonales, pero la realidad es que ambas visiones muestran sus perfiles diferenciales sobre todo en el de las grupales y colectivas y en el de las estructuras políticas de los diferentes niveles territoriales, incluidas los Estados. Ambas posturas de base se han construido sobre aportaciones a la teoría económica no coordinadas deliberadamente entre sí.

En síntesis, la visión *retributiva* sería fruto de la confluencia de la *teoría cuantitativa*<sup>14</sup>—que, ya en pleno siglo XX, podemos identificar con la *monetarista*—, preocupada casi en exclusiva del hemisferio del dinero, con la llamada *ricardiana*, que incorpora la perspectiva de las relaciones entre los dos ámbitos. La noción de *equivalencia ricardiana*<sup>15</sup> sustentó en sus comienzos la hechura institucional de la UE. Y no solo como una noción inspiradora, sino como patrón disciplinante de la realidad económica de los países que formaban el núcleo duro del proyecto europeo<sup>16</sup>, que fue luego trasladado al Derecho primario y a las políticas públicas de la Unión. Para decirlo muy brevemente<sup>17</sup>, dicha *equivalencia* (se le llama también *equilibrio* o *teorema* de Ricardo) prescribe que los déficits fiscales generados en periodos de contracción económica deben ser compensados mediante los superávits de los periodos de expansión, lo cual garantiza la sostenibilidad del endeudamiento público con el que se financian los déficits. La posición o régimen *no-ricardiano*, por el contrario, postularía sufragar los déficits públicos mediante la expansión de la masa monetaria, es decir, con la emisión de dinero.

---

<sup>14</sup> Un recorrido muy completo por esta línea de pensamiento sobre teoría monetaria es ofrecido por el fundamental libro de D.E.W. LAIDLER, *The Golden Age of the Quantity Theory*, Princeton University Press, Princeton 2014, 236 pp.

<sup>15</sup> La denominación deriva, como se advertirá, de David Ricardo, su formulador originario (cfr. *Principles of Political Economy and Taxation, Works and Correspondence*, edición a cargo de P. STRAFFA, Cambridge University Press, Cambridge 1951, especialmente pp. 98-116; hay traducción española: *Principios de Economía Política y Tributación*, Pirámide, Madrid 2003, 356 pp.). Uno de los desarrollos más conocidos del *equilibrio* es el de R.J. BARRO, (hasta llegar a red denominarlo como la *equivalencia Barro-Ricardo*): «Are Government Bonds Net Wealth?», *Journal of Political Economy*, Vol. 82-6, 1974, pp. 1095-1117, disponible en <http://www.jstor.org/stable/1830663>. No obstante, importa señalar que la relevancia del equilibrio ricardiano fue recordada mucho antes por R.G. HAWTREY en un breve trabajo que pasó un tanto desapercibido: «Public Expenditure and the Demand for Labour», *Economica*, No. 13 (1925), pp. 38-48, disponible en <https://doi.org/10.2307/2548008>. T. CONGDON ofrece un resumen muy asequible de este orden de ideas y del debate en teoría económica en «Do Changes in the Quantity of Money Smother Fiscal Policy?», en *Money in a Free Society. Keynes, Friedman, and the New Crisis of Capitalism*, Encounter Books, Nueva York-Londres 2011, especialmente pp. 238-241.

<sup>16</sup> A. AFONSO ofrece un más que interesante estudio empírico sobre la aplicación efectiva del *equilibrio ricardiano*, durante el periodo 1970-2003, por parte de los 15 países miembros de la UE en el momento de la llamada *Quinta Ampliación* (1995): «Ricardian Fiscal Regimes in the European Union», *ECB Working Paper Series*, No. 558, noviembre 2005, disponible en [ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp558.pdf](http://ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp558.pdf).

<sup>17</sup> La bibliografía sobre el *equilibrio ricardiano* es abundante y fue referenciada y glosada por M.G. BRIOTTI, «Economic Reactions to Public Finance Consolidation: a Survey of the Literature», *ECB Occasional Paper*, No. 358, octubre 2005, disponible en [http://ssrn.com/abstract\\_id=807411](http://ssrn.com/abstract_id=807411).

Según R.J. BARRO, el economista que tal vez haya dado a esta aportación mayor lustre y desarrollo, dicha *equivalencia* consiste, precisamente, en que el déficit fiscal no incide en la demanda agregada, lo cual supone una negación en toda regla de las propuestas keynesianas<sup>18</sup>, que afirman exactamente lo contrario. O sea, que cuando los operadores económicos perciben que hay un desbalance y que el gasto público supera a los ingresos fiscales, simplemente, ahorran más y consumen menos para pagar los mayores impuestos que serán necesarios en el futuro para volver al equilibrio presupuestario. La elección sería, por tanto, pagar impuestos antes o pagarlos después. Como no podemos detenernos mucho más en detalles ni entrar a fondo en la discusión, hemos de apuntar que, con el tiempo, el *teorema ricardiano*, en la versión de Barro, ha sido depurado y que, para lo que aquí nos interesa, podríamos enunciar las siguientes orientaciones:

- a) Los déficits fiscales plantean problemas de equidad intergeneracional que son afrontados de distinta manera según la sensibilidad que las generaciones presentes tengan hacia las venideras pero que, en cualquier caso y como cuestión crítica, deben ser tratados correctamente para no perjudicar la continuidad temporal de los órdenes sociales y políticos.
- b) La capitalización que las generaciones presentes puedan hacer para calcular el importe de las obligaciones fiscales futuras y adoptar sus decisiones de consumo/ahorro, en términos de expectativas racionales, es demasiado difícil y compleja en el mundo real, en el que la financiación de los déficits se hace mediante una combinación no siempre perceptible de técnicas, básicamente de endeudamiento público y emisión de dinero.
- c) La *equivalencia ricardiana* tiene una configuración estrictamente condicional, es decir, que solo describe el fracaso de los esfuerzos fiscales contracíclicos materializados en el déficit público si se da la circunstancia de que el incremento del gasto presupuestario discurre por caminos predecibles y los contribuyentes son capaces de formarse expectativas racionales.
- d) El sentido de *equilibrio* del teorema tiene una aplicación relevante como instrumento de moderación de la tendencia de los dirigentes políticos a emplear el endeudamiento público en lugar de la restricción del gasto y/o la subida de impuestos para paliar los déficits fiscales.

La propuesta original de David Ricardo (1772-1823) se formuló en un contexto de vigencia plena del patrón oro y de ausencia de Estados con estructura presupuestaria —sus *Principles* se publicaron por vez primera en 1817—, lo cual excluía casi por sí solo la tentación de emplear la emisión de papel moneda como instrumento masivo de financiación de déficits fiscales<sup>19</sup>. Esto

---

<sup>18</sup> No deja de ser curioso que R.J. BARRO (cfr. «Are Government Bonds Net Wealth?», cit.) desarrolle la *equivalencia ricardiana* sin ni siquiera citar a D. Ricardo, pese a que su punto de partida sea, casi literalmente, una idea verbalizada por este último y cuya paternidad era sobradamente conocida: que los impuestos y la deuda pública tienen, básicamente, los mismos efectos (de ahí la denominación del teorema). Esta curiosidad es puesta de manifiesto por J.M. BUCHANAN en la réplica o apostilla al artículo de Barro —publicada en la misma *Revista*—, concretamente en «Barro on the Ricardian Equivalence Theorem», *Journal of Political Economy*, Vol. 84-2, 1976, pp. 337-342, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1831905>.

<sup>19</sup> Debo limitarme a apuntar aquí la trascendencia de las aportaciones de David Ricardo, más en concreto, a la teoría monetaria y, dentro de ella, a la configuración y misión de los Bancos Centrales, que concebía como monopolistas en la emisión de moneda de curso legal, pero con pleno respaldo en reservas de oro: cfr. *Plan for the Establishment of a National Bank*, John Murray, Londres 1824, 32 pp., disponible en <https://dn790005.ca.archive.org/0/items/planfortheestablishmentofanationalbank/PlanfortheEstablishmentofaNational%20Bank.PDF>.

no sucede con las actuales divisas fiduciarias y, por tanto, el régimen *no-ricardiano* al que ahora nos referimos resulta particularmente atractivo.

Según se apuntaba, Ricardo no solo prestó atención a la vertiente fiscal, sino que también se ocupó de la del dinero, hasta ser un verdadero precursor la ya citada *escuela monetarista*<sup>20</sup>. Para él, el Banco Central no debería ser un banco análogo a los bancos comerciales y relacionado con ellos de manera prioritaria o exclusiva —a modo de un *banco de bancos*, dedicado a recibir depósitos y a dar crédito—, sino una instancia titular del monopolio de emisión de dinero y con pleno respaldo en oro. Su propuesta tuvo notable recorrido en la política de la entonces primera potencia mundial, hasta inspirar a Robert Peel (1788-1850), figura señera de toda una larga época en Gran Bretaña y que, sin éxito, ensayó la incorporación de la idea de Ricardo al marco legislativo y a la arquitectura institucional de aquel país<sup>21</sup>. Lejos de quedarse en mera curiosidad episódica, la influencia de Ricardo en este ámbito ha sido persistente, no solo por ser uno de los antecedentes más reconocibles del *monetarismo*, sino la referencia de propuestas célebres, como el *Plan Chicago*<sup>22</sup>. Más recientemente, la *revolución monetarista* de Milton Friedman (1912-2006) vendría a proponer, ya en plena agonía del patrón oro, la sujeción de los Bancos Centrales a *meta-reglas* para el control estricto de la oferta de dinero mediante la política monetaria.

El intento frustrado —o abortado, según se mire— de Peel por establecer, en 1848, el régimen estricto respaldo y convertibilidad en oro del dinero en circulación dio lugar a la pujanza de la así llamada *escuela bancaria*, que sostenía exactamente lo contrario. Su principal originador fue Walter Bagehot (1826-1877), autor de la *biblia* de los banqueros centrales, *Lombard Street*, que vio la luz en 1873, aunque no hemos de olvidar a Henry Thornton (1760-1815), en buena medida su antecesor<sup>23</sup>. En tanto que *banco de bancos*, el Banco Central debe proporcionar liquidez

---

<sup>20</sup> Para la descripción de las posiciones de las escuelas monetarista y bancaria, me baso principalmente en F. CAPIE, C. GOODHART y N. SCHNADT, «The development of central banking», en *The Future of Central Banking*, Cambridge University Press, Cambridge-Melburne 1994, pp. 81-85.

<sup>21</sup> J. HUERTA DE SOTO BALLESTER ofrece una muy interesante crónica de la iniciativa legislativa de Peel y de su desenlace en el artículo «Recesiones económicas, reforma bancaria y el futuro del capitalismo», *Procesos de Mercado*, Vol. IX-2, otoño 2012, pp. 431-456.

<sup>22</sup> El *Plan Chicago* es la denominación que aúna las propuestas formuladas por destacados académicos de la Universidad de Chicago en respuesta a la Gran Recesión que siguió al *crack* bursátil de 1929, consistentes básicamente en el establecimiento de la obligación, para todos los bancos comerciales, de una reserva en los Bancos Centrales del 100% de los créditos concedidos. Un relato bien conocido es el de R.J. PHILLIPS, *The Chicago Plan and New Deal Banking Reform*, Routledge, Abingdon-Nueva York 1995, 244 pp. El Plan Chicago ha sido reivindicado más recientemente como posible respuesta a la Crisis Financiera originada en 2007-2008, en concreto, por M. KUMHOF y J. BENES, «The Chicago Plan Revisited», *IMF Working Paper*, No. 202, 1 agosto 2012, 71 pp., disponible en: <https://acrobat.adobe.com/id/urn:aaid:sc:EU:4e43fd33-3c10-4fc0-9c20-7fc40d1dbdea>.

<sup>23</sup> THORNTON publicó en 1802 su influyente obra *An Inquiry into the Nature and Effects of the Paper Credit of Great Britain*, que luego fue editada en Londres, junto con otros escritos breves, por George Allen & Unwin, en 1939, con una Introducción escrita por el mismísimo F.A. HAYEK. Como explica D. LAIDER («Two Views of the Lender of Last Resort», *Cahiers d'économie politique*, No. 35 (2003), pp. 61-78), que BAGEHOT y THORNTON diferían en al señalar el sentido fundante de los Bancos Centrales como prestamistas de último recurso; mientras que el primero los consideraba como un mero respaldo auxiliar de la actividad crediticia principal de los bancos comerciales y para el mantenimiento de la convertibilidad en oro del papel moneda, el segundo los concebía como un elemento insustituible para evitar fluctuaciones indeseables en la oferta de dinero. Asimismo, dejó también apuntada la controversia entre BAGEHOT y THOMSON HANKEY (1805-1893), quien en su obra, *The Principles of Banking, Its Utility and Economy with Remarks on the Working and Management of the Bank of England*, se opuso —como firme defensor del *free banking*— a la existencia de un Banco Central, por considerarlo innecesario para el funcionamiento del crédito bancario lo cual, sorprendentemente, no le impidió ejercer como Gobernador del Banco de Inglaterra (1851 y 1853). Esta obra de HANKEY, junto con la ya citada de BAGEHOT (*Lombard Street: a Description of the Money*

discrecionalmente a los bancos comerciales y ejercer como prestamista de último recurso, con la condición de que les aplique en dichas operaciones un tipo de interés penalizado —en relación con el vigente para los créditos entre los propios bancos— y con un respaldo o garantía adecuada —el célebre *good collateral*—.

De la misma manera que, durante su vigencia, ninguna de las dos *escuelas* puso en cuestión el patrón oro, una vez desaparecido este, tampoco ninguna de ellas ha impugnado, hasta donde mi conocimiento alcanza, el carácter fiduciario de las actuales divisas ni la pervivencia y misiones principales de los Bancos Centrales. La existencia misma de estos últimos solo se ha encontrado con la oposición de los economistas integrados en la *escuela austriaca*<sup>24</sup>. No extrañará, pues, que tal dicotomía de pensamiento sea reconocible en las ahora llamadas posiciones «halcón» (*hawkish*) y «paloma» (*dovish*) de los banqueros centrales, de las que tanto se habla en los aledaños mediáticos de la política monetaria.

La fiscalidad *ricardiana* tiene su contrapunto en las propuestas keynesianas y, por extensión hacia el modelo vigente de dinero fiduciario, en las concepciones *neo-chartalistas*, que defienden la capacidad ilimitada de los Estados soberanos para endeudarse en su propia divisa, ya que cuentan con el monopolio legal de emisión de la moneda<sup>25</sup>. En definitiva, la financiación de los déficits fiscales mediante endeudamiento público sería plenamente factible sin peligro alguno de quiebra soberana y sin producir inflación, lo que permitiría una constante e ilimitada cobertura de los déficits fiscales mediante deuda sin necesidad de acudir a los tributos o a la reducción del gasto público.

Aclaro que keynesianismo y *neo-chartalismo* no son la misma cosa, aunque existe entre ambos una concordancia, no intencional, más práctica que teórica, al menos aparentemente<sup>26</sup>. El corazón de las políticas anticíclicas keynesianas es el *efecto multiplicador* del gasto público en términos de demanda agregada y de estímulo de la actividad económica en periodos recesivos; a su vez, tal estímulo provocaría el incremento de la productividad y, con ella, de la base tributaria

---

*Market*), puede encontrarse en el volumen editado y prologado por H. LEWIS, *Hankey & Bagehot: Origins of Modern Central Banking*, Axios Press, Edinburg (VA) 2014, 174 pp.

<sup>24</sup> S. BAKER y M. RANGELEY ofrecen una exposición acertada y actualizada de las posiciones más relevantes de la *escuela austriaca* de economía en «The Political Realities of the Austrian School: Experiences from Parliament, Central Banks and Global Institutions», *The Austrian School of Economics in the 21st Century*, Springer, Nueva York 2022, pp 133-176, disponible en: [https://EconPapers.repec.org/RePEc:spr:conchp:978-3-031-08502-4\\_7](https://EconPapers.repec.org/RePEc:spr:conchp:978-3-031-08502-4_7). Se encontrará una exposición muy completa del argumentario de la *escuela austriaca* sobre esta materia en la obra de P.J. BOETTKE, A.W. SALTER y D.J. SMITH, *Money and the Rule of Law. Generality and Predictability in Monetary Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge 2021, 193 pp.

<sup>25</sup> Me veo también obligado a limitar las referencias bibliográficas a lo estrictamente indispensable y, por tal motivo, citaré la obra que estimo recoge de manera más completa el *neo-chartalismo* de la *Teoría Monetaria Moderna* (TMM): L.R. WRAY, *Credit and State Theories of Money. The Contributions of A. Mitchell Innes*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton 2004, 271 pp. La polémica recurrente en torno a las propuestas de la TMM ha alcanzado ya dimensiones inabarcables; uno de los contrapuntos críticos más recientes y asequibles lo ofrece J. CASTAÑEDA FERNÁNDEZ, «Modern Monetary Theory. Why it can't provide sustained economic growth and low inflation», *IEA Current Controversies*, No. 77, abril 2021, 32 pp., disponible en <https://iea.org.uk/publications/modern-monetary-theory-why-it-cant-provide-sustained-economic-growth-and-low-inflation/>.

<sup>26</sup> Muy recomendable, sobre las relaciones entre keynesianismo y *neo-chartalismo* —en su versión más reconocible de la TMM—, es el artículo de K.S. ROGOFF, «The Age of Inflation. Easy Money, Hard Choices», *Foreign Affairs*, noviembre-diciembre 2022, disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/world/age-of-inflation-kenneth-rogoff>.

con la que acometer mediante impuestos el pago de la deuda que financió en el pasado el déficit público. De este modo, JOHN MAYNARD KEYNES (1883-1946) sería un *ricardiano* ortodoxo, sumiso a la regla de la *equivalencia* entre deuda pública e impuestos. El problema estaría cuando la expansión no tiene lugar, no es suficiente o tarda demasiado en llegar y, por tanto, el déficit se consolida y, como sucede actualmente, no para de crecer. Uno de los enigmas del keynesianismo —en el que, obviamente, no podemos profundizar aquí— consiste en entender por qué su creador dejó abierto un abismo entre la teoría monetaria del *Tratado sobre el dinero* (1930) y la teoría fiscal y macroeconómica de la *Teoría General* (1936)<sup>27</sup>, hasta el punto de dejar irresuelta —en realidad, ni siquiera planteada— la cuestión de qué pasaría si no hay base fiscal suficiente para atender el endeudamiento derivado de los déficits públicos generados por las políticas anticíclicas. El *neo-chartalismo* de la así llamada *Teoría Monetaria Moderna* (TMM) ha cubierto el vacío. Como hemos anticipado, no habría tal problema, ya que la emisión de dinero permite a los Estados endeudarse sin tasa y generar todo el dinero que sea preciso para pagar sus deudas, caso de que no se alcance un nivel de productividad suficiente para recaudar impuestos. Así pues, estaríamos ante una nueva *equivalencia* superadora de la *ricardiana*. No es solo que los impuestos y la deuda pública sean, en buena medida, sustitutivos entre sí, sino que el dinero sería *equivalente* a los impuestos, vendrían a ser lo mismo, y, por tanto, el dinero sería también *equivalente* —un mecanismo de reemplazo— de la deuda pública, por mucho que los *neo-chartalistas* se empeñen tanto en negar a las divisas soberanas la consideración de deuda como en repudiar el efecto impositivo de la inflación causada por su emisión. Para cerrar el círculo, este peculiar cóctel de teoría económica supondría la impugnación frontal de la fiscalidad *ricardiana*, ya que justifica acudir por sistema a la emisión de dinero para financiar los déficits públicos anticíclicos.

Si es legítimo pensar que la *equivalencia ricardiana* tiene como condición de partida una visión optimista de la racionalidad de los agentes económicos y de su capacidad para un cálculo riguroso en la toma de decisiones, no lo es menos que el maridaje keynesiano y *neo-chartalista* basa su optimismo en la inefable ingenuidad de quienes, todo a la vez, se ven sujetos a impuestos y

---

<sup>27</sup> Los dos volúmenes del *Treatise on Money* de Keynes, una obra monumental, vasta y con una hechura sistemática, aparecieron publicados en 1930 por Cambridge University Press; el primero de ellos está subtítulo «The Pure Theory of Money», el segundo «The Applied Theory of Money». Su libro más célebre, *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, fue publicado en Londres en 1936 por Macmillan. Pero el primer abordaje serio de la teoría monetaria por parte de Keynes tuvo lugar con anterioridad al *Treatise*, concretamente en *A Tract on Monetary Reform*, publicado por Macmillan en 1923 (adviento que, pese a la denominación de «Tracto», esta obra no es breve). Las disonancias entre la teoría monetaria de Keynes y sus propuestas en la *General Theory* han sido bien analizadas por A.M. CARABELLI y M.A. CEDRINI, «Keynes' General Theory, Treatise on Money and Tract on Monetary Reform: Different Theories, same Methodological Approach?», *CESMEP Working Paper*, No. 2/2013, 29 pp., disponible en [https://www.academia.edu/7690333/Keyness\\_General\\_Theory\\_Treatise\\_on\\_Money\\_and\\_Tract\\_on\\_Monetary\\_Reform\\_Different\\_Theories\\_Same\\_Methodological\\_Approach](https://www.academia.edu/7690333/Keyness_General_Theory_Treatise_on_Money_and_Tract_on_Monetary_Reform_Different_Theories_Same_Methodological_Approach). No obstante, las llamadas de atención sobre la difícil concordancia entre una vertiente y otra de las aportaciones de Keynes vienen de largo. Una de las más célebres es la de H. HAZLITT, *The Failure of the «New Economics»*, David Van Nostrand Co., Princeton 1959, a la que dedica un Capítulo completo, el XX (pp. 288-295); más recientemente, T. CONGDON ha llevado a cabo toda una serie de estudios sobre Keynes, los keynesianos y sus aporías que tratan también sobre esa cuestión y vienen recogidos en su ya citado *Money in a Free Society. Keynes, Friedman, and the New Crisis in Capitalism*, Encounter Books, Londres-Nueva York 2011, 486 pp., entre los que destacaría el Essay 2, «What Was Keynes' Best Book?» (pp. 22-32). Otra aclaración que sería preciso hacer y en la que, como en tantas otras, no nos podemos detener es que, por mucho que las políticas de inspiración keynesiana, de hecho y de manera inevitable, provoquen inflación por expansión de la oferta monetaria, Keynes nunca propuso explícitamente que el incremento del dinero en circulación genere por sí crecimiento económico, muy al contrario, su ideal era la inflación cero: en este sentido, véase G. SELGIN, «Hayek versus Keynes on How the Price Level Ought to Behave», *History of Political Economy*, Vol. 31-4, 1999, pp. 699-721, accesible en <https://doi.org/10.1215/00182702-31-4-699>.

compran una deuda pública que es pagada con la emisión de más deuda. En términos generales y según hemos dicho, la realidad económica de los países inicialmente integrados en la UE respondía al modelo *ricardiano* en el que, de manera reconocible, se inspiró el diseño del proyecto de integración europea. Pero no se sorprendan si comprobásemos que, a fecha de hoy, la práctica fiscal y monetaria de la UE da la razón al segundo de los optimismos.

A mi parecer, fue ANTHONY DE JASAY (1925-2019) quien, en 2003 —con ocasión del referéndum del que resultó el rechazo de Suecia a la Moneda Única—, resumió el núcleo del problema de los *Estados-polizón* a los que se enfrenta el euro:

«Cada miembro de la Eurozona se ve atrapado entre dos alternativas: actuar como polizón fiscal o convertirse en sufrida víctima de los polizones. Es fácil comprender por qué. Cuando un país tiene su propia moneda, la prodigalidad fiscal lleva consigo su castigo. Los intereses de la deuda pública nacional se incrementan desproporcionadamente, tanto por saturación del propio mercado nacional de capitales como por el incremento del riesgo asociado a la divisa. El impago de la deuda y la devaluación de la moneda (que vienen tras la inflación con la que se pretende atenuar el peso de la deuda), aunque algo remotas inicialmente, comienzan a parecer menos improbables. Las repercusiones de una política fiscal laxa se hacen más difíciles de mantener y, con el tiempo, imponen cierta disciplina a los Gobiernos.

(...) Ningún Estado miembro, con la posible excepción de Alemania, es lo suficientemente grande en el conjunto del área como para que la financiación de su déficit represente una colmatación significativa de los mercados financieros de la Eurozona. El riesgo de divisa existe solo respecto de las monedas de fuera de la Eurozona, en la práctica, solo el dólar estadounidense y el yen japonés, (...) por lo que no hay devaluación relativa entre monedas nacionales. La irresponsabilidad fiscal de un país tiene, por tanto, consecuencias adversas generales para la Eurozona, pero solo una pequeña parte de ellas es soportada por quien las provoca, al producirse dicho reparto entre todos los demás países miembros. Es el clásico caldo de cultivo del polizón.

En estas circunstancias, el vicio fiscal no es castigado, mientras que la virtud fiscal sí lo es. (...). En el marco institucional de la Eurozona, la única defensa contra los polizones consiste en hacerse polizón<sup>28</sup>».

Para resumirlo mucho, diríamos que, en un principio, Alemania asumió el papel de *huésped* o *sufriente* de polizones<sup>29</sup>. Pero la fuerza de los incentivos es tan grande que la única estrategia posible para dejar de padecer el parasitismo fiscal de otros Estados miembros consiste en convertirse en parásito, como advirtió DE JASAY. Así, Alemania no solo incumplió de manera

---

<sup>28</sup> «Free-Riding on the Euro», *EconLib Articles*, 17 de septiembre de 2003, disponible en <https://econlib.org/library/Columns/y2003/jasayeuro.html>, la traducción es mía. Sorprende de qué manera anticipó de Jasay —en 2003, hace dos décadas— la potencia de este incentivo a la proliferación de polizones, al decir: «A día de hoy, España se encuentra en situación de equilibrio presupuestario, mientras que tanto Alemania como Francia incurren en déficits cercanos al 4% del PIB (...), la consecuencia es que los deudores españoles tienen que pagar unos intereses más altos, en el medio y largo plazo, de los que pagarían si Alemania y Francia tuvieran equilibrio presupuestario» (op. cit., la traducción es mía).

<sup>29</sup> J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO nos ofrece un estudio muy recomendable para entender el posicionamiento de Alemania en relación con los Programas de compra de deuda soberana por el BCE/SEBC: «Sobre democracia, metodología y dinero. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 5 de mayo de 2020, sobre el PSPP», *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 122 (2021), pp. 295-331, disponible en doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.122.09>. Aconsejo también a este respecto el excelente trabajo de L.P. FELD y V. WIELAND, «The German Federal Constitutional Court Ruling and the European Central Bank's Strategy», *Journal of Financial Regulation*, Vol. 7-2, 2021, pp. 217-253, disponible en: <https://doi.org/10.1093/jfr/fjab006>.



flagrante el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) sin sanción alguna<sup>30</sup>, sino que ha puesto en marcha los primeros intentos —de momento, frustrados, al menos en parte— de saltarse sus propias reglas constitucionales de restricción del déficit presupuestario<sup>31</sup>, lo que muestra una disposición a dejar de ejercer como flagelador de pródigos y heterodoxos fiscales para convertirse, no ya en uno más de ellos, sino en el principal, en proporción a la importancia relativa de su economía en el conjunto de la Eurozona.

Lo visto sobre la *equivalencia ricardiana* y el juego de los incentivos que rigen las dinámicas presupuestaria y monetaria no solo nos conciernen por definir el núcleo de las relaciones entre fiscalidad y dinero, sino porque sirve de marco a las elaboraciones sobre las Áreas Monetarias, de las que enseguida me ocupó para dar cuenta de la configuración de la Eurozona.

## 2.2. La UE, ¿un caso demasiado peculiar de Área Monetaria Común (AMC)?

### a. Algo sobre el tratamiento de las relaciones monetarias transnacionales en la teoría económica

La arquitectura de la UE es también reflejo de elaboraciones de la teoría económica dedicadas a la formación y funcionamiento de las así llamadas Áreas Monetarias Comunes (AMC/AMCs, en adelante), además de haber recepcionado experiencias precedentes, de diversos ámbitos geográficos —no solo el europeo— y de ser el resultado de la consolidación progresiva de una convergencia monetaria entre gran parte de los futuros países miembros<sup>32</sup>. Se ha pensado que, en cierto modo, la propuesta de las AMCs vendría a ser la prolongación hacia el ámbito plurinacional de la *equivalencia ricardiana* y de la visión monetarista, opuesta esta última a la *chartalista*. Pero, como veremos, la omnipresencia de la dualidad de posturas no conoce excepciones, ni en lo que afecta a la configuración de las AMCs en general ni a la EZ en particular.

El efecto principalmente buscado por un AMC consiste en la normalización de las relaciones comerciales entre los diferentes países integrados mediante la evitación de la manipulación de los tipos de cambio entre sus monedas respectivas, con el fin de atenuar la competencia entre sus estructuras productivas o comerciales nacionales o, en caso contrario, de sacar un partido

<sup>30</sup> Este episodio y sus derivaciones han sido objeto de certero análisis por A. ESTELLA DE NORIEGA en «The Muting of the Stability and Growth Pact», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 23, diciembre 2021, pp. 73-90, disponible en DOI: <https://doi.org/10.1017/cel.2021.6>.

<sup>31</sup> Debo limitarme aquí a hacer una remisión a la Sentencia (2 BvF 1/22, Rn. 1-231) del Segundo Senado del Tribunal Constitucional alemán de 15 de noviembre de 2023 [disponible en [https://www.bverfg.de/e/fs20231115\\_2bv000122.html](https://www.bverfg.de/e/fs20231115_2bv000122.html)], que resuelve que la Segunda Ley de Presupuesto Suplementario 2021 es incompatible con el artículo 109, apartado 3, el artículo 110, apartado 2, y el artículo 115, apartado 2, de la Ley Fundamental (GG) y, por tanto, es nula. Los citados preceptos constitucionales, introducidos en 2009, establecen el límite del 0,35% del PIB para el crecimiento interanual de la deuda pública, límite que puede ser suspendido y, de hecho, lo fue con motivo de la pandemia entre el 2020 y el 2022. El Gobierno alemán entrante a finales de 2021, al darse cuenta de que no se habían utilizado 60.000 millones de euros de deuda autorizados, decidió incorporarlos a un fondo especial para el clima y la transformación económica no incluido en el Presupuesto del 2022. Para el Bundesverfassungsgericht, destinar dicha cantidad a un objetivo distinto del previsto es una decisión a posteriori «incompatible con la Ley Fundamental», ya que el Gobierno no justificó de modo suficiente la relación entre la emergencia de la situación, el uso de los fondos y el desfase temporal. Véase también la Nota de Prensa con la que se anunció la Sentencia, con la misma fecha de 15 de noviembre, disponible en <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-101.html>.

<sup>32</sup> Para adquirir una visión tan extensa como precisa sobre relaciones monetarias transnacionales, recomiendo el reciente trabajo de A. CARRERA y A. CENCINI, *National and International Monetary Payments: From Smith to Keynes and Schmitt*, Palgrave-Macmillan, Londres-Nueva York 2024, 288 pp.

excesivo de su superioridad. Quiere decir esto que la finalidad constitutiva de un AMC es, justamente, ordenar o racionalizar la redistribución de rentas y de riqueza entre sus miembros para la consecución de una mayor cohesión. Se trata, en suma, de diluir la estrategia de *empobrecimiento del vecino* (*beggar-thy-neighbour*) para generar una dinámica comúnmente provechosa<sup>33</sup>.

En una AMC, los déficits o superávits de las balanzas de pagos de los países que las componen, así como las relaciones de cambio entre sus divisas, serían guías fiables del desempeño económico: quiénes compran más de lo que producen, y al contrario. Así, si un país compra a otro más de lo que le vende, tendrá una balanza de pagos bilateral deficitaria y, como esa diferencia se paga en la moneda del país vendedor, esta moneda se revalorizará en relación con la moneda del país comprador, lo cual se reflejará en el tipo de cambio entre dichas monedas. Esto funciona también como un mecanismo de equilibrio entre países con diferentes monedas y no solo de rivalidad, ya que la ventaja en los tipos de cambio hará que los tenedores de la moneda con mayor valor relativo quieran adquirir bienes y servicios del otro país; por este motivo, un tipo de cambio aparentemente desfavorable puede convertirse en una ventaja para atraer dinero del exterior, tanto para inversiones como para compras de bienes y servicios, con las consiguientes mejoras de productividad y de balanza comercial en el país receptor de fondos. Se trata, en suma, de un mecanismo de oscilación dominado por las preferencias de los operadores económicos —del mercado, diríamos— que, en consecuencia, permite la adición de valor, el buen funcionamiento de los intercambios y la adecuada asignación de recursos.

Todo esto vendría impedido si fuera posible incidir premeditadamente sobre los tipos de cambio entre las monedas. En cierto modo, en el amplio ámbito multilateral de los países con relaciones comerciales regulares y que operan en régimen de economía de mercado —*lato sensu*, obviamente— funcionó hasta hace no mucho el sistema instaurado en la Conferencia de Bretton Woods de 1944, es decir, incluso antes de que terminara la II Guerra Mundial<sup>34</sup>. Este orden monetario y económico se ha basado en tipos de cambio fijos entre monedas y entre cada una de ellas y el dólar estadounidense que, a su vez, tenía una convertibilidad fija con el oro. Los acuerdos y las medidas unilaterales de devaluación por parte de los Estados signatarios se sometieron a restricciones y, aunque eran posibles con la adecuada justificación y publicidad, conllevaban siempre represalias y severas pérdidas reputacionales además de que difícilmente eran capaces de evitar el castigo de los mercados internacionales de divisas; por estos motivos, tenían lugar de manera muy esporádica y su alcance solía ser paupérrimo. El recurso a los aranceles era el único remedio eficaz —en detrimento inmediato de los ciudadanos del propio país que los impone— para defender la falta de productividad nacional. Como la realidad misma nos ha permitido comprobar, un régimen monetario tal contenía eficaces incentivos para la globalización del comercio y la consiguiente reducción drástica de las barreras arancelarias.

---

<sup>33</sup> Breve y sugerente me ha parecido la exposición que ofrece sobre esto E. TOUT en el post «Plans for a fictitious world: Keynes's global bank and currency», *Blogs LSE*, 10 de marzo de 2023, disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/economichistory/2023/03/10/keynes-global-bank-and-currency/>.

<sup>34</sup> De entre el enorme número de estudios disponibles sobre el sistema instaurado en Bretton Woods, destacaría el libro de B. EICHENGREEN, *Global Imbalances and the Lessons of Bretton Woods. The Cairoli Lectures*, MIT Press, Cambridge (MA) 2010, 210 pp., donde el autor aborda de manera muy sugerente buena parte de los aspectos que nos ocupan aquí.

El sistema instaurado en Bretton Woods era una suerte de AMC para el amplio grupo de países signatarios gobernada por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, en el que el patrón oro jugaba todavía una importante función; es más, desde el principio, el patrón oro, en sus diferentes versiones, no fue otra cosa que el anclaje de esa gran área monetaria. Como es de sobra conocido, en 1971, el Presidente Richard Nixon liquidó el orden monetario hasta entonces vigente al suspender —provisionalmente, de manera oficial, definitivamente, en términos reales— la convertibilidad del dólar estadounidense con el oro<sup>35</sup>. El dólar es en la actualidad la divisa de uso universal, pero en un contexto en el que todas las monedas tienen una fisonomía exclusivamente fiduciaria, ya que su respaldo consiste, sin más, en la confianza en la capacidad fiscal de los países emisores, incluido EEUU.

Era lógico pensar que esto diese buenas opciones a la emergencia de otras divisas de referencia en el escenario internacional, concretamente a una moneda paneuropea, que tenía como antecedentes ciertas experiencias de AMCs dentro del viejo continente<sup>36</sup> y el soporte de un incipiente Mercado Común. En este panorama debe entenderse el nacimiento del euro y de su precedente más inmediato, el Sistema Monetario Europeo (SME) y la unidad de cuenta —que no medio de cambio—, el ECU (European Currency Unit), que lo sustentaba, consistente en un esquema libre de tipos de cambio entre las monedas soberanas de la CEE, todas ellas indexadas al marco alemán. La implantación del Mercado Único Europeo conllevó, justamente, el incremento de la movilidad de personas, capitales y factores productivos. Supuestamente, con la pérdida de soberanía monetaria por los países miembros, desaparecían las palancas nacionales de manejo de tipos de cambio y se abría el camino para una confluencia o simetría económica a lo largo y ancho de la CEE, que es la finalidad principal del proceso de integración europea. Aunque lo analizo más adelante, por su importancia, no puedo dejar de mencionar que la fijación de reglas fiscales en materia de déficit y endeudamiento públicos, además de la armonización tributaria —aspecto inatendible aquí—, iban dirigidas a introducir la necesaria disciplina económica y a favorecer la competencia propia de una economía de mercado en la CEE.

Con todo fundamento, se ha atribuido al economista canadiense Robert Mundell (1931-2021) la paternidad intelectual del euro, propugnado por él mismo desde época muy temprana en el marco en sus celebradas aportaciones sobre las AMCs<sup>37</sup>, que le hicieron merecedor del Nobel en 1999, no por casualidad coincidente con el alumbramiento oficial de la Moneda Única. La vena mundelliana del euro no puede ser más patente si tenemos en cuenta que Mundell sostuvo con

---

<sup>35</sup> Recomendaría vivamente, sobre este conjunto de episodios, el formidable libro de J.E. GARTEN, *Three Days at Camp David: How a Secret Meeting in 1971 Transformed the Global Economy*, Amberley Publishing, Stroud 2021, 435 pp. Muy interesante también es el de H. HAZLITT, *From Bretton Woods to World Inflation: A Study of the Causes and Consequences*, Regnery Gateway, Chicago City 1984, 179 pp.

<sup>36</sup> Sobre estos antecedentes hay una abundantísima literatura; puede verse el trabajo de G. BAZOT, E. MONNET y M. MORYS, «The flexibility of the classical gold standard (1870s-1914). Any lessons for the Eurozone?», en E. CASTAÑEDA FERNÁNDEZ, A. ROSELLI y G.E. WOOD, *The Economics of Monetary Unions. Past Experiences and the Eurozone*, Routledge, Abingdon-Nueva York 2020, pp. 17-30. El análisis y las propuestas lanzadas en su día por H.O. SCHMITT, con ocasión de la ruptura de la regla de la convertibilidad del dólar son otra referencia obligada: véase «International Monetary System: Three Options for Reform», *International Affairs*, Vol 50-2, 1974, pp. 193-210, disponible en: <https://doi.org/10.2307/2616693>.

<sup>37</sup> Su trabajo más reseñado es un breve y legible artículo: «A Theory of Optimum Currency Areas», *The American Economic Review*, Vol. 51-4 (1961), pp. 657-665. Véase también otro trabajo posterior, «The Economics of Common Currencies», en H. JOHNSON y A. SWODOBA (Eds.), *The Economics of Common Currencies. Proceedings of the Madrid Conference on Optimum Currency Areas*, Routledge, Abingdon 1973, pp. 114-132.

firmeza su existencia sin Unión Fiscal<sup>38</sup>. No menos evidente es la adscripción *monetarista* de este economista —pese a sus polémicas con Milton Friedman<sup>39</sup>— y *ricardiana*<sup>40</sup>, que le llevó a la firme defensa de políticas monetarias y fiscales restrictivas.

Y aquí viene una de las más llamativas paradojas del euro, que sus turbulencias hayan puesto al descubierto el influjo procedente de la otra orilla de la teoría económica, la keynesiana, *distributiva* o *bancaria*. Se trata de la reencarnación a escala europea de una concepción sobre las AMC's que, como la de J.M. Keynes, resultó la perdedora en la confrontación por definir la arquitectura económica y monetaria internacional tras la II Guerra Mundial<sup>41</sup>. El denominado *Plan Keynes*<sup>42</sup> opuso a la propuesta estadounidense —que finalmente prevaleció, como es bien sabido— para la Conferencia de Bretton Woods un sistema basado en el *bancor*, la unidad de cuenta común multinacional, expresada en oro. Con ella se liquidarían los pagos de las transacciones transfronterizas a los que servirían de vehículo los Bancos Centrales de los países integrados en él, denominadas en las respectivas divisas y originadas por las operaciones entre

---

<sup>38</sup> Véanse las declaraciones publicadas el 29 de julio de 2014 en la revista digital alemana *Focus Online*, bajo el título «Vater des Euro fleht: Eurozone muss zurück auf Los» [disponible en [https://www.focus.de/finanzen/doenchkolumne/vater-des-euro-fleht-euro-zone-zurueck-auf-los-doenchs-finanzen\\_id\\_2440230.html](https://www.focus.de/finanzen/doenchkolumne/vater-des-euro-fleht-euro-zone-zurueck-auf-los-doenchs-finanzen_id_2440230.html)], donde, en plena crisis de deuda soberana de la EZ, reivindicó la recuperación del consenso inmediatamente anterior al establecimiento del euro, donde un régimen libre de tipos de cambio de divisas mantenía los incentivos para el buen desempeño económico y fiscal de cada país.

<sup>39</sup> Más que interesante me resulta el resumen de las controversias entre ambos economistas ofrecida, a modo de entrevista cruzada entre los dos economistas, en «One World, One Money?», *Policy Options*, mayo 2001, pp. 10-30, disponible en: <http://www.irpp.org/po/archive/may01/friedman.pdf>. Interesa destacar que Friedman se alineó expresamente entre los que sostenían una opinión más escéptica sobre la viabilidad del euro: véase el artículo, escrito conjuntamente con A. SCHWARTZ, «Déjà vu in Currency Markets», *Wall Street Journal*, 22 de septiembre de 1992, disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://miltonfriedman.hoover.org/internal/media/dispatcher/214406/full>.

<sup>40</sup> Precisamente, fue R.J. BARRO (op. cit., p. 1096-1097) quien hizo notar la comunidad de intereses y la interconexión de enfoques entre la fiscalidad *ricardiana* y las aportaciones de R. MUNDELL, tanto en materia fiscal como sobre áreas monetarias comunes. C.A.E. GOODHART ofrece una exposición muy sugerente de la proyección del debate de fondo sobre el dinero hacia las propuestas de AMC's y, concretamente, la configuración misma de la Eurozona: cfr. «The two concepts of money: implications for the analysis of optimal currency areas», *European Journal of Political Economy*, Vol. 14-3 (1998), pp. 407-432, disponible en [https://doi.org/10.1016/S0176-2680\(98\)00015-9](https://doi.org/10.1016/S0176-2680(98)00015-9). No menos recomendable para abundar en las relaciones entre dinero y fiscalidad desde la perspectiva mundelliana es el trabajo de A. ALESINA, R.J. BARRO y S. TENREYRO, «Optimal currency areas», en M. GERTLER y K. ROGOFF (Eds.), *NBER Macroeconomics Annual*, Vol. 17, 2002, pp. 301-356, accesible en <https://www.nber.org/books-and-chapters/nbermacroeconomics-annual-2002-volume-17>.

<sup>41</sup> Entre la abundantísima bibliografía sobre esta confrontación, destacaría el libro de B. STEIL, *The Battle of Bretton Woods: John Maynard Keynes, Harry Dexter White, and the Making of a New World Order*, Princeton University Press, Princeton-NJ 2014, 480 pp.

<sup>42</sup> KEYNES definió su propuesta mucho antes de la Conferencia de 1944, desde sus ya citados trabajos *A Tract on Monetary Reform* (1923) y *Treatise on Money* (1930), y la recogió en sucesivas versiones preliminares, según él mismo relata en «Activities 1940-1944: Shaping the Post-War World, The Clearing Union», recogido en D. MOGGRIDGE y E. JOHNSON (Eds.), *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, Vol. XXV, Cambridge University Press, Cambridge 2012, 484 pp., disponible online en <https://doi.org/10.1017/UPO9781139520188>. Hay un considerable número de estudios que muestran las semejanzas entre el *Plan Keynes* y el funcionamiento del Eurosistema, sobre todo en lo tocante a los saldos T2; sigo aquí dos de ellos, el de M. LAVOIE, «The Eurozone: Similarities and differences with Keynes's Plan», *IMK Working Paper*, No. 145 (2015), Hans-Böckler-Stiftung, Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK), Düsseldorf, disponible en: <https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:101:1-2015032510721>, y el de J. BARREDO-ZURIARRAIN, R. MOLERO-SIMARRO y A. QUESADA-SOLANA, «Euro-Dependence — A Peripheral Look beyond the Monetary Union: A Proposal of Reform of the TARGET2», *Review of Radical Political Economics*, Vol. 49-3, 2017, pp. 375-393.

agentes económicos que, a su vez, se instrumentaban a través de los bancos comerciales dependientes de ellos en sus circunscripciones nacionales. Según esto, la Unión Monetaria Internacional tendría como núcleo central un Banco Internacional que funcionaría básicamente como contrapartida central o gran cámara de compensación —la International Clearing Union (ICU)—, además de como gestor de todo el sistema. Este planteamiento keynesiano del orden monetario global, que pone el énfasis en el mecanismo de *neteo* de posiciones y no tanto —aunque lo contenga— en el régimen de paridades estáticas entre divisas —los tipos de cambio fijos o *estrechos*—, está cargado por sí solo de claras connotaciones redistributivas, cuyos rasgos y derivaciones más destacadas conviene resumir:

- a) Se evitaría que hubiese una moneda que se erigiera en clave del sistema —esto explica la férrea oposición de EEUU y el fracaso final de la propuesta keynesiana<sup>45</sup>—, ya que todas las divisas de los países integrados tendrían, sin excepción, un tipo de conversión estable y preestablecido con la unidad de cuenta común, el *bancor*, y este, a su vez, con el oro.
- b) Los desequilibrios en las balanzas de pagos —para Keynes, la principal causa de inestabilidad económica y origen de todo conflicto— quedarían atenuados, ya que se permitiría el mantenimiento de un cierto nivel de saldos deudores y acreedores por parte, respectivamente, de los países deficitarios y excedentarios, de forma que, cuando se superase, por arriba o por abajo, la cuota asignada a cada país, se empezaría a pagar un interés y, llegado el caso, se podrían adoptar por el sistema medidas correctoras de las desviaciones.
- c) Bajo determinadas condiciones de estrés o desequilibrio, se permitirían las devaluaciones de las monedas nacionales, así como los controles de capitales y restricciones a las importaciones y exportaciones por parte de las autoridades de los países miembros.
- d) El sistema de pagos sería instrumento exclusivo del funcionamiento de las balanzas comerciales de los países integrados y, por tanto, restringido a soportar las transacciones reales de bienes y servicios y no los movimientos meramente *especulativos* de capitales.

Interesa retener que el *Plan Keynes* propugnaba la mutualización, al menos parcial y temporal, de los déficits y superávits de las balanzas de pagos como mecanismo de cooperación, entendimiento y convergencia progresiva entre las economías nacionales, cada cual con su moneda y fiscalidad propias, pero también con una referencia central o unidad de cuenta que haría funcionar la equidistribución. Junto a esto, la interdicción del aludido flujo *especulativo* de capitales se dirigiría a evitar la alteración del equilibrio del sistema —en especial, los tipos de conversión entre divisas con el *bancor*— por el antojo de los mercados financieros. El señalamiento de tal separación arroja luz sobre las discusiones acerca de si las asimetrías en los saldos TARGET2, como sistema de pagos de la EZ, se deben al funcionamiento de las balanzas de pagos o a los flujos del mercado de capitales. Hay propuestas de Keynes que no podrían instaurarse en la EZ, como la restricción a la circulación de capitales o la devaluación de monedas nacionales que, por definición, no existen. Sin anticipar más de lo necesario el análisis posterior, diré ahora que el *Plan Keynes* no sólo intentaba gestionar la redistribución dentro de un AMC, sino también definir sus límites para contener los desincentivos. Sus semejanzas con el régimen

---

<sup>45</sup> Tan sugerente como bien conocida a este respecto es la ya citada obra de B. STEIL, *The Battle of Bretton Woods: John Maynard Keynes, Harry Dexter White, and the Making of a New World Order*.

de la EZ son muchas, tanto en términos funcionales como estructurales; permítanme apuntar el ECU, unidad de cuenta inmediatamente previa al euro, así como la jerarquía de tres niveles en el flujo de pagos del sistema —los bancos comerciales, los Bancos Centrales y el Banco Internacional—, que coincide con la del Eurosistema y con la operatoria de los saldos T2.

*b. Breve apunte sobre el trilema de las AMCs y sus versiones*

Para explicarlo con brevedad, la propuesta de MUNDELL sobre las AMCs, identificada como de *economía abierta*, contenía, según el mismo proponente señaló<sup>44</sup>, un *trilema* consistente en que cualquier forma de asociación monetaria transnacional impone a sus miembros la elección de solo dos de entre estos tres objetivos, con la consiguiente renuncia a uno de ellos:

- a) Una política monetaria nacional independiente, asociada a una divisa propia y al monopolio soberano de emisión.
- b) Estabilidad en los tipos de cambio entre las divisas soberanas concernidas.
- c) Integración financiera para favorecer el libre flujo transfronterizo de capitales en los países agrupados.

Como sucede con cualquiera de ellas, se trata de una modelización de aplicación limitada en sus estrictos términos que, en el mundo de las variadas formas de AMCs reales, ha encontrado habitualmente el contrapunto de soluciones intermedias, tales como una relativa flexibilidad en los tipos de cambio, una integración financiera no completa por la imposición de ciertos controles en la circulación de capitales, así como una independencia monetaria con condicionantes<sup>45</sup>.

Pero el *trilema* de las AMCs ha conocido una versión exitosa, formulada por D. RODRIK desde una perspectiva más amplia que la monetaria y para el contexto general de la globalización o, como él mismo prefiere decir, la integración económica internacional<sup>46</sup>. En esencia, esta versión sugiere esa misma limitación de elección de dos de las tres opciones siguientes:

- a) Integración económica internacional.
- b) Mantenimiento de la soberanía nacional.

---

<sup>44</sup> Aclaro que el *trilema* fue formulado de manera independiente y separada por MUNDELL (cfr. «Capital mobility and stabilization policy under fixed and flexible exchange rates», *Canadian Journal of Economics and Political Science*, Vol. 29-4, 1963, pp. 475-485; disponible en: doi:10.2307/139336) y por J.M. FLEMING (cfr. «Domestic financial policies under fixed and floating exchange rates», *IMF Staff Papers*, No. 9 (1962), pp. 369-379; disponible en: doi:10.2307/3866091). De ahí que sea conocido como el *trilema* de Mundell-Fleming. Se emplean más denominaciones, entre otras, «impossible trinity», «unholy trinity» «irreconcilable trinity», «inconsistent trinity», «open economy trilemma» y «policy trilemma».

<sup>45</sup> Para entender el funcionamiento de las diferentes experiencias de AMCs, incluida la EZ, recomiendo el muy sugerente, actualizado y conciso artículo de J. AIZENMAN, «A modern reincarnation of Mundell-Fleming's trilemma», *Economic Modelling*, Vol. 81 (2019), pp. 444-454, que sigo aquí en gran parte.

<sup>46</sup> Se trata de su célebre artículo «How Far Will International Economic Integration Go?», *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14-1, 2000, pp. 177-186, disponible en: DOI: 10.1257/jep.14.1.177. Este autor desarrolló más esta idea inicial en *The Globalization Paradox. Why Global Markets, States, and Democracy Can't Coexist*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York 2011, 368 pp.

- c) Una democracia nacional altamente participativa, con pleno sufragio universal, elevada capacidad de movilización política y existencia de responsabilidad real de los gobernantes frente a la ciudadanía.

Como el propio RODRIK apuntaba<sup>47</sup>, su versión del *trilema* podría ser aplicada para la comprensión de la EZ, cosa que se ha hecho, entre otros, por J. SNELL<sup>48</sup> de forma muy sugerente. Según este enfoque de la EZ, resulta muy perceptible, también en esta variante, la adopción de soluciones de compromiso, que han dosificado, a lo largo de los diversos periodos de calma y estrés, el grado de menoscabo o exclusión de cada una de las opciones. El recorrido que hacemos por las etapas de la EZ desde la perspectiva de los saldos T2 tiene la virtualidad de mostrar nítidamente ese juego.

Todo este trasiego, en gran medida oculto, ha sido provocado, como bien argumenta AIZENMAN, por la emergencia de un cuarto factor derivado de la interconexión entre los componentes de las *economías abiertas*, la *estabilidad financiera* del área de integración de que se trate y, en general, de todo el mapa de áreas relacionadas. A diferencia de la formulación originaria del *trilema*, en el que el modelo proporciona un claro vínculo directo entre los objetivos políticos y la política económica, la *estabilidad financiera* requeriría de un complejo conjunto de herramientas dirigidas a reducir la fragilidad causada por la disparidad de equilibrios que rigen en cada uno de los miembros, en términos de madurez productiva y disciplina monetaria, así como de la credibilidad de sus mecanismos de protección frente a fluctuaciones especulativas y *shocks*<sup>49</sup>. Con la *estabilidad financiera*, estaríamos ante el bien público de toda AMCs, que serviría para circunvalar el *trilema* y que nos hace volver a las visiones enfrentadas sobre las AMCs que se han explicado. Como hemos dicho, la EZ sería un destacable ensayo de realismo político, de ruptura del corsé.

Nos percatamos de que la política monetaria sitúa la redistribución en un nivel superior y, al tiempo, mucho más profundo, pues no estaríamos ya frente al debate sobre si tiene o no sentido el control de precios de ciertos bienes y servicios y los instrumentos que se empleen, fiscales o regulatorios, sino por qué y cómo se configura la medición de todo bien o servicio, o sea, el valor mismo, considerado del modo más genérico, omnicompreensivo y radical. En efecto, nos situamos en el núcleo del debate de las ciencias sociales<sup>50</sup>, como testigos y partícipes de un vuelco en los

<sup>47</sup> Cfr., op. cit., p. 182.

<sup>48</sup> Cfr. «The Trilemma of European Economic and Monetary Integration, and Its Consequences», *European Law Journal*, Vol. 22-2, 2016, pp. 157-179.

<sup>49</sup> Véase AIZENMAN, op. cit., p. 452.

<sup>50</sup> De un lado, la inspiración de este trabajo, como tal vez su mismo título refleje, es *posneriana*, deudora del bien conocido artículo de R.A. POSNER «Taxation by Regulation», *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1 (1971), pp. 22-50. De otro, también se apreciarán claras resonancias *villarianas*, concretamente del artículo seminal de J.L. VILLAR PALASÍ, «Fisco versus Administración. La teoría nominalista del impuesto y la teoría de las prestaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, No. 24 (1957), pp. 11-38, incluido en A. RUIZ OJEDA (Ed.), *José Luis Villar Palasí (1922-2012). Obras selectas*, Iustel, Madrid 2022, pp. 521-543. Pueden encontrarse algunas glosas sobre diversos aspectos de las aportaciones de POSNER y de VILLAR —así como de las conexiones entre ambos— en A. RUIZ OJEDA, «La regulación económica y sus eslabones perdidos», en J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y F.J. VILLAR ROJAS (Coords.), *Derecho administrativo y regulación económica: Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid 2011, pp. 1197-1225; en «Fiscalidad y redistribución regulatoria en Villar Palasí», *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 174 (2015), pp. 169-202; y en «Acción colectiva, regresividad fiscal y redistribución regulatoria en la obra de José Luis Villar Palasí», *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, Vol. 17 (2016), disponible en: <https://pe.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=77334005181223a6d7d5ebf2712b8bb3>.

presupuestos que hasta ahora han servido para comprender problemas y concebir soluciones<sup>51</sup>, aunque obedezca a razones identificadas desde antiguo<sup>52</sup>.

### 2.3. El Eurosistema, o el *federalismo monetario* de la Eurozona: organización, gobernanza e interacciones entre el BCE, los BCNs, los bancos comerciales y los Estados

#### a. Rasgos básicos de la organización y del régimen de gobernanza del Eurosistema

Aunque no sean del todo únicas —hay semejanzas con el caso estadounidense<sup>53</sup>—, llaman la atención la estructura organizativa y el régimen de gobernanza interno del Eurosistema para definir y llevar a efecto la política monetaria de la EZ. Es preciso exponer concisamente su configuración antes de analizar la operatoria y ámbito relacional a los que sirve de sustento. Además, son precisas varias aclaraciones preliminares.

En alguno de sus preceptos, el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) parece atribuir la política monetaria de la UE al Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), que comprende, junto con el BCE, a los Bancos Centrales de todos los países miembros de la UE: «El objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales, denominado en lo sucesivo “SEBC”, será mantener la estabilidad de precios. Sin perjuicio de este objetivo, el SEBC apoyará las políticas

---

<sup>51</sup> Me refiero, en concreto, a un redireccionamiento hacia las ideas de CARL SCHMITT y a la frase que sirve de pórtico a su célebre *Politische Theologie*: «Soberano es quien decide sobre el estado de excepción» («Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet») [*Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Verlag von Duncker & Humblot, Múnich-Leipzig 1922, p. 13; hay traducción española: Editorial Trotta, Madrid 2009, 180 pp., que contiene tanto su *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía* (de 1922, como su *Teología política II. La leyenda de la liquidación de toda teología política* (de 1969), escrito este último muy posterior, que consiste en una réplica a las críticas del teólogo E. PETERSON en su tracto *Der Monotheismus als politisches Problem: Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Theologie im Imperium Romanum*, Hegner Verlag, Leipzig 1935, 158 pp., del que también hay traducción española: *El monoteísmo como problema político*, Editorial Trotta, Madrid 1999, 144 pp.]. La producción académica sobre SCHMITT no solo es abundante, sino que ha proliferado recientemente; entre los iuspublicistas españoles, destacaría algunos de los estudios de G. GONZÁLEZ ORFANEL, «Soldados y ciudadanos, según Carl Schmitt», *Revista de Estudios Políticos*, No. 103 (2004), pp. 251-270; «Excepción, necesidad y Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 48 (2021), pp. 193-214; su Estudio de Contextualización, titulado «El defensor de la Constitución», al libro *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid 2022, pp. 11-32; «La identidad constitucional alemana y los contenidos intangibles de la Ley Fundamental en relación con la Unión Europea», en G.M. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS y E.C. RAFFIOTTA (Dirs.), *Constitución e integración europea. Ciudadanía, derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales*, Dykinson, Madrid 2017, pp. 211-229, este último de alcance más general.

<sup>52</sup> Tal vez haya que tener en cuenta más que nunca la proclama de OTTO MAYER, «Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht» (*Deutsches Verwaltungsrecht* [vol. 2], Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1924, p. 3 [traducción al español en 4 volúmenes, *Derecho Administrativo alemán*, De Palma, Buenos Aires 1949]). El recurso a esta idea de MAYER es relativamente frecuente entre los iuspublicistas españoles; concretamente, VILLAR PALASÍ recurre a ella para ilustrar la expansión y desarrollo de la actividad administrativa a falta de los consensos políticos y constitucionales: cfr. «Concesiones administrativas», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Vol. IV, Francisco Seix, Barcelona 1975, p. 685 (trabajo incluido en A. RUIZ OJEDA (Ed.), *José Luis Villar Palasí (1922-2012). Obras selectas*, cit., p. 266).

<sup>53</sup> Concretamente, los saldos T2 tienen una configuración parecida al Interdistrict Settlement System (ISA Balances), vigente desde la creación misma de la Reserva Federal de EEUU en 1913, que deriva de la integración en ella de 12 distritos territoriales, cada uno de ellos con su respectivo Banco Central o de Reservas. Sinn ofrece un certero resumen de las semejanzas y diferencias entre los T2 y el ISA en *The economics of Target Balances. From Lehman to Corona*, cit., pp. 10-11. Los saldos en ISA, a diferencia de los T2, sí son objeto de liquidación final cada año, mediante los pagos correspondientes de los Bancos de Reserva de los distritos deudores a los de los acreedores.



económicas generales de la Unión con el fin de contribuir a la realización de los objetivos de la Unión establecidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea. El SEBC actuará con arreglo al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, fomentando una eficiente asignación de recursos de conformidad con los principios expuestos en el artículo 119» (art. 127.1 TFUE)<sup>54</sup>. Esto estaría en consonancia con la previsión inicial, plasmada en el Tratado de Maastricht, de que todos los países miembros de la UE tendrían al euro como moneda, cosa que no ha sucedido<sup>55</sup>. En otros preceptos, el TFUE precisa que, si bien el BCE y los BCNs de todos y cada uno de los Estados miembros forman el SEBC, el BCE y los BCNs de los Estados miembros «cuya moneda es el euro» son quienes «constituyen el Eurosistema» y «dirigirán la política monetaria de la Unión» (art. 282.1 TFUE), de manera que «los Estados miembros cuya moneda no sea el euro y los bancos centrales de estos mantendrán sus competencias en el ámbito monetario» (art. 282.4 TFUE). De aquí podríamos deducir que el Eurosistema es el titular exclusivo de las competencias de política monetaria en la EZ<sup>56</sup> —que no de toda la UE, como podría seguirse del inciso último del art. 282.4, que se refiere a «la Unión», sin especificar si es la UE en su totalidad o la Unión Monetaria— y este será el entendimiento sobre el que basamos la explicación que sigue, pese a que la sombra del equívoco persiste en numerosos pasajes del TFUE y de los Estatutos del SEBC/BCE. Hemos de irnos al art. 1 del Reglamento Interno del BCE (aprobado por la Decisión BCE/2004/2, de 19 de febrero de 2004) para salir algo más de dudas: «Se entenderá por “Eurosistema” el Banco Central Europeo (BCE) y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda sea el euro». Importa señalar que la no pertenencia a la EZ de algunos Estados miembros de la UE está considerada como una «excepción» por el TFUE en su art. 144.1 (antiguo art. 122.1) y por el art. 43 del citado Reglamento Interno, que declara no aplicables los derechos y obligaciones de los Estatutos del SEBC/BCE a los países cuya moneda no es el euro, por lo que, entre otras cosas, quedan excluidos de participar en los órganos rectores del BCE.

El Eurosistema carece de personalidad jurídica propia y separada del BCE y de los BCNs, por lo que solo podría ser considerado como una estructura organizativa y operativa, que paso a describir con brevedad, junto con su configuración competencial. El Eurosistema lo integran entidades con personalidad jurídica propia y forma societaria, el BCE y cada uno de los BCNs, y cuenta con tres órganos colegiados rectores, el Comité Ejecutivo, el Consejo de Gobierno y el Consejo General. No nos ocuparemos de este último porque sus competencias quedan restringidas a la gestión de las funciones transitorias derivadas de la implantación de las diferentes fases de la Unión Monetaria (art. 44 Estatutos SEBC/BCE). El Comité Ejecutivo lo componen el Presidente, el Vicepresidente y otros cuatro miembros, todos ellos «nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros representados por sus Jefes de Estado o de Gobierno, sobre la base de una recomendación del Consejo y previa consulta al Parlamento Europeo y al Consejo de Gobierno, de entre personalidades de reconocido prestigio y experiencia profesional en asuntos monetarios o bancarios» (art. 283.2 TFUE y art. 11.2 Estatutos SEBC/BCE); el Consejo de Gobierno, a su vez, está formado por los seis integrantes del Comité Ejecutivo y por

---

<sup>54</sup> En el mismo sentido, el art. 2 de los Estatutos del SEBC y del BCE.

<sup>55</sup> El art. 3.4 (antiguo art. 2.4) del TUE prescribe que «La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro».

<sup>56</sup> Una explicación más extensa y muy recomendable es la que ofrecen D. GROS y G. TABELLINI en «Institutional Framework for Monetary Policy», *Centre for European Policy Studies Working Document*, No. 126 (1998), 21 pp.

los Gobernadores o Presidentes de cada uno de los BCNs, actualmente un total de veintiséis (6 + 20) (art. 283.1 TFUE y art. 10 Estatutos SEBC/BCE).

Antes de resumir las complejidades de la *organización grupal* del voto del Consejo (cfr. art. 10, apartados 2 y 3 de los Estatutos SEBC/BCE), reseñemos que, aunque se proclama que el valor de cada uno de los votos de quienes lo integran es el mismo (art. 10.2, *in initio*, Estatutos SEBC/BCE) —lo cual sería trasunto del desiderátum expresado en el TFUE de que los miembros de dicho Consejo velen por el interés de la EZ en su conjunto y no por el de cada país miembro<sup>57</sup>—, para concretas decisiones<sup>58</sup> existe un régimen específico de ponderación de voto —que no se aplica a los miembros del Consejo que forman parte del Comité Ejecutivo<sup>59</sup>— en función de la *clave de capital* y de ciertas magnitudes macroeconómicas de cada país, a las que también me refiero a continuación. El Consejo de Gobierno tiene competencias estrictamente decisorias, y es al Comité Ejecutivo al que corresponde llevarlas a efecto y velar por su cumplimiento (art. 12.1 Estatutos SEBC/BCE), así como preparar los órdenes del día de las reuniones del Consejo de Gobierno, que suelen celebrarse quincenalmente. El BCE, con su estructura orgánica y operativa, tiene una misión de asistencia al Comité Ejecutivo para la implementación de las decisiones del Consejo de Gobierno y para coordinar la actuación de los BCNs en ese mismo sentido; por tanto, el BCE carece de capacidad decisoria propia.

La Decisión 2003/223/CE, de 21 de marzo de 2003 (DOUE del 1 de abril), del Consejo Europeo, reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno, modificó el apartado 2 del art. 10 de los Estatutos SEBC/BCE e instauró una suerte de *grupalización* de los Presidentes o Gobernadores de los BCNs en el Consejo de Gobierno, a modo de régimen general de ponderación de voto, añadido al ya mencionado para asuntos específicos, y que tampoco afecta a los miembros del Consejo que lo son también del Comité Ejecutivo. Básicamente, los actuales 20 Presidentes o Gobernadores de BCNs que hay en la actualidad son distribuidos en dos grupos<sup>60</sup>, en función de la participación de cada Estado en el «producto interior bruto total a precio de mercado y en el balance agregado total de las instituciones financieras monetarias de los Estados miembros que hayan adoptado el euro». El primer grupo lo componen los 5 Presidentes o Gobernadores de los

---

<sup>57</sup> Así, el art. 130 TFUE establece: «En el ejercicio de las facultades y en el desempeño de las funciones y obligaciones que les asignan los Tratados y los Estatutos del SEBC y del BCE, ni el Banco Central Europeo, ni los bancos centrales nacionales, ni ninguno de los miembros de sus órganos rectores podrán solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano. Las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones».

<sup>58</sup> Son las relativas a las propias claves de capital y a sus modificaciones y ajustes, activos exteriores de reserva, asignación de ingresos monetarios a los BCNs y de beneficios y pérdidas

<sup>59</sup> Literalmente, dice el art. 10.3 Estatutos SEBC/BCE, que «La ponderación de los votos de los miembros del Comité Ejecutivo será cero».

<sup>60</sup> La vigente versión del art. 10.2 de los Estatutos prevé la distribución de los Presidentes o Gobernadores en tres grupos cuando el número de países de la EZ llegue a 22 o más, con el mismo criterio de PIB y balance agregado del sistema bancario de cada uno de ellos, el primero de ellos con 5 miembros y 4 votos, el segundo con un número de integrantes igual a la mitad del total de Presidentes o Gobernadores y 8 votos, y el tercero formado por los restantes y al que corresponderán 3 votos. Se aprecia, por tanto, que, en cualquier caso, el número de votos de los Presidentes o Gobernadores de los BCNs en el Consejo de Gobierno es el mismo (11 = 8 + 3), con independencia de los países de la EZ alcancen o no la cifra de 22, mientras que el número de votos de los miembros del Consejo que lo son también del Comité Ejecutivo se mantiene constante, o sea, en 6. Como vemos, permanece sin cambios, en cualquier caso, el número total de 21 votos del Consejo de Gobierno.

BCNs de los países con los mayores porcentajes de participación (Alemania, Francia, Países Bajos, Italia y España); el segundo, los restantes 15. Dentro de cada grupo, los votos de sus integrantes tienen, no obstante, idéntico valor y las decisiones del grupo se adoptan por mayoría simple, como regla general. En el total del Consejo, al primero de los grupos corresponden 4 votos y al segundo 11. De este modo, el Consejo de Gobierno tiene un total de 21 votos, ya que a los 4 y 11 de uno y otro grupo se añaden los 6 de los miembros el Comité Ejecutivo. Por tanto, no queda ya mucho de la paridad de votos en el Consejo de Gobierno, según observamos por este régimen general de ponderación. Obviamente, tal *grupalización* pretende atenuar el predominio que la igualdad de los votos de los miembros del Consejo de Gobierno confiere a los Presidentes o Gobernadores de los BCNs de los países de la EZ con economías de más reducido tamaño, al tiempo que se fortalece la posición del *núcleo estable* del Eurosistema, es decir, los miembros del Comité Ejecutivo. Sin identificarse del todo, esta ordenación replica en cierto modo la estructura de la participación de cada país de la EZ en el capital del BCE de la que ahora me ocupo con brevedad.

El BCE, en tanto que sujeto societario dotado de personalidad jurídica, además de prestar un soporte fundamental para todo el Eurosistema, daría una referencia ilustrativa del peso relativo de cada Estado de la EZ mediante la denominada *clave de capital*, que no es otra cosa que el porcentaje de aportación y participación de los BCNs respectivos en el capital social del BCE. El criterio para la determinación de los porcentajes (art. 29.1 Estatutos SEBC/BCE) es una combinación a partes iguales de un parámetro poblacional y otro macroeconómico —el PIB de cada país, en relación con el del total de la EZ—. Así se comprende mejor el propósito de limitación del efecto redistributivo que contiene el régimen de toma de decisiones por el Consejo de Gobierno de la regla general «un miembro/un voto». En tanto que el Eurosistema en modo alguno es reducible al BCE, el Consejo de Gobierno es un órgano del Eurosistema en su conjunto, no del BCE. No puede olvidarse que cada Estado miembro es propietario y socio único de su BCN respectivo, por lo que no resulta tan improcedente considerar que, si existe algún tipo de sesgo nacional en la orientación del voto del representante de cada uno de los BCNs en el Consejo de Gobierno, solo podría responder a ese factor. Esta consideración, aparentemente cogida al paso, se ve reforzada desde la perspectiva funcional que nos proporcionan las interacciones entre los principales agentes implicados en el Eurosistema, que analizamos someramente a renglón seguido, con atención a los rasgos de mayor interés para este estudio. Como es lógico, la *clave de capital* no solo se aplica para la ponderación del valor del voto para la adopción de decisiones específicas ya mencionadas, sino también para el reparto de ingresos (art. 32 Estatutos SEBC/BCE), beneficios y pérdidas (art. 33 Estatutos SEBC/BCE), tanto del BCE como ente societario, como del Eurosistema, aspecto que retomaremos al explicar los saldos T2.

*b. El entramado relacional del Eurosistema: BCE, BCNs, bancos comerciales y Estados*

El primer ámbito que merece consideración viene dado por el hecho de que es a los BCNs y no al BCE a quienes corresponde —bajo la dirección y supervisión de este último— la llevanza efectiva de las diferentes operaciones de dación de liquidez a las entidades de crédito domiciliadas en sus territorios nacionales respectivos, así como la recepción de las reservas, tanto obligatorias como voluntarias, de estos últimos. Para tales propósitos se emplean los instrumentos de política monetaria definidos por el Consejo de Gobierno, en unos términos comunes para la totalidad de la EZ, si bien, como luego comprobaremos, se han establecido condiciones diferenciadas para algunos de dichos instrumentos. Se añadirán a esto algunos detalles relevantes en el epígrafe dedicado a los saldos T2 pero, de momento, digamos que las diferentes operaciones de dación de

liquidez exigen a las entidades de crédito unas garantías o colaterales que suelen consistir en créditos otorgados a terceros, en especial —aunque no exclusivamente— títulos de deuda pública.

Esto pone de manifiesto un segundo orden relacional en el Eurosistema, derivado del hecho de que los principales tenedores de deuda pública en la EZ son las entidades de crédito, en particular, las domiciliadas en cada país respecto del Estado miembro en cuestión —no obstante, más adelante veremos que otros BCNs y los inversores extranjeros adquieren también esa deuda pública—, tanto porque la necesitan como respaldo de las operaciones de liquidez con sus BCNs, como por su función como intermediarios para su colocación a terceros inversores. Aquí vemos que los BCNs son tenedores últimos de un elevado volumen de la deuda pública emitida por sus Estados, por dos conceptos, primeramente, como garantía de las citadas operaciones de liquidez con los bancos comerciales y, en segundo lugar, porque ellos mismos la adquieren en propiedad plena mediante compra en el denominado *mercado secundario* —el *mercado primario* sería el de las compras directas al Estado emisor, que el BCE y los BCNs tienen expresamente prohibidas por el art. 123 TFUE— a cualesquiera titulares, sean o no entidades de crédito, cuestión a la que nos referiremos posteriormente en varias ocasiones.

Esto último nos obliga a explicar una característica esencial de toda moneda fiduciaria, incluida el euro, como es obvio. Consiste en que, en términos macroeconómicos —aquí es importante la noción de *agregados monetarios*, en la que no podemos detenernos—, el dinero es creado por el sistema bancario en su conjunto mediante relaciones de crédito: *a)* emisión de monedas y billetes por los Bancos Centrales; *b)* operaciones de dación de liquidez por los Bancos Centrales a los bancos comerciales; *c)* el crédito que los bancos comerciales otorgan a otros agentes. Así, las reservas —como hemos dicho, obligatorias, en función del volumen total de crédito que otorgan, y voluntarias— constituidas por las entidades de crédito en sus BCNs respectivos, junto con el dinero en metálico y el papel moneda, forman la denominada Base Monetaria (BM, que es uno de los *agregados monetarios*), también llamado *dinero de alta potencia*, por ser aquel cuya creación depende directamente de actuaciones llevadas a cabo por los Bancos Centrales.

En situaciones ordinarias, las entidades de crédito acuden a dichas operaciones de liquidez cuando no tienen acceso a la proporcionada por otras entidades y carecen de efectivo suficiente en sus propias cuentas de tesorería y de reservas voluntarias en el BCN para atender las demandas de crédito, hacer frente al reintegro de los depósitos de sus clientes o ambas cosas a la vez. Tales operaciones de liquidez consisten, simplemente, en que el BCN incrementa por el importe correspondiente la cuenta de reservas del banco —con la aportación del colateral oportuno, recordemos—, y dicho incremento supone la creación de dinero, ya que ha crecido el volumen total de las reservas. Asimismo, cuando el BCN emite monedas y billetes crea también dinero e incrementa la BM. No nos detendremos en este segundo componente de la BM, aunque sea la forma de dinero con la que tal vez estemos más familiarizados, ya que, en dimensión agregada, es una parte muy pequeña de la oferta monetaria total. Lo importante para nosotros es retener que la dación de liquidez por los BCNs a sus bancos comerciales mediante el incremento de las reservas disponibles por estos supone por sí sola el aumento de la cantidad de dinero por el mismo importe de la liquidez otorgada. Se comprenderá mejor esta idea crucial por lo que enseguida decimos y por las explicaciones sobre el funcionamiento de los saldos T2.

A su vez, debemos reseñar algo de las relaciones entre las entidades de crédito y los Bancos Centrales, que da razón de un segundo nivel de creación de dinero desde la perspectiva macroeconómica que hemos apuntado, también mediante la dación de crédito, ahora por parte

de dichas entidades a los operadores económicos. Los bancos comerciales crean dinero —históricamente, siempre lo han hecho así— cada vez que otorgan un crédito y por el mismo importe del crédito concedido<sup>61</sup>, si bien no es del todo cierto que dicho dinero sea «creado de la nada» o «del puro aire»<sup>62</sup>. En un sistema fiduciario no existe, por definición, el anclaje o control de emisión que proporcionó el patrón oro, basado en la convertibilidad en dicho metal del papel moneda librado por los bancos comerciales, que les obligaba a mantener un porcentaje prudencial de reservas de oro. Como es sabido, en la actualidad, uno de los principales mecanismos de control de la emisión de dinero por los bancos comerciales a través de la dación de crédito se hace mediante el establecimiento de determinadas cuantías de reservas obligatorias en sus Bancos Centrales. Por eso, la creación de dinero en esta vertiente de relaciones crediticias no se lleva a cabo en el vacío, de manera incondicional e ilimitada, y no solo por la citada obligación de mantenimiento de reservas mínimas, sino por la propia configuración del sistema bancario que, junto con la estructura fiscal, ha sustituido al oro como anclaje del dinero fiduciario.

La creación de dinero por los bancos comerciales al dar un crédito se produce de manera escrituraria, mediante la mera apertura al acreditado de un depósito en el propio banco acreedor por el importe del crédito otorgado. Ahora bien, el dinero así creado va destinado a operaciones con terceros que normalmente, a su vez, lo recibirán y depositarán en las cuentas que tienen en sus bancos respectivos. Esto se lleva a cabo a gran escala en el seno del sistema bancario mediante el flujo de compensaciones entre el banco del pagador y el del receptor; tales compensaciones pueden tener lugar, indistintamente, de forma directa entre las entidades concernidas —relaciones de crédito interbancario—, o a través de las cuentas que ambas tienen en el Banco Central común, si los dos bancos están residenciados en el mismo país —retengamos este dato para cuando se trate de distintos países—. Por tanto, por mucho que el crédito pueda ser otorgado y el dinero creado por el banco acreditante, el dinero solo podría ser aplicado por quien recibe el crédito en operaciones de pago si dicho banco obtiene crédito en el mercado interbancario o cuenta con reservas suficientes en el Banco Central.

Significa todo esto que los bancos comerciales tienen en el pasivo de sus balances depósitos con un doble origen, por una parte, los constituidos como contrapartida de los créditos que ellos mismos otorgan y, por otra, los que reciben del exterior, procedentes de otras entidades, y que constituyen una fuente de financiación en calidad de fondos ajenos. Pero también este segundo tipo de depósitos allegan al banco receptor mediante los mismos mecanismos de compensación que acabamos de mencionar. Así pues, tanto unos depósitos como otros se instrumentan y son

---

<sup>61</sup> Tal vez la explicación más célebre, además de reciente, de la creación de dinero mediante crédito puede encontrarse en M. MCLEAY, A. RADIA y R. THOMAS, «Money Creation in the Modern Economy», *Bank of England Quarterly Review*, Q1-2014, pp. 14-27.

<sup>62</sup> No puedo evitar la cita del excelente artículo de G.A. SELGIN «Banks Are Intermediaries of Loanable Funds», *Cato Working Paper*, No. 80, 18 marzo 2024, 48 pp. (disponible en: <https://www.cato.org/working-paper/banks-are-intermediaries-loanable-funds>), donde propone una crítica incisiva a la capacidad irrestricta de creación de dinero por los bancos comerciales mediante la dación de crédito, postulada por la que él mismo denomina «Thin Air Theory», cuyos destacados representantes son los ya citados MCLEAY, RADIA y THOMAS. Recomiendo también las explicaciones de R.A. WERNER que se contienen en dos artículos: «Can banks individually create money out of nothing? — The theories and the empirical evidence», *International Review of Financial Analysis*, Vol. 36 (2014), pp. 1-19, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.irfa.2014.07.015>; y «How do banks create money, and why can other firms not do the same? An explanation for the coexistence of lending and deposit-taking», *International Review of Financial Analysis*, Vol. 36 (2014), pp. 71-77, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.irfa.2014.10.013>.

posibles mediante los flujos soportados por el crédito interbancario o por las reservas de los bancos comerciales en el Banco Central, o sea, por las entrañas del sistema bancario.

Resumidamente, los bancos comerciales, de manera simultánea y como misión diferenciadora propia, crean dinero al dar crédito y hacen circular, a título de intermediarios, el dinero creado por otros. El flujo de compensaciones que hemos apuntado da lugar a toda una serie de posiciones acreedoras y deudoras de los diferentes agentes —Bancos Centrales, entidades de crédito y operadores económicos no bancarios— en el seno del sistema bancario, cuyo saldo neto global, para decirlo con concisión, conforma la cantidad total de dinero en una jurisdicción monetaria. Despunta en este circuito de flujos su estructura piramidal, jerárquica, dotada de rangos identificables pero permeables entre sí a través de conductos preestablecidos, con la que nos volveremos a encontrar seguidamente al tratar de los saldos T2.

Hemos de afrontar un último aspecto antes de entrar de lleno en la explicación de los saldos T2, la del *señoreaje*, es decir, el beneficio obtenido por el emisor o creador de dinero y por su puesta en circulación que, en principio, sería la diferencia entre el coste de emitirlo —prácticamente cero— y aquello que adquiere o recibe a cambio —el interés que le pagan por el dinero que emite y presta a otros—. Como adelanto de lo que se expone en el epígrafe siguiente, podemos apuntar ahora que, justamente, la condición crediticia del dinero permite prevenir un aprovechamiento abusivo por el emisor de su función. En el caso de un banco comercial, su beneficio como emisor vendrá determinado por la diferencia entre los intereses que paga por el dinero que recibe y que es creado por otros —Banco Central o bancos comerciales— y el que cobra a quienes da crédito —Banco Central, otros bancos comerciales o agentes económicos no bancarios—. Lo mismo sucede en el caso de un Banco Central, cuyo *señoreaje* será la diferencia entre el interés que cobra por el dinero que crea mediante el préstamo a sus bancos comerciales y el que paga por el que reciben a través de las reservas obligatorias y voluntarias de dichos bancos. Resulta indispensable establecer limitaciones al *señoreaje*, ya que el efecto necesario de la emisión de dinero es el incremento de la masa monetaria y la consiguiente inflación, consistente en la subida del nivel general de precios y en la pérdida de valor adquisitivo de la moneda, y que constituye un impuesto regresivo encubierto<sup>65</sup>. El premio o castigo al desempeño de las funciones de intermediación crediticia —cada cual a su modo— por los Bancos Centrales y por los bancos comerciales, traducido en la obtención de beneficios o pérdidas procedentes de los ya citados diferenciales de interés, es concebido como un freno eficaz al abuso del *señoreaje*.

Y antes de pasar al ya anunciado apartado central de este estudio, precisemos que todo este entramado relacional se ve afectado en la EZ por la existencia del BCE, con las misiones que ya se han expuesto, a la que debe añadirse su posición de entidad-pináculo en la estructura jerárquica del sistema de pagos, a modo de cámara de compensación entre los BCNs, del modo que enseguida se explica. Tal posición está justificada por la existencia misma de la EZ como ámbito de libre circulación de capitales a lo largo y ancho de todo su alcance territorial, estructurado mediante este peculiar esquema de *federalismo monetario*, que es también un *federalismo bancario*.

---

<sup>65</sup> Decía J.M. KEYNES que la inflación «es la forma de tributación que el público más difícilmente puede eludir y que el más débil de los gobiernos es capaz de aplicar» (*A Tract on Monetary Reform*, cit., p. 46, la traducción es mía).

### 3. TARGET2 (T2): la sigilosa herramienta redistributiva para la Eurozona

#### 3.1. Un sistema de pagos convertido en mecanismo de crédito intraeuropeo, automatizado e ilimitado, en el curso de las tribulaciones de la Eurozona

Los antecedentes más inmediatos de la actual Unión Monetaria Europea consistieron en experiencias de armonización monetaria entre países europeos que perseguían el control de las fluctuaciones de los tipos de cambio entre divisas, entorpecedoras del funcionamiento de las políticas comunes de la entonces CEE.

Tras la II Guerra Mundial, el inicio de la confluencia monetaria europea consistió en el establecimiento de un sistema de pagos, la European Payment Union<sup>64</sup>. Pero la primera experiencia recibió la gráfica denominación de Serpiente Monetaria Europea, fruto del Acuerdo entre los Estados miembros de la CEE del 21 de marzo de 1972, como respuesta a la liquidación del sistema de Bretton Woods —que provocó la citada volatilidad en el mercado de divisas, que cotizaban libremente frente al dólar estadounidense— y atravesó por serias dificultades, hasta llegar a una vía muerta. En 1979, mediante un simple acuerdo —luego respaldado por el Acta Única Europea de 1987<sup>65</sup>— entre los Bancos Centrales de los países de la CEE —interesante precedente de su protagonismo actual— se instauró el Sistema Monetario Europeo (SME, European Monetary System-EMS), dotado de un Mecanismo Europeo de Cambio (MEC, European Exchange Rate Mechanism-ERM) entre las monedas nacionales de los Estados miembros de la CEE y de una unidad de cuenta común, el ECU (European Currency Unit). Así se configuró el anticipo inmediato de la Moneda Única. Ciertamente, el SME tuvo una existencia azarosa pero que resultó de enorme utilidad para la consecución de la Unión Monetaria, además de proporcionar información de interés para comprender la actual situación. El SME consistió en un sistema de libre flotación de los tipos de cambio entre monedas, sin controles de cambio de divisas, aunque con posibilidad de restricciones al libre movimiento de capitales, y que tenía como referencia al marco alemán. Proporcionó una disciplina fiable para afianzar el camino hacia la deseada convergencia de las economías nacionales, pero obligaba a los Estados miembros a adoptar decisiones del todo visibles para manejar las turbulencias —típicamente, las devaluaciones de sus monedas y, en su caso, el acuerdo de salida del SME, como fue el caso del Reino Unido en 1992— que, además, comportaban dificultades operativas muy notables que incluían el flujo de relaciones y reproches entre los Estados y el de sus respectivos Bancos Centrales. Además, el SME exigía controles al movimiento transnacional de capitales que, como es obvio, resultaban incompatibles con el proyectado Mercado Único. En resumen, la creación de una Moneda Común sería un sistema que prescindiera por completo de los tipos de cambio entre divisas, con un marco alemán reconvertido en euro y, sobre todo, dotado una estructura común, más *discreta* y operativa, en la que residenciar la política monetaria de la nueva AMC<sup>66</sup>. El euro,

---

<sup>64</sup> Cfr. CAPIE, GOODHART y SCHNADT, «The development of central banking», cit., p. 23.

<sup>65</sup> El Acta Única adicionó al Título III del Tratado CEE un nuevo Capítulo 1 sobre «Cooperación en materia de política económica y monetaria (Unión Económica y Monetaria)» (art. 102 A).

<sup>66</sup> Véase I. ANGELONI, V. GASPARI y O. TRISTANI, «The Monetary Policy Strategy of the ECB», en D. COBHAM y G. ZIS (Eds.), *From EMS to EMU: 1979 to 1999 and Beyond*, Palgrave-Macmillan, Londres-Nueva York 1999, pp. 3-38; disponible en: [https://doi.org/10.1007/978-1-349-27745-2\\_2](https://doi.org/10.1007/978-1-349-27745-2_2). Aunque hay muchos estudios que recogen los antecedentes referidos, me permito sugerir este, en el que me baso para el resumen que aquí ofrezco.

en tanto que heredero del Deutsche Mark, es un proyecto eminentemente político, aunque en absoluto carente de lógica económica<sup>67</sup>.

El sistema de pagos para la EZ que vamos a explicar ahora y que cuenta con respaldo normativo genérico<sup>68</sup>, tendría una función aparentemente adicional o superpuesta a la Moneda Común; no obstante, a la luz de los antecedentes, tiene una entraña más profunda, pues los BCNs desempeñan, a través del sistema de pagos, como bien señaló KARL POLANYI (1886-1964), el papel de *colchones* entre las economías *internas* de cada país y las economías *externas*, presente de manera muy visible en el último tramo de vigencia del patrón oro durante el sistema de Breton Woods<sup>69</sup>.

Ahora bien, el sistema de saldos T2 no solo no ha sido establecido formalmente por instancia legislativa alguna, sino que ni siquiera figuraba en los paneles de datos o en la información en abierto del Eurosistema, por lo que su existencia misma pasó del todo inadvertida al público en general. De ahí que no sea exagerado decir que su puesta en conocimiento por un artículo académico de H.W. SINN y T. WOLLMERSHAEUSER, en 2011<sup>70</sup>, constituyó un auténtico descubrimiento para casi todos, que obligó al BCE a incluir, a partir de ese año, los datos sobre saldos T2 en la información pública periódica. La fecha del descubrimiento es plenamente coincidente con el hervor de la primera crisis del euro y de deuda soberana de la EZ del bienio 2010-11. A partir de aquí, estalló una prolija polémica a todos los niveles, incluido el político, de la que damos alguna cuenta.

Por la generalidad de su ámbito competencial (cfr. art. 12.1 Estatutos SEBC/BCE), y falta de previsión específica, no se concibe otra posibilidad que la de atribuir al Consejo de Gobierno la creación y el establecimiento del régimen de funcionamiento de los saldos T2, aunque no haya rastro de la decisión o decisiones<sup>71</sup>. Veamos de manera concisa los aspectos de mayor relevancia para nosotros<sup>72</sup>.

Lo recientemente explicado en el anterior epígrafe 2.3.b., nos permitirá entender las tres funciones básicas<sup>73</sup> que cumplirían los T2 y que vamos a analizar más adelante: *a)* son el vehículo para la compra de activos por parte del BCE a los BCNs; *b)* sirven para instrumentar los pagos

---

<sup>67</sup> Un trabajo excelente a este respecto es el de S. MEE, *Central Bank Independence and the Legacy of the German Past*, Cambridge University Press, Cambridge-Nueva York 2019, especialmente, p. 313. Esta conexión con la tradición alemana y el pensamiento ordoliberal germánico viene muy correctamente referenciada, entre otros muchos, por M. BRAIMBRIDGE y P.B. WHYMAN, *Crisis in the Eurozone. Causes, Dilemmas and Solutions*, Palgrave-Macmillan, Londres-Nueva York 2015, pp. 10-11.

<sup>68</sup> Así, el art. 22 de los Estatutos SEBC/BCE, prevé que «El BCE y los bancos centrales nacionales podrán proporcionar medios y el BCE dictar reglamentos, destinados a garantizar unos sistemas de compensación y liquidación eficientes y solventes dentro de la Comunidad, así como con otros países».

<sup>69</sup> Véase la conocida obra de POLANYI *The Great Transformation*, Beacon Press, Boston 1940, p. 295.

<sup>70</sup> Se trata de «Target Loans, Current Account Balances and Capital Flows: The ECB's Rescue Facility», *National Bureau for Economic Research Working Paper*, No. 17626, noviembre 2011, 40 pp.

<sup>71</sup> La publicación es estrictamente potestativa, según el art. 34.2 Estatutos SEBC/BCE: «El BCE *podrá* decidir hacer públicos sus decisiones, recomendaciones y dictámenes» (la cursiva es mía).

<sup>72</sup> Sigo aquí al que tal vez sea el más autorizado y completo estudio sobre la materia, el del ya citado H.W. SINN, *The Economics of Target Balances. From Lehman to Corona*, cit.

<sup>73</sup> Cfr. SINN, *The Economics of Target Balances. From Lehman to Corona*, cit., p. 2.



correspondientes a transacciones transfronterizas —de bienes, servicios y capitales— entre los operadores económicos de la EZ, que se llevan a cabo a través de los conductos del sistema bancario (bancos comerciales, BCNs y BCE); c) permiten la distribución mutualizada entre los BCNs de los ingresos del *señoreaje* derivados de la creación de dinero por el sistema bancario en su conjunto.

Aunque, según el TFUE (art. 127.2), corresponde al SEBC «promover el buen funcionamiento de los sistemas de pago» —en el mismo sentido, arts. 3 y 22 Estatutos SEBC/BCE—, esto no significa en modo alguno que deba existir un solo sistema de pagos en la EZ; es más, respecto de las dos primeras funciones, los T2 no tendrían por qué ser necesariamente, en sentido técnico, la única solución para instrumentar los pagos en la EZ<sup>74</sup>. Son de sobra conocidos los mecanismos de pago privados, bien mediante cámaras de compensación constituidas como tales, bien a través de instrumentos informatizados dotados de suficiente seguridad y agilidad, tengan o no el estatuto formal de entidades de contrapartida central. Para el tratamiento de los pagos correspondientes a las transacciones de activos —sobre todo de deuda pública en mercado secundario— por parte de los BCNs y el BCE, no habría impedimento alguno para hacer que el propio BCE funcionase con una cámara de compensación, tanto para las operaciones entre el BCE y los BCNs como para las de estos entre sí —para transferencias transnacionales—, igualmente capaz de liquidaciones instantáneas y con opción de que los activos sean formalmente propiedad, bien de los BCNs, bien del BCE.

Como hemos apuntado, la elección de un sistema como los saldos T2 es del todo deliberada y tendría las siguientes características y consecuencias<sup>75</sup>:

1ª) Las órdenes de pago giradas por cada BCN y por el BCE mismo —y hechas efectivas por el BCN o por el BCE, según quién sea la contraparte— consisten en el puro y simple otorgamiento de un descubierto que no aparece garantizado por ningún tipo de colateral, sea porque el adquirente/ordenante transfiere al pagador/acrededor un activo —por ejemplo, aquel cuya adquisición provoca el pago— con un pacto de recompra —en esto consisten los célebres *repos*—, sea porque se pignora u ofrece otra clase de garantía.

2ª) Dichas órdenes de pago tampoco son objeto de tratamiento para su liquidación específica entre las partes mediante mecanismos de compensación, ni instantánea ni periódica. Significa esto que no existe ninguna cuenta de consolidación distinta del Eurosistema en su conjunto que, como sabemos, no solo carece de personalidad jurídica, sino también de un régimen propio de *cuotas*, por lo que solo quedaría la referencia, a semejanza de un contrato de cuentas en participación, de las *claves de capital* de los Estados de la EZ en el BCE.

3ª) Cada BCN y el propio BCE, según el momento temporal que se considere, tendrá una posición deudora o acreedora en T2 —que, como vemos, cuantifica las relaciones entre los integrantes del Eurosistema—, en función de que el número de órdenes de pago giradas sea mayor o menor que el número de órdenes de pago recibidas. Como acabamos de decir, al no existir liquidación ni entrecruzamiento de participaciones sociales entre

---

<sup>74</sup> Cfr. SINN, op. cit., p. 12, cuya explicación resumimos aquí.

<sup>75</sup> De nuevo, sigo aquí a SINN, op. cit., pp. 13-14.

los BCNs —cuyos accionistas son en exclusiva sus respectivos Estados— ni entre estos y el BCE —participado también en exclusiva por los Estados de la EZ—, no es posible un tratamiento de los saldos mediante compensación, reducción u operación asimilada distinta del flujo mismo de transacciones y órdenes de pago, para las que no existe ninguna restricción cuantitativa o cualitativa.

4ª) Los BCNs y el BCE crean dinero —Base Monetaria (BM), como recordaremos— cada vez que hacen uso de esta facilidad de crédito por descubierto en el Eurosistema mediante el giro de órdenes de pago, por el mismo importe de dichas órdenes. Para limitar el *señoreaje* o beneficio derivado de la emisión de dinero, se establece el devengo de un interés de los saldos deudores medios anuales, para el que rige el mismo tipo que el de la denominada *facilidad de depósito*, o sea, el vigente para la retribución de las reservas de los bancos comerciales en sus BCNs<sup>76</sup>. Los ingresos procedentes de estos intereses se reparten anualmente entre los BCNs según la *clave de capital* de sus respectivos Estados en el BCE<sup>77</sup>, lo cual da lugar a la curiosidad de que los BCNs con posición deudora neta en T2, no solo emiten dinero (BM) a costa de todo el Eurosistema, sino que reciben su porción en el reparto de los ingresos por *señoreaje*. Aquí nos encontramos con la peculiar implementación de la tercera de las funciones de los T2 que hemos señalado anteriormente.

En definitiva, el mecanismo T2 está concebido para que el Eurosistema en su conjunto y no las relaciones bilaterales entre BCNs —el emisor de la orden de pago y quien realiza el pago— o entre cualquiera de ellos y el BCE, sirva de soporte a la creación de dinero, al tiempo que se establece un mecanismo de contención del *señoreaje* que escasamente previene su abuso, ya que los principales emisores de dinero —los BCNs con posición neta deudora— perciben sin restricción alguna la parte que les corresponde de los intereses —con un tipo no penalizado— devengados por todas las posiciones deudoras. No es, por tanto, inapropiado decir que, en la Unión Monetaria Europea, los BCNs emiten la divisa común no solo mediante metálico y papel-monedas<sup>78</sup>, sino en la modalidad escrituraria de *dinero de alta potencia* (BM)<sup>79</sup>. Esto es crucial para entender algo que analizaremos enseguida: a través de T2, los BCNs emiten la misma divisa con la que sus Estados se endeudan, el euro, con lo cual estaríamos en la misma situación que en la época de las monedas soberanas nacionales, supuestamente superada. La ausencia de cualquier clase de previsión sobre la exigibilidad de las cantidades de los saldos deudores en T2 —que, si aplicamos el criterio de la generalidad de competencias del Consejo de Gobierno, requeriría de

---

<sup>76</sup> Esta disposición sobre devengo de intereses de los saldos T2 deudores fue adoptada por el Consejo de Gobierno mediante la Decisión 2077/NP10, que no ha sido objeto de publicación y cuyo conocimiento debemos a Sinn, a quien le fue remitida en privado y como contestación a la petición hecha por escrito por el Ifo Institut für Wirtschaftsforschung, presidido por el propio Sinn: véase op. cit., p. 62, nota 4.

<sup>77</sup> Se trata de la regla general de distribución de ingresos monetarios establecida por el art. 32.5 de los Estatutos SEBC/BCE: «La suma de los ingresos monetarios de los bancos centrales nacionales se asignará a los bancos centrales nacionales proporcionalmente a sus acciones desembolsadas del BCE, sin perjuicio de las decisiones que adopte el Consejo de Gobierno con arreglo al artículo 33.2».

<sup>78</sup> Los Estatutos SEBC/BCE prevén, en su art. 16 (en desarrollo de la previsión del art. 128.2 TFUE), que «el Consejo de Gobierno tendrá el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de banco en la Comunidad, billetes que podrán emitir el BCE y los bancos centrales nacionales».

<sup>79</sup> Me adhiero aquí a la explicación de H.W SINN, op. cit., pp. 25-28.

su decisión expresa<sup>80</sup>— aparece asociada a la falta de un acreedor identificable como tal, ya que el Eurosistema no tiene personalidad jurídica propia y no quedaría otro remedio que acudir al *genus* del contrato de cuentas en participación. Pero aún más llamativo resultaría que, si optamos por negar a los saldos T2 deudores la naturaleza de crédito —y, coincidentemente, rechazar que generen BM—, según algunos han sugerido<sup>81</sup>, exista el ya mencionado devengo de intereses para limitar el *señoreaje*. Escapa a la comprensión cómo un no-crédito o, si se quiere —para elevarnos en la escala del retruécano—, un crédito no exigible puede devengar intereses.

La importancia de todo esto se percibe al analizar el impacto que el funcionamiento de los saldos T2 ha tenido en la EZ en momentos de particular tensión, que nos permite percibir el sentido redistributivo de las medidas de política monetaria. Tomo como referencia periodos temporales que resultan fácilmente identificables e intento limitarme o a lo más indispensable para nosotros<sup>82</sup>.

Ya se ha anticipado que, desde la puesta en circulación del euro y hasta 2007, los saldos T2 pasaron desapercibidos por la irrelevancia de su cuantía, de ahí que la denominemos *Fase 0*. Esta irrelevancia obedecía a una razón fundamental sobre la que luego volveremos: los canales de compensación y flujos de pagos mayoritariamente empleados en la EZ eran, hasta esa fecha, los existentes ordinariamente entre los bancos comerciales, pero la Crisis Financiera Global supuso el colapso de esa red, ya que se instaló la desconfianza entre las entidades de crédito, que dejaron de prestarse unas a otras para sus operaciones ordinarias. Por eso, el conducto interbancario del Eurosistema, los saldos T2, se erigió en la alternativa, primero para afrontar la emergencia y,

---

<sup>80</sup> No hay, como decimos, previsión expresa al respecto en los Estatutos SEBC/BCE, por lo que solo nos cabe echar mano de la cláusula del art. 12.1: «El Consejo de Gobierno formulará la política monetaria de la Comunidad, incluidas, en su caso, las decisiones relativas a los objetivos monetarios intermedios, los tipos de interés básicos y el suministro de reservas en el SEBC, y establecerá las orientaciones necesarias para su cumplimiento».

<sup>81</sup> Hemos de resignarnos a un apretado extracto de las propuestas de los defensores del carácter no crediticio de los saldos T2 deudores. En concreto, conocemos la de M. SANDBU, que sostiene que los saldos T2 son meramente «nocionales» y que, al fin y a la postre, se encuentran en una especie de limbo contable —literalmente, «death by accounting»—, lo cual le lleva a negarles también la consideración de dinero, en el sentido de BM (cfr. *Europe's Orphan: The Future of the Euro and the Politics of Debt*, Princeton University Press, Princeton 2015, pp. 118-122). Digna de mención es también la postura de F. PURIFICATO y C. ASTARITA, que asignan a la supuesta condición crediticia de los T2 y su exigibilidad el carácter de «ejercicio meramente teórico», «aunque interesante», pero que solo consigue alimentar de manera innecesaria la preocupación, por lo que habría que limitarse a considerar que el sistema T2 cumple la misión de registrar de manera transparente y balanceada los flujos de pagos en la EZ, sin mayor relevancia (cfr. «TARGET2 Imbalances and the ECB as Lender of Last Resort», *International Journal of Financial Studies*, Vol. 3 (2015), pp. 501-503, disponible en: doi:10.3390/ijfs3040482; este trabajo es una versión actualizada de un artículo anterior con el mismo título, publicado en *MPRA Paper* No. 51124 (2013), 20 pp., Munich Personal RePEc Archive, disponible en: <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/51124/>). Con el mismo orden de argumentos, PURIFICATO, junto con C. PANICO, ofrece un análisis de los T2 en el contexto de la crisis de deuda pública de la EZ de 2010-12 en «The Debt Crisis and the European Central Bank's Role of Lender of Last Resort», *Working Paper* No. 306 (2013), 11 pp., Political Economy Research Institute (University of Massachusetts at Amherst), disponible en: [https://per.umass.edu/fileadmin/pdf/working\\_papers...rs\\_301-350/WP306.pdf](https://per.umass.edu/fileadmin/pdf/working_papers...rs_301-350/WP306.pdf). La negación de la condición de dinero (oferta monetaria) a los saldos T2, por incremento de la BM por el crecimiento de las reservas de los bancos comerciales en sus BCNs, queda contradicha por el propio BCE y por la metodología de los Bancos Centrales en general, que incluye dichas reservas, junto con el dinero efectivo, dentro del agregado monetario denominado M0: véanse las explicaciones en la web del Banco de España: <https://www.bde.es/wbe/es/areas-actuacion/politica-monetaria/preguntas-frecuentes/definicion-funciones-del-dinero/que-son-agregados-monetarios.html>.

<sup>82</sup> Véase el Anexo I, donde se recoge el diagrama que he empleado como referencia para la identificación de las *Fases* que describo a continuación, que es el elaborado por H.W. SINN.

posteriormente, como mecanismo de uso ordinario. A partir de aquí, se distinguirían nítidamente, con sus correspondientes inflexiones cuantitativas, las siguientes *Fases*:

*Fase 1: verano 2007-verano 2012.* La Crisis Financiera Global provocó, entre otras cosas, un incremento exponencial de los déficits comerciales de las balanzas de pagos de los países periféricos de la EZ. Correlativamente, hubo ingentes movimientos de fondos desde dichos países —sobre todo Grecia y Chipre, aunque no exclusivamente— a los centrales y del norte, a modo de búsqueda de refugio. Tanto lo uno como lo otro solo fue posible a través de la creación de dinero (BM) por los créditos por descubierto de los BCNs habilitados por T2. A su vez, esto necesitó el incremento de las reservas de los bancos comerciales en sus respectivos BCNs, que se llevó a cabo mediante el lanzamiento de los así llamados LTROs (Longer Term Refinancing Operations)<sup>83</sup> —consistentes en préstamos a largo plazo de los bancos por sus BCNs, mediante *repos*— y la compra de activos, sobre todo deuda pública (el célebre QE, Quantitative Easing). Recordemos, como queda explicado en el epígrafe 2.3.b., que ambas operaciones, LTROs y QE, se llevan a cabo a través de las citadas cuentas de reservas. El hito final de esta Fase 1 viene identificado por las declaraciones de Mario Draghi el 26 de julio de 2012: «Whatever it takes». Al terminar este periodo, los saldos T2 positivos de los países acreedores del centro-norte de la EZ, correspondientes a los negativos de los deudores de los países periféricos, alcanzaron la escalofriante cifra de 1 billón de euros<sup>84</sup>.

*Fase 2: verano 2012-verano 2014.* La llegada de una cierta calma a los mercados de deuda pública tras las declaraciones de Draghi, con la correlativa atenuación de las primas de riesgo de la deuda soberana, supuso un descenso de la cuantía de las posiciones acreedoras y deudoras —siempre simétricas en el conjunto de la EZ, recordemos—, aunque se mantuvieron en niveles significativos, concretamente, en el verano de 2014, su nivel más bajo, los T2 se situaron muy poco por debajo de los 0,5 billones de euros<sup>85</sup>. Continuaron, aunque atenuados, los desequilibrios en las balanzas de pagos de los países periféricos y las salidas de fondos desde estos a los países del centro-norte, con los correspondientes incrementos de reservas de los bancos comerciales en los BCNs mediante los LTROs y la compra de activos por estos —incluido el propio BCE— a aquellos. Recordemos que, durante este periodo, no solo estaba vigente el Programa de compra de activos del Eurosistema denominado OMT (Outright Monetary Transactions), sino también la participación del BCE en la compra de deuda pública a los bancos comerciales de los países de la UE, derivada del European Stability Mechanism (ESM), establecido en enero de 2011 como Fondo para el rescate de buena parte del sector bancario europeo. A partir de este hito, rebrotó la crisis de deuda soberana.

---

<sup>83</sup> El lanzamiento de los LTROs obedecía, como bien apuntan C. PANICO y F. PURIFICATO (cfr. «The Debt Crisis and the European Central Bank's Role of Lender of Last Resort», cit., pp. 4-5), al ya indicado cierre del mercado privado interbancario, que colapsó aún más a raíz del acuerdo por el Consejo Europeo, el 21 de julio de 2011, del denominado Private Sector Involvement (PSI), consistente en imponer a los bancos comerciales tenedores de deuda pública griega una quita sobre el nominal de un 53,5%. La cuantía de este primer programa de LTROs se aproximó al billón de euros, con préstamos a 3 años y a un 1% de interés anual.

<sup>84</sup> Tomo el dato de SINN, *The economics of Target Balances. From Lehman to Corona*, cit., p. 30. Según explicamos algo más adelante, los saldos T2 y sus cuantías no fueron objeto de publicación por el BCE hasta 2016.

<sup>85</sup> Cfr. SINN, op. cit., loc. cit., con la misma observación hecha en la nota al pie anterior a esta.

*Fase 3: verano 2014-marzo 2020.* La nueva fase de la crisis de deuda soberana de la EZ hizo que los T2 regresasen a la zona de las cuantías alcanzadas en la *Fase 1*, hasta llegar, en diciembre de 2018, a los 0,9 billones de euros, con un ligero descenso al entorno de los 0,8 hacia finales de 2019 y principios de 2020<sup>86</sup>, o sea, la antesala de la pandemia. La puesta en marcha de los Programas de QE por el Eurosistema, con cuantías aún más exorbitantes, y la correspondiente salida de capitales desde los países periféricos al refugio de los del centro-norte emplearon como vehículo, de nuevo, los saldos T2. El rasgo peculiar de esta *Fase 3* consistió en que los bancos comerciales de la periferia de la EZ fueron progresivamente sustituidos en la tenencia de la deuda pública de sus Estados por los BCNs respectivos y, en menor proporción, por el propio BCE: los acreedores privados fueron reemplazados por acreedores públicos<sup>87</sup>. Asimismo, la adecuada combinación de los LTROs y de la compra de activos (QE)<sup>88</sup> inundó de liquidez a los bancos comerciales que, siempre que podían, prefirieron adquirir activos financieros emitidos desde los países del centro-norte, más seguros y, por tanto, con menores descuentos en las operaciones de colateralización. El libre crédito por descubierto en el Eurosistema, esencia de los T2, hacía que los bancos comerciales de la periferia adquiriesen activos de los países del centro-norte mediante la reducción de sus reservas en sus BCNs que, a su vez, giraban la orden de pago a través del BCE, que reducía en la correspondiente cuantía las reservas del BCN e incrementaba las del BCN del país originador que, a su vez, incrementaba las del banco comercial vendedor por el mismo importe.

*Fase 4: marzo 2020-verano 2024.* La emergencia del covid-19 exacerbó aún más los dos factores protagonistas en la EZ, es decir, la compra de activos<sup>89</sup> y el flujo de capitales desde los países periféricos a los del centro-norte. Correlativamente, los saldos T2 han experimentado un aumento significativo y han superado todos los registros de las *Fases* anteriores, con pocas oscilaciones, entre los casi 2 billones de euros de finales de 2022 e inicios de 2023 y la cifra de algo más de 1,5 billones en mayo de 2024<sup>90</sup>. No debe soslayarse la cuantía creciente de los saldos T2 negativos del propio BCE, que se sitúan, a fecha de mayo de 2024, en los 0,37 billones de euros, a poca distancia de los dos países de acrisolado liderazgo, España (0,44 billones) e Italia (0,43 billones), que responde, sin duda, a la creciente participación del BCE en la compra de activos a raíz de la pandemia a través del Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP)<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> La información la proporciona, sobre la base de los datos publicados por el propio Eurosistema, H.W. SINN en su página web: <https://www.hanswernersinn.de/de/themen/TargetSalden>. Véase el diagrama que recogemos aquí en el Anexo I.

<sup>87</sup> Véanse las explicaciones y datos que ofrece H.W. SINN, op. cit., pp. 53-54.

<sup>88</sup> En este caso y para esta *Fase 3*, la línea de compra de activos más voluminosa y relevante ha sido el PSPP (Public Sector Purchase Programme), que casi alcanzó los 40.000 millones de euros en marzo de 2020.

<sup>89</sup> El volumen total de activos en cartera del Eurosistema alcanzaba en mayo de 2024, según cifras provisionales del BCE, una cuantía ligeramente inferior a los 5,8 billones de euros; véase la información disponible en <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/app/html/index.en.html>.

<sup>90</sup> También aquí me remito a la base de datos de la web monográfica de Sinn: <https://www.hanswernersinn.de/de/themen/TargetSalden>.

<sup>91</sup> Según datos oficiales, el Eurosistema mantenía una posición neta de compras en el PEPP de 1,71 billones de euros a fecha mayo de 2024 (cfr. <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/pepp/html/index.en.html>), sin que,

Dejo para un próximo apartado la explicación de los efectos más destacables de este decurso, pero no me resisto ahora a apuntar dos.

El primero de ellos sería el ya señalado reemplazo de las relaciones interbancarias de asistencia entre bancos comerciales por el circuito T2 del Eurosistema. Esto podría tener sentido en situaciones de emergencia como la Crisis Financiera Global o la pandemia, pero no es difícil percatarse de que se trata de un reemplazo que tiene todos los visos de perpetuarse. En consecuencia, los BCNs no serían ya unos proveedores de liquidez de último recurso, supletorios del mercado interbancario, sino de *único* e inmediato recurso. Esto es coherente con el actual escenario de drástica reducción del número de operadores bancarios, la consiguiente restricción de la competencia en el sector y la alarmante mengua de interconexión del negocio bancario con la economía real, tanto para la captación de depósitos por los bancos como para la dación de crédito a los factores productivos. La hipertrofia de los T2 supone la atrofia de la intermediación crediticia. La eliminación de los riesgos de gestión de liquidez, así como de los costes que lleva necesariamente asociados comporta la desaparición de los incentivos para el tratamiento de dichos riesgos, que han definido y dado consistencia al sistema bancario en su conjunto históricamente, con la consiguiente pérdida de masa crítica.

El segundo, el peligro de una verdadera burbuja en el valor de mercado de los activos, tanto de deuda pública como de cualesquiera otros que sean objeto de los Programas de compra del Eurosistema, dirigidos a contener las retribuciones exigidas por los mercados a las emisiones. En la medida en que los Programas de compra se afrontan, como hemos visto, con la simple creación de dinero (BM) por el Eurosistema a través del crecimiento de los saldos T2, no hay criterio alguno de mercado que discipline las decisiones que se adoptan. Esto genera una verdadera *adicción* al endeudamiento, principalmente por parte de los más entusiastas y principales deudores, los Estados.

Como volveremos sobre ambos, vayamos ya con el análisis del funcionamiento de los T2 desde la perspectiva que nos proporciona la estructura piramidal del Eurosistema.

---

al menos hasta donde nuestro conocimiento alcanza, se hayan hecho públicas de manera desagregada las cuantías suscritas por el BCE.

### 3.2. Jerarquía de niveles contables: el mecanismo de la *novación*

Advertía al principio que, cuando el importe del crédito en relación con la capacidad de pago del deudor lo convierte en impagable y, a renglón seguido, en impagado, se hace patente quién domina a quién, si el acreedor al deudor, o viceversa. Esta situación es, además de origen de incomodidades, inevitable, ya que el problema principal del dinero, del crédito y de la banca es exactamente este. La misión principal de los saldos T2 consiste en el tratamiento de unos créditos interbancarios que no van a ser pagados. Un crédito impagado genera pérdidas en el acreedor por el mismo importe, total o parcial, del impago. Pero, antes de que el impago se consume, por aplicación del principio contable de prudencia, el acreedor debe registrar tales pérdidas en su contabilidad en el momento en que se conoce la posibilidad del impago. El mecanismo contable de las provisiones instrumenta este reconocimiento del deterioro de sus activos por parte del acreedor. Pero, en el Eurosistema, los T2 dispensan a los saldos deudores y acreedores un tratamiento bien distinto, al que se ha dado el nombre de *novación*, una denominación más que desconcertante para los juristas, aunque tal vez no lo sea tanto, según veremos. Sin demasiado exceso verbal, esto podría calificarse de triquiñuela, pero ya sabemos que la naturaleza representativa del dinero demanda esta clase de artefactos, es decir, de ficciones. Comenzó a ser aplicada de manera efectiva en noviembre de 2000<sup>92</sup> —o sea, una vez que ya había entrado en vigor la Unión Monetaria— y se encuentra regulada por el art. 6 de la Orientación del BCE —la denominada *TARGET2 Guideline*— ECB/2012/27, de 5 de diciembre de 2012 (DOUE del 30 de enero de 2013), que constituye hoy día una suerte de texto consolidado de los T2.

Previo un largo periodo de estudios y análisis en diferentes instancias, se terminó por definir la *novación* al modo de una pirámide jerárquica de contabilidades, que consta de tres niveles<sup>93</sup>. De abajo arriba, el más ancho y con más numerosos componentes es el de los bancos comerciales; el intermedio está integrado por los BCNs; por último, el superior tiene carácter estrictamente solipsista, al estar ocupado en exclusiva por el BCE. Aunque se prevén operaciones horizontales, bilaterales o multilaterales, entre los BCNs<sup>94</sup>, T2 introduce un flujo vertical, en sentido ascendente o descendente: cada banco comercial con su BCN, cada BCN con el BCE. De hecho, este flujo vertical está destinado a complementar, cuando no a reemplazar, el flujo horizontal entre bancos comerciales —también puede existir tal horizontalidad entre los BCNs—, conocido como *mercado interbancario*, consistente en la asistencia de liquidez que se prestan entre sí las entidades de crédito.

Esto no tendría que ser así pues, al margen del *mercado interbancario*, los bancos comerciales de la EZ podrían tener una relación directa con el BCE para el depósito de sus reservas y la dación

---

<sup>92</sup> Hasta donde nuestro conocimiento alcanza, la única noticia de este dato consiste en la mención hecha en el Informe de la Banca d'Italia titulado *Ordinary General Meeting of Shareholders. Held in Rome on 31 May 2001*, p. 266, que fue redactado, como su propio título indica, para la Junta General de accionistas de dicho Banco.

<sup>93</sup> Pese a su interés y utilidad, no es posible que nos ocupemos aquí de la exposición de esos antecedentes; me limito a aconsejar las referencias que se encontrarán en el formidable trabajo de MURAU y GIORDANO, «European Monetary Unification through Novation: The Political Economy of the TARGET System», cit. pp. 2-4, también publicado con el título «Forging monetary unification through novation: the TARGET system and the politics of central banking in Europe», cit., pp. 5-6. En materia de *novación*, sigo a estos autores y a su excelente estudio.

<sup>94</sup> Así, el art. 5 de la TARGET2 Guideline previene que «Las operaciones intra-SEBC se procesarán vía TARGET2, a excepción de los pagos que los bancos centrales acuerden de forma bilateral o multilateral procesar mediante cuentas de corresponsalía, cuando proceda».

de liquidez sin mediación alguna de los BCNs. Se trata, por tanto, de una mecánica deliberadamente dirigida a finalidad que a continuación explicamos y ligada a la creación de dinero-base en la EZ. Esta perspectiva contable es la única que permite entender la estructura de los T2 ya que, sea cual sea la transacción a la que el pago corresponda, la relación jurídica en cuanto tal no se da entre quienes forman esa pirámide, sino entre el transmitente y el adquirente. Lisa y llanamente, la imposición de tal circuito jerárquico de pagos transfronterizos va dirigida a apalancar la irreversibilidad del euro, ya que procura la creación de unos saldos deudores de tal cuantía que ni pueden ser satisfechos por los deudores ni exigidos por los acreedores, por lo que la única solución, frente a la alternativa catastrófica del colapso del euro derivado del reconocimiento de semejantes pérdidas por los acreedores, consiste en la creación de un registro contable superior a todos que recoja simétricamente las posiciones deudoras y acreedoras. Si me permiten una versión del todo estilizada del brillante análisis de W. SCHELKLE, no hay otra forma de entenderlo que en términos de estricta facticidad: la manera que afianzar la Unión Monetaria ha sido a través de la creación de un riesgo de impago de una dimensión tal que, al no poder ser gestionado bilateralmente —su previsión y tratamiento por el acreedor mediante el reconocimiento pérdidas por impago que antes apuntábamos—, es objeto de distribución por mutualización<sup>95</sup>. Podríamos considerarlo poco elegante, pero en absoluto es un recurso inédito, como lúcidamente argumentó VILLAR PALASÍ<sup>96</sup>.

Pese a su aparente opacidad, esta *novación* está expresada crudamente por el citado art. 6 de la Orientación ECB/2012/27:

- «1. Toda liquidación de pagos entre participantes de distintos sistemas integrantes de TARGET2 generará automáticamente una obligación intra-Eurosistema del banco central del Eurosistema del pagador frente al banco central del Eurosistema del beneficiario.
2. Toda obligación intra-Eurosistema que surja en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 será agregada automáticamente y formará parte de una única obligación respecto de cada banco central del Eurosistema. Cada vez que se liquide un pago entre participantes de distintos sistemas integrantes de TARGET2, la obligación única del banco central del Eurosistema correspondiente se ajustará consecuentemente. Al final de cada día hábil, esa obligación única será sometida a un proceso de compensación multilateral del que se derivará una obligación o crédito de cada BCN de la zona del euro frente al BCE, según se haga constar en un acuerdo entre los bancos centrales del Eurosistema.
3. Cada BCN de la zona del euro mantendrá una cuenta para registrar su obligación o crédito frente al BCE resultante de la liquidación de pagos entre los sistemas integrantes de TARGET2.
4. El BCE abrirá en sus libros una cuenta para cada BCN de la zona del euro, que reflejará al final del día la obligación o crédito de dicho BCN participante frente al BCE».

Destaquemos los rasgos más relevantes de estas previsiones: *a)* la liquidación de las posiciones resultantes de las operaciones entre los BCNs se realiza diariamente; *b)* los T2 coordinan el funcionamiento de los sistemas de liquidación de los diferentes BCNs, que subsisten, pero integrados sistémicamente; *c)* la *novación* consiste en que los saldos diarios de liquidación son

---

<sup>95</sup> Cfr. *The Political Economy of Monetary Solidarity. Understanding the Euro Experiment*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York 2017, 388 pp. El enfoque que Schelkle proporciona al entendimiento de la Unión Monetaria Europea desde la perspectiva de las elaboraciones teóricas sobre la *acción colectiva* me parece particularmente luminosa; la simple lectura de las 12 páginas de la Introducción del libro es suficiente para comprobarlo.

<sup>96</sup> Puede verse un resumen de las aportaciones de VILLAR sobre esto en RUIZ OJEDA, «Acción colectiva, regresividad fiscal y redistribución regulatoria en la obra de José Luis Villar Palasí», cit., pp. 29-32.



elevados al nivel contable superior del balance del BCE, de modo que será el Eurosistema en su conjunto, y no los BCNs con saldos positivos en sus operaciones, el que tendrá la condición de acreedor de los BCNs con saldos negativos. El BCE se convierte, pues, en la *contrapartida central* de todos y cada uno los BCNs del Eurosistema entre los que, en virtud de los T2, no hay ya ni posiciones deudoras ni acreedoras.

La imposibilidad de extendernos en una explicación minuciosa de tan peculiar *novación* por vía de mutualización —«tu deuda es tuya, pero mi crédito pasa a ser de todos» y esto, en el Eurosistema, equivale a decir que deviene inexigible— hemos de limitarnos a señalar que sus antecedentes se remontan a las primeras experiencias previas a la Moneda Única que, como recordaremos, no es sino la forma última y extrema de un sistema fijo o *estrecho* de tipos de cambio entre monedas nacionales. Como señalan MURAU y GIORDANO<sup>97</sup>, los Bancos Centrales de los entonces países miembros de la CEE establecieron en 1973 el denominado Fondo Europeo de Cooperación Monetaria (FECM, European Monetary Cooperation Fund-EMCF), que no es sino una versión embrionaria de la *novación* por elevación al balance del BCE instaurado por el régimen de los saldos T2 y que vino a dar cumplimiento a la propuesta del *Plan Werner* (1971), consistente en crear un Fondo Europeo de Reserva (European Reserve Fund-ERF) que contendría una facilidad de crédito intradía, en el muy corto plazo (Very Short-Term Financing Facility-VSTFF). A través de dicho mecanismo —que tuvo una aplicación muy limitada— se pretendía, por una parte, apoyar a los Bancos Centrales en situación de déficit coyuntural de reservas extranjeras por desequilibrios en sus balanzas de pagos y la consiguiente dificultad para respaldar sus divisas y mantener los tipos de cambio; por otra, permitir que los Bancos Centrales con abundancia de reservas obtuvieran una retribución de sus excedentes, a cambio de los cuales adquirirían un crédito contra el FECM nominado en ECUs. En esencia, se trataba de reemplazar a los mercados monetarios, que exigían unas retribuciones altas cuando atisbaban la carencia de reservas en cualquier Banco Central, lo cual impedía el mantenimiento real de los tipos oficiales de cambio vigentes en el seno del SME. A la vista de estos antecedentes, los T2 no hacen sino automatizar resortes cuyo funcionamiento, en los prolegómenos de la Unión Monetaria, estaba condicionado por decisiones específicas adoptadas en sede de las monedas nacionales por cada uno de los BCNs, así como de dar al euro un sustento fiduciario propio, que no puede estar residenciado en la capacidad fiscal de una instancia soberana única, sino en la confianza en un crédito mutualizado que, por su no exigibilidad, sirve para la absorción de *shocks* y para mitigar las asimetrías productivas de los países miembros<sup>98</sup>.

Según hemos adelantado, desde el punto de vista contable, la *novación* carece por completo de sentido porque no refleja la realidad de las transacciones, que son siempre estrictamente bilaterales a lo largo de toda la cadena de relaciones. Entre otras cosas, se desconoce por completo —luego tratamos de otras carencias informativas del sistema— el modo en que el BCE incorpora a sus cuentas los saldos T2 de los BCNs, acreedores y deudores —puede y debe hacerlo con sus propios saldos, sin duda—, liquidados diariamente pero, sea como fuere, la maniobra de *colectivización* de las posiciones acreedoras de los BCNs es palmaria. A mi parecer, estamos ante un *ilogismo* que solo se descerraja desde una lógica distinta, que es la *lógica de la acción colectiva*,

---

<sup>97</sup> Cfr. «European Monetary Unification through Novation: The Political Economy of the TARGET System», cit. pp. 10-11, y «Forging monetary unification through novation: the TARGET system and the politics of central banking in Europe», cit., pp. 16-18.

<sup>98</sup> En este mismo sentido, Cfr. SCHELKLE, *The Political Economy of Monetary Solidarity. Understanding the Euro Experiment*, cit., p. 14.

es decir, de la redistribución. Y, justamente por eso, hemos de abordar el problema de los límites a la redistribución, como vamos a hacer a continuación.

Hemos visto que el euro fue concebido, fundamentalmente y entre otros motivos, para resolver las dificultades que las fluctuaciones de los tipos de cambio entre divisas provocan a los países con relaciones comerciales intensas y frecuentes, como es el caso de todos los actuales miembros de la EZ. Las dificultades afectan simultáneamente a todos, tengan balanzas de pagos deficitarias o excedentarias. Según esto, la solución arbitrada por los saldos T2 estaría en la línea de la más pura continuidad. Además, sería coherente con la inercia provocada por la previa existencia de monedas nacionales y de sus BCNs respectivos, dispensaría un *espacio* flexible y adaptativo a las disparidades económicas de los Estados miembros, al tiempo que ofrecería un contrapeso imaginativo al papel predominante del dólar estadounidense en el contexto global. Pero, para poder ejercer de contrapeso, es preciso tener peso propio y eso, en términos económicos, significa una productividad a la altura de aquel ante quien se pretende ejercer de tal. Aquí es donde, como sugieren MURAU y GIORDANO, la inventiva de la *fontanería financiera*<sup>99</sup> muestra sus limitaciones. Este último orden de implicaciones nos ocupará en el siguiente apartado.

### 3.3. Periféricos *versus* centrales: problemas de la mutualización, límites a la redistribución y gestión de incentivos

#### a. Paradojas y exigencias de la Moneda Común desde la óptica de la acción colectiva

Ya he mencionado la importancia de las sensibilidades, las actitudes y los factores culturales, personales y grupales, a la hora de valorar la arquitectura de la Unión Monetaria y sus componentes. En ese contexto, contemplar los hechos con cierta objetividad no es fácil. Para intentarlo, es menester reconocer que la instauración de un AMC, en cualquiera de sus formas, implica la redistribución de recursos; cuando la AMC consiste en una moneda común, la gradiente redistributiva llega a su punto álgido, ya que el dinero es una institución grupal, más exactamente de acción colectiva<sup>100</sup>. Pero esto no quiere decir en modo alguno que haya un prospecto único o cerrado de instrumentos de redistribución ni que deba alcanzar unos niveles prefijados. La primera cuestión fáctica que hay que aclarar, respecto de los saldos T2, es que, por mucho que sea una solución coherente, no es ni necesaria ni la única posible.

T2, como sistema de pagos interno en el Eurosistema, instrumenta la gestión transfronteriza de la liquidez o, dicho de otra forma, del libre movimiento de capitales que, en el Mercado Único, no tiene fronteras interiores y solo puede estar sujeto a restricciones tasadas y excepcionales. Aplicar intereses de mercado a los flujos que circulan por los T2 no equivale, como postulan algunos, a conculcar las reglas de la libre circulación de capitales en la EZ<sup>101</sup>. La razón es que el dinero, además de un medio de cambio, es un recurso económico como cualquier otro y, por

<sup>99</sup> Literalmente, «financial plumbing»: cfr. «European Monetary Unification through Novation: The Political Economy of the TARGET System», cit. p. 28, y «Forging monetary unification through novation: the TARGET system and the politics of central banking in Europe», cit., p. 24.

<sup>100</sup> Me ha resultado muy inspirador en este aspecto el trabajo de A. TORNELL, «Eurozone Architecture and Target2: Risk-sharing and the Common-pool Problem», *Working Paper*, UCLA Department of Economics, junio 2018, 42 pp., disponible en: <https://www.aaron-tornell.com/works-in-progress>.

<sup>101</sup> Por razones de moderación expositiva y de contención en las referencias bibliográficas, me remito a los argumentos y contraargumentos recogidos por H.W. SINN en *The Economics of Target Balances ...*, cit., p. 20.

tanto, está sujeto al mecanismo de los precios. Sostener que el sometimiento de la adquisición de manzanas al pago de su precio según mercado —sea este el que sea y en lugar de obtenerlas gratuitamente— supone la imposición indebida de una restricción al sector frutícola es un auténtico disparate. Hemos partido de la base de que los T2 están concebidos, precisamente, para liberar a la liquidez interna proporcionada por el Eurosistema de la disciplina de precios de mercado que, en un contexto de pluralidad de monedas nacionales, venía establecido por los tipos de cambio entre divisas y, en el de la Moneda Única, por el mercado monetario del euro, que se llama así por ser el mercado de dinero en la EZ. En ese mercado monetario, quien quiere liquidez o disponibilidad inmediata de efectivo, tiene que pagar por conseguirla y eso se llama interés o precio del dinero. Esto en modo alguno implica que un euro tenga valores distintos cuando no se exige el mismo tipo de interés para obtener liquidez por demandantes diferentes. La operación de dación de liquidez no difiere de cualquier otro crédito u operación financiera más que en su término o duración —que aquí es el corto plazo—, ya que el precio —el tipo de interés— dependerá no solo de la oferta y de la demanda —al igual que las manzanas— sino, especialmente, de la solvencia del deudor que busca liquidez y, dentro de ella, de las garantías o colaterales que ofrezca. Llamar a esto control de capitales merece la misma calificación de disparate que lo dicho respecto de las manzanas.

Hemos visto que los saldos T2 proporcionan a los BCNs una liquidez automática, ilimitada y casi gratuita —o sea, con un tipo de interés de no-mercado— y que, además, la dación de liquidez se hace mediante el incremento de la masa monetaria, en concreto, del componente que denominamos BM o *dinero de alta potencia*. En definitiva, la oferta monetaria de euros se ve incrementada, es decir, los T2 sirven para crear dinero, como siempre, mediante el otorgamiento de crédito. Al tratarse de un interés inferior al del mercado monetario, hay un claro contraincentivo al control de la oferta monetaria. Y como la inflación es siempre y en todo lugar un fenómeno exclusivamente monetario, causado por un exceso de oferta de dinero sobre la demanda, que solo puede ser provocado por la acción de quien tiene el monopolio de emisión<sup>102</sup> —en la EZ, el Eurosistema— habría que concluir que los T2, tal y como están concebidos, son un agente inflacionario, justamente por la falta de incentivos para el control del *señoreaje*. Es aquí donde cobra validez el argumento de la disparidad de valores de las unidades monetarias de euro; la razón es que los saldos T2 han hecho, como se ha mostrado en las *Fases* que hemos descrito en el anterior apartado 3.1, que el exceso de liquidez provocado por la creación de BM fluya principalmente a los países del centro-norte de la EZ, donde se la sobreoferta de dinero es más acusada y, por tanto, donde, en ausencia de otros factores determinantes, la inflación sería mayor. Que la inflación sea mayor, por ejemplo, en La Haya que en Verona no consiste en que el kilo del mismo tipo manzanas tenga un mayor precio en una ciudad u otra, ya que eso es una simple variación de precios relativos, sino en que la capacidad adquisitiva de un euro disminuye más en La Haya que en Verona, lo cual es un incremento en el nivel general de precios, que es el efecto propio de la inflación. Para seguir con la simplificación y con las manzanas, la inflación sería más alta en La Haya que en Verona si, el día 1 de enero, el precio del kilo estaba en 2 euros y el 1 de febrero en 2,50 euros (0,25% de inflación), mientras que, en Verona, el precio era, en las dos mismas referencias temporales, de 1 euro y 1,10 euros (0,10% de inflación), respectivamente.

---

<sup>102</sup> En efecto, la idea refleja la celebre frase de M. FRIEDMAN: «Inflation is always and everywhere a monetary phenomenon» («The Counter-Revolution in Monetary Theory», *IEA Occasional Paper*, No. 33 (1970), p. 11, disponible en [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://miltonfriedman.hoover.org/internal/media/dispatcher/214480/full](https://miltonfriedman.hoover.org/internal/media/dispatcher/214480/full)).

En suma, la creación de dinero mediante el recurso a la liquidez de los saldos T2 y con un tipo de interés intervenido a la baja provoca una redistribución de rentas entre los países de la EZ y entre sus ciudadanos. Este efecto es deliberado y constituye la finalidad principal del sistema de pagos del Eurosistema. Redistribuye renta tanto porque reduce el precio de la obtención de liquidez como porque —lo planteamos aquí a modo de hipótesis<sup>103</sup>—, generaría inflación y la concentraría en los países que, al mismo tiempo, tienen una posición acreedora en T2 y reciben en mayor cuantía el dinero sobre-emitido<sup>104</sup>.

Hay una derivación crucial sobre cuya importancia no puedo dejar de incidir ahora. Esa función redistributiva, que no tendría que existir en un mecanismo de pagos en cuanto tal, define constitutivamente los saldos T2 y les otorga una trascendencia formidable. Al ser el euro una moneda fiduciaria sin contraparte fiscal, el único soporte posible de la confianza es el crédito otorgado por la totalidad del Eurosistema a los BCNs o, si se quiere, por los Estados excedentarios a los deficitarios que es exactamente, según hemos visto, la esencia de la piraeta contable de la *novación*. Ya hemos creado, con posterioridad a la entrada en vigor del euro según se ha explicado, el célebre y largamente anhelado *activo común libre de riesgo* de la EZ, pero no está sustentado por una capacidad fiscal única y centralizada, sino por la capacidad fiscal —y, por tanto, productiva— de algunos de los países miembros, dispuestos a continuar con el cumplimiento de su papel mientras lo consideren beneficioso para ellos mismos y no se esfume la esperanza de la reducción de sus saldos T2 acreedores con el eventual incremento de la productividad en los países deudores, única manera de redimir estos peculiares créditos inexigibles. Nos enfrentamos a un desafiante sortilegio o, tal vez, un rebrote keynesiano —recuerda la propuesta ya descrita del *Plan Keynes* de *elevación* de los saldos de las balanzas de pagos nacionales al ICU—: ¿hay mejor manera de eliminar el riesgo de insolvencia de un activo que mediante la declaración de que no tiene que ser pagado? En definitiva, el respaldo del euro es la confianza en el buen fin del proyecto común europeo en cuanto tal, en una convergencia real de los países que lo integran o, al menos, en una tendencia creíble hacia ella<sup>105</sup>.

La singularidad del euro no es su carácter fiduciario, sino la original estructura representativa que le sirve de sustento. En el mundo clásico, el teatro era una representación cívica en la que la participación de los miembros de la *polis* era obligatoria; en concreto, el género de la tragedia cumplía la misión cohesiva de provocar la catarsis (*κάθαρσις*), dirigida a refrenar dos pasiones, el

---

<sup>103</sup> Como puede comprobarse en el Anexo II de este artículo, los datos de inflación no reflejan, al menos todavía y para los años 2022 y 2023, disparidades significativas en los niveles de inflación de Alemania, por un lado, y, por otro, de España e Italia. El incremento de la BM, como agregado monetario, no genera inflación ni de manera automática ni inmediata, por lo que sería preciso esperar entre 4 y 5 años, hasta 2027-28, para corroborar o no la disparidad entre la inflación de los países del centro-norte de la EZ y los de la periferia.

<sup>104</sup> Aunque ceñido a los primeros años de la crisis de deuda soberana en la EZ (2010-12), el estudio de J. ABAD, A. LÖFFLER, G. SCHNABL y H. ZERMANEK, «Fiscal Divergence, Current Account Divergence, and TARGET2 Imbalances in the EMU», *Intereconomics. Review of European Economic Policy*, Vol. 48-1, 2013, pp. 51-58, contiene una explicación detallada y asequible de estas causas y efectos que, como vemos, tienen una continuidad temporal evidente en la EZ.

<sup>105</sup> Resumo aquí la brillante argumentación de H.W. SINN sobre los pros y contras de los T2: cfr. op. cit., pp. 118-122.

miedo y la compasión, sobre todo frente al enemigo exterior<sup>106</sup>. Como europeos, seguimos con nuestra tradición de terapia representativa, por lo que no habría que descartar que los T2 del Eurosistema cumplieran la función de escenificar, por una parte, el miedo a la quiebra de la Moneda Única o a la salida de sus Estados miembros —esta última carente de previsión en los Tratados— por los menoscabos que provocaría, tanto a los países con posición acreedora —que perderían cantidades ingentes súbitamente—, como con posición deudora —cuyas nuevas monedas nacionales partirían de una posición de devaluación extrema—; por otra, el deseo de preservar, frente a las dos grandes potencias mundiales, EEUU y China, lo que sea posible de la prosperidad e influencia europeas.

La profusa dialéctica del enfrentamiento en la EZ entre países periféricos y del centro-norte, de la que no podemos dar cuenta aquí siquiera en extracto es, a mi entender, una dinámica polar constructiva que no está llamada a terminar mediante la extinción de ambos o de uno de los extremos. Para cerrar este epígrafe, menciono con brevedad algunos episodios y actuaciones en el seno del Eurosistema que podrían ayudarnos en el discernimiento sobre si alientan constructivamente dicha dinámica o, por el contrario, la neutralizan. Así trataremos sobre los incentivos.

*b. Maniobras orquestales en la oscuridad: efectos y contra-efectos, incentivos y contraincentivos de algunas medidas de política monetaria en la Eurozona*

El BCE ha insistido reiteradamente en que el objetivo principal de su política monetaria no es otro que la nivelación de los diferenciales de interés en la EZ, que podría ser entendido algo así como la consecución de una especie de tipo de interés único en el corto plazo o, al menos, con unas fluctuaciones contenidas<sup>107</sup>. Detrás de este planteamiento estaría la ya citada entelequia de la igualación del valor unitario del euro en toda la EZ.

El mecanismo estrella de *transmisión* de la política monetaria han sido los ya mentados Programas de compra de activos (QE)<sup>108</sup> por parte de los integrantes del Eurosistema que, según hemos visto, provocaron la sustitución de unos acreedores privados por otros públicos y el traslado del dinero obtenido por aquellos al refugio seguro de los países del centro-norte. Pero, por si este efecto no fuera un *subproducto* suficientemente inoportuno, nos encontramos con que los BCNs, en virtud del Agreement on Net Financial Assets (ANFA), que permaneció fuera del

<sup>106</sup> Entre la abundantísima bibliografía sobre esta materia, siempre me pareció muy sugerente el tratamiento que ofrece la bien conocida obra de J. DOMÍNGUEZ CAPARRÓS, *Teoría de la literatura*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2002, especialmente Capítulo IX («El Teatro»), pp. 135 y ss.

<sup>107</sup> Como es lógico, solo podemos mencionar aquí este aspecto fundamental; me remito a la explicación asequible y rigurosa que ofrecen R. GIMENO NOGUÉS y E. GARCÍA-ESCUADERO en «¿Cómo se transmiten los tipos de interés del BCE al sistema financiero? El nuevo marco operativo del Eurosistema», post en *El Blog del Banco de España*, 27 de junio de 2024, disponible en: <https://www.bde.es/wbe/es/noticias-eventos/blog/como-se-transmiten-los-tipos-de-interes-del-bce-al-sistema-financiero--el-nuevo-marco-operativo-del-eurosistema.html>. Me baso también aquí en el sugerente estudio de K.H. PETERSEN, «The crises and adaptations of the Euro and monetary theory», Comunicación presentada en la AHE Conference on Economics for a Sustainable World, Manchester (UK), 10-12 julio 2017, 23 pp., disponible en: [https://www.academia.edu/38265607/The\\_crisis\\_and\\_adaptations\\_of\\_the\\_Euro\\_and\\_monetary\\_theory\\_pdf](https://www.academia.edu/38265607/The_crisis_and_adaptations_of_the_Euro_and_monetary_theory_pdf).

<sup>108</sup> Un tratamiento más a fondo de este capítulo puede encontrarse en A. RUIZ OJEDA, «Monetización del déficit público y compra de deuda soberana por el BCE/SEBC. (A propósito de la jurisprudencia *Pringle-Gauweiler-Weiss* del TJUE)», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3-2020, pp. 359-405, disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1550.pdf>.

conocimiento público durante más de un decenio<sup>109</sup>, han adquirido deuda pública de sus Estados respectivos en proporciones todavía mayores que las formalmente previstas por el Consejo de Gobierno del BCE que, en general, ha establecido para los Programas la *clave de capital* como límite cuantitativo de las compras para cada BCN. Con esto, los BCNs han dado lugar a una inundación de liquidez todavía mayor en los bancos comerciales, ya que la compra de los títulos se hace con el correlativo incremento de las reservas de dichas entidades en sus BCNs respectivos, incremento que, a su vez, provoca, como hemos explicado, el de la BM y, por consiguiente, el de la oferta monetaria total de la EZ. Esto significa, ni más ni menos, que los BCNs emiten la moneda común mediante la compra a sus bancos comerciales de la deuda pública de sus Estados, es decir que, en lugar de *monetizar* dicha deuda en sus antiguas divisas nacionales, lo hacen en la Moneda Común. Así se materializa la primera parte del mantra *chartalista*, que los Estados pueden endeudarse sin límite porque ostentan el monopolio de emisión de la misma moneda en la que está nominada su deuda. Aunque solo parcialmente, también se haría realidad la segunda parte, es decir, que tal endeudamiento ilimitado no genera inflación; ya que sería una inflación más alta —como propongo a modo de conjetura— en los países de la EZ receptores principales del exceso de oferta monetaria y que, como sabemos, coinciden con los que están menos endeudados y tienen los mayores saldos T2 acreedores.

Para complementar todo ese encadenamiento de efectos, el Eurosistema ha pergeñado, entre otros, dos asombrosos resortes, al que añadiremos un tercero. El primero, la más amplia tolerancia a los BCNs para la determinación de la calidad de los activos que pueden ser admitidos como colateral para las operaciones de dación de liquidez a los bancos comerciales, especialmente en situaciones de emergencia (Emergency Liquidity Assistance-ELA)<sup>110</sup>, donde se ejercita su tradicional misión de prestamista de último recurso por los Bancos Centrales. El segundo de ellos, la igual condición de todos los títulos de deuda pública, sea cual sea el Estado de la EZ que los emita, a efectos de respaldo de operaciones dentro del sistema interbancario como activos sin riesgo y a los que, por tanto, no se aplica descuento o *haircut* alguno<sup>111</sup>. Ambas medidas están expresamente previstas en el ya citado ANFA. En una valoración de conjunto de ambas técnicas, podemos decir que el euro tendría tantas variantes monetarias como BCNs, ya que la calidad de los activos que sirven de garantía y soporte a las operaciones interbancarias de producción de liquidez —o sea, de dinero— es dispar en términos de solvencia real, tanto si se

---

<sup>109</sup> Según relata H.W. SINN (cfr. op. cit., pp. 35-36, con nota a pie de página 12), la existencia de este Acuerdo sobre posiciones netas en activos financieros, suscrito entre los BCNs y el BCE, fue descubierta por D. HOFFMANN, estudiante de doctorado de la Technische Universität de Berlín, que plasmó el descubrimiento en su Tesis, publicada con el título *Die EZB in der Krise: Eine Analyse der wesentlichen Sondermaßnahmen von 2007 bis 2012*, Pro Business Verlag, Berlín 2015, 398 pp. La primera versión del ANFA data de 2003. Conocido el Acuerdo por esta vía, el BCE decidió hacerlo público formalmente el 5 de febrero de 2016 y en sus sucesivas versiones; véase la información y explicaciones oficiales en la web del propio BCE: [https://www.ecb.europa.eu/ecb-and-you/explainers/tell-me-more/html/anfa\\_qa.en.html](https://www.ecb.europa.eu/ecb-and-you/explainers/tell-me-more/html/anfa_qa.en.html). El Acuerdo en sí mismo está accesible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=IMMC:AGR/2022/12191>.

<sup>110</sup> El régimen actual de las líneas de ELA se encuentra en el Agreement on Emergency Liquidity Assistance del Consejo de Gobierno del BCE de fecha 9 de noviembre de 2020, al que se puede acceder mediante el siguiente enlace: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.agreementemergencyliquidityassistance202012-ba7c45c170.en.pdf?dca797da3212289956ac24df607eb168>.

<sup>111</sup> J. WIEDMAN, Presidente del Bundesbank entre 2011 y 2021, ha sido uno de los críticos más activos e incisivos de esta práctica; véase su artículo «Stop encouraging banks to buy Government debt», *Financial Times*, 30 de septiembre de 2013, disponible en: <https://www.ft.com/content/81a505a4-278c-11e3-8feb-00144feab7de>.

trata de activos de deuda pública como privada. Si dicha disparidad no existiera, el Eurosistema no tendría que empeñarse en forzar la nivelación de los diferenciales de tipos de interés mediante los Programas de compra de activos (QE). A su vez —la reiteración de una idea tan importante no es superflua—, tal disparidad es consecuencia de la asimetría en el desempeño económico y fiscal de los respectivos Estados de la EZ. Otra apreciación de conjunto sería que la monetización de la deuda pública de los países miembros es un resultado plena y formalmente admitido por el Eurosistema, que no depende en absoluto de la distinción del art. 123 TFUE entre mercado primario y secundario, ya que se admite una convertibilidad *a la par* de la liquidez generadora de dinero con los títulos que se ofrecen como colateral. Recordemos —tampoco esto es superfluo— que es una deuda pública mutualizada, colectivizada a través de los T2, que son el verdadero *anclaje* o patrón fiduciario del euro.

El tercero de los resortes es el establecimiento por el Consejo de Gobierno del BCE, en septiembre de 2019, del denominado *tiering* que, en una explicación muy estilizada, consiste en ofrecer un tipo de interés más alto cuando los bancos comerciales superaban ciertos umbrales cuantitativos en sus depósitos de reservas en su BCN. Esto iba dirigido a atenuar el castigo que la inundación de liquidez provocó en las entidades de crédito de los países del centro-norte de la EZ, ya que dichas entidades prestaron elevadas cantidades a las de los países periféricos, que tenían unas reservas mucho más bajas, para que las depositaran en sus BCNs y obtener así una mayor retribución, que era transferida casi íntegramente al banco prestatario<sup>112</sup>. Vemos que la obstinación por establecer, en materia de tipos de interés, unas condiciones iguales para toda la EZ se ve sujeta, como cualquier otra, a los imperativos de la *realpolitik*, además de a sus propias contradicciones.

Pero la principal crítica contra el arrogante empeño por eliminar los diferenciales de interés en la EZ proviene de la teoría económica general. Los diferenciales de tipos de interés, sean cuales sean —pensemos, típicamente, en las emisiones de deuda pública—, actúan como señales que no deben ser anuladas si se pretende el funcionamiento de un verdadero Mercado Único con libre circulación de capitales. Brevemente dicho, las eventuales tensiones provocadas por el incremento de la demanda de liquidez hace que los tipos de interés de mercado se incrementen, lo cual atrae a los inversores dispuestos a satisfacer tal demanda y esto, a su vez, atenúa la crisis de liquidez y, con el incremento de la oferta, el tipo de interés de mercado se reduce. Medidas de política monetaria como el ya explicado *tiering*, dirigido a permitir el juego de los diferenciales de tipos de interés, no solo ha producido el efecto de reducir sensiblemente, aunque de forma solo transitoria, los saldos T2, sino que sirven para corregir los contra-efectos de una medida de no-mercado como el mecanismo de pagos del Eurosistema. El empleo represivo de los Programas de compra de activos (QE), además de fomentar la *adicción* al déficit fiscal de los Estados, impide el funcionamiento de la única referencia de mercado capaz de estimular las reformas

---

<sup>112</sup> Nos referimos a la Decisión del Consejo de Gobierno del BCE de 8 de septiembre de 2019, accesible en <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.mp220908~c1b6839378.en.html>. La expresión jergal *tiering* podría ser traducida por «excepción» o «diferenciación». Tiene interés la explicación que ofrece H.W. SINN (cfr. op. cit., pp. 83 y 118) de que, al finales de la *Fase 3 (verano 2014-marzo 2020)* que describíamos en el epígrafe 3.1, se produjo una reducción muy significativa de los saldos T2 acreedores, por las transferencias de los bancos comerciales de los países del centro-norte de la EZ a los de los países periféricos, que emplearon, en sentido inverso al flujo original de los excedentes de liquidez, el circuito de pagos del Eurosistema. La irrupción del coronavirus y la declaración de emergencia sanitaria a principios de 2020 provocó de nuevo el incremento de los saldos T2 acreedores por las causas que ya conocemos, la compra de títulos por los BCNs y la nueva salida de capitales de los periféricos a los del centro-norte.

estructurales y la disciplina presupuestaria. Pero la compresión de los diferenciales exagera aún más si cabe el flujo de capitales hacia los países del centro-norte de la EZ ya que, ante rentabilidades similares de deuda emitida por países con fundamentales económicos dispares, los inversores optan por los activos más seguros. Las subidas exponenciales de los T2, en definitiva, son reflejo fiel de una política monetaria que debe ser sometida a revisión íntegramente<sup>113</sup>. El empleo del *tiering*, en suma, no habría pretendido corregir al mercado, sino la intervención orquestada por la política monetaria<sup>114</sup>. La regulación no tiene entonces como función responder a los fallos del mercado, sino a los de la propia regulación, o sea, autoalimentarse. Aquí aparece esa especie de maldición de la política monetaria recogida por la célebre *Ley de Goodhart*: cuando una medida se convierte en un fin en sí misma, deja de ser una buena medida<sup>115</sup>.

El panorama del euro nos permite atisbar las graves desconexiones entre los dos hemisferios del dinero, ambos indispensables, la banca —comercial y central— y los mercados de capitales. En el bancario, vemos la generación ilimitada de dinero como remedio de toda patología, real o imaginada, lo cual obliga a buscar prótesis regulatorias a la falta de coste de oportunidad—quien goza del privilegio de crear dinero ilimitadamente no tiene ni que disponer del propio ni pedirselo a otro— para evitar situarse no ya en las antípodas de la lógica económica, sino de toda lógica. Nos hemos ocupado aquí solo de algunas medidas de política monetaria y hemos pasado de soslayo por otras que, como los LTROs/TLTROs en sus diferentes versiones<sup>116</sup>, convierten a los bancos comerciales en renegados de la función comercial de captación de depósitos del público para financiarse porque sus Bancos Centrales les facilitan, contra colaterales más que dudosos, toda la liquidez —acompañada por la condicionalidad de su negocio— que necesiten. En el lado de los mercados, las empresas de servicios de inversión han generado una respuesta donde el coste de oportunidad campa a sus anchas, precisamente para permitir a los ahorradores escapar de la represión financiera del sector bancario, hasta construir una *banca en la sombra*, con productos financieros para los depósitos que los bancos ya no captan y que permiten una liquidez prácticamente inmediata, como es el caso de los bien conocidos Exchange-Traded Funds (ETFs). No parece que la demonización por los reguladores bancarios de los ETFs y productos asimilados obedezca a otro motivo que a la autoalimentación de la regulación bancaria a la que antes me refería.

El reto principal de la UE en su conjunto y de la política monetaria del Eurosistema en particular consiste en el funcionamiento de un Mercado Único Bancario y de Capitales que merezca la consideración real de tal. Cualquier esfuerzo en la arquitectura de la Unión Bancaria es inane si impide o retrasa la culminación de dicho Mercado. Ciertamente, esto exige el libre flujo transfronterizo del crédito —es decir, del dinero— para lo que, en un universo digitalizado, la existencia de redes de circulación es una cuestión de muy segundo orden, por no decir

---

<sup>113</sup> Sigo aquí, de nuevo, la argumentación de H.W. SINN, op. cit., pp. 84-85.

<sup>114</sup> Cfr. SINN, op. cit., loc. cit.

<sup>115</sup> Aunque la idea no se pueda considerar del todo original, la verbalización que le dio C.A.E. GOODHART fue la que hizo fortuna, véase su ensayo «Monetary Relationships: A View from Threadneedle Street», *Papers in Monetary Economics-Reserve Bank of Australia*, Vol. I, 1975, p. 83, disponible en: <https://www.econbiz.de/Record/monetary-relationships-a-view-from-threadneedle-street-goodhart-charles/10002525049>.

<sup>116</sup> Recomiendo, como una explicación asequible y completa de los diferentes programas de liquidez a largo plazo en la Eurozona, la de J. ALDEKOA VÁZQUEZ, «Qué son los TLTRO (Targeted Long-Term Refinancing Operations)?», 2 de noviembre de 2023, post en <https://dineroybanca.substack.com/p/que-son-los-tltro-targeted-long-term>.



irrelevante, como la tecnología *Blockchain* demuestra sobradamente<sup>117</sup>. Si echamos la mirada a al caso estadounidense, con el que la comparación de la EZ es oportuna, comprobaremos, como argumenta Sandbu con soporte cuantitativo, que la compartición de riesgos entre unos Estados integrados federalmente y con disparidades económicas estructurales no puede surtir efectos benéficos y cohesivos si se ciñe al mecanismo federal de la ordenación de pagos<sup>118</sup>; resulta indispensable el funcionamiento del crédito y el juego de los diferenciales de interés entre los territorios que es, justamente, el factor determinante del flujo de capitales en un mercado único y de la corrección de las asimetrías productivas. Nos queda claro que los T2 reflejan la circulación a empellones de la liquidez en la EZ, convulsionada no por el mercado de capitales, sino por la trasposición mimética al sistema de pagos del Eurosistema del desempeño económico de los Estados miembros. Tal vez una de las causas del estancamiento crónico de la EZ sea, justamente, el flujo ilimitado de capitales —instrumentado por los T2— dentro de un marco económico-territorial donde persisten las fronteras interiores<sup>119</sup>.

En lo que más concretamente nos ocupa aquí, la cuestión estaría en discernir si las vigas maestras de la política monetaria del Eurosistema procuran o entorpecen la integración europea. «La mera mutualización —dice Sandbu— no puede eliminar el riesgo de fragmentación, en tanto en cuanto la fragmentación por sí misma hace que la mutualización sea difícil de mantener», pues la clave de la mutualización «consiste en que requiere suficiente confianza en que no se abusará de ella; y este es el problema del riesgo moral, que la compartición de riesgos puede estimular un comportamiento más arriesgado aún»<sup>120</sup>. El control centralizado de las políticas presupuestarias nacionales, aunque necesario, es un sustitutivo incompleto de la confianza<sup>121</sup>, de ahí que las restricciones a la redistribución mediante la preservación de un nivel adecuado de disciplina de mercado y la consiguiente moderación regulatoria sean del todo indispensables<sup>122</sup>.

Decía que, en los proyectos de acción colectiva con amplia membresía y largo alcance como el europeo, no es nada fácil eludir los discursos del supremacismo y del victimismo. Se puede abundar en lo uno y lo otro y, obviamente, tomar partido, pero no perder el sentido de la realidad, a lo que llevaría tanto el practicismo como el embotamiento dogmático, en la regulación, en el mercado o en cualquier combinación tecnicada de ambos. Y ahora me dispongo a terminar.

---

<sup>117</sup> Me permito recomendar, para abundar en la cuestión, la reciente monografía de J. ZAPATA SEVILLA, *El dinero en el contexto de las Tecnologías de Registro Distribuido* (Blockchain). *Un enfoque desde el Análisis Económico del Derecho*, Tirant lo Blanc, Valencia 2024, 303 pp.

<sup>118</sup> Cfr. Europe's Orphan: The Future of the Euro and the Politics of Debt, cit., p. 128, con nota a pie de página 22.

<sup>119</sup> Aplicado a las primeras fases de la Crisis Financiera Global, sentencia Sandbu: «Aquí está la principal causa de la crisis de la Eurozona: inmensos flujos de capital, cuyo súbito bloqueo en 2009-10, noqueó a las economías receptoras» (op. cit., p. 42, la traducción es mía).

<sup>120</sup> Op. cit., p. 128, la traducción es mía.

<sup>121</sup> Cfr. Sandbu, op. cit., p. 129.

<sup>122</sup> J. CASTAÑEDA FERNÁNDEZ y P. SCHWARTZ GIRÓN nos ofrecen un análisis, que incluye el papel de los T2, muy certero desde este enfoque: «An optimality index of the Single Currency. Internal asymmetries within the Eurozone since 1999», en en E. CASTAÑEDA FERNÁNDEZ, A. ROSELLI y G.E. WOOD, *The Economics of Monetary Unions. Past Experiences and the Eurozone*, Routledge, Abingdon-Nueva York 2020, pp. 120-137.

## 4 Conclusiones, reflexiones finales y esbozo de propuestas

Concretaría en tres los principales efectos redistributivos que los saldos T2, junto con las medidas de política monetaria a las que sirve de soporte, producen entre los países de la EZ y su traducción en términos de incentivos:

1º.- El riesgo de insolvencia de los BCNs con saldos T2 deudores y, por consiguiente, las pérdidas derivadas de su eventual materialización —por quiebra del BCN o por la salida de la EZ del Estado en cuestión— serían compartidas por todos los BCNs en proporción a sus claves de capital respectivas en el Eurosistema y en el BCE. Los saldos T2 ilimitados podrían perpetuar balanzas de pagos nacionales deficitarias, falta de competitividad enquistada en los países de la periferia, retraso indefinido de reformas estructurales, burbujas de deuda —pública y privada—, desequilibrios fiscales persistentes e instalación de elevados niveles de desempleo en los Estados con posiciones deudoras permanentes.

2º.- La facilitación casi ilimitada de liquidez a los bancos comerciales por sus BCNs respectivos, mediante los programas de QE y las líneas LTROs/TLTROs, ha provocado flujos de fondos hacia los países más seguros y productivos —con balanzas de pagos excedentarias— del centro y norte de la EZ, con la consiguiente mayor inflación y sobreinversiones<sup>125</sup>. Semejante inundación de liquidez en el Eurosistema sustrae aún más el dinero de la disciplina propia del mercado. En concreto, restringen el crédito interbancario, adormecen la vigilancia horizontal dentro del sector y fomentan el comportamiento gregario de las entidades; no debe subestimarse la pérdida por los bancos comerciales del estímulo para rivalizar en su negocio principal, la captación de depósitos del público para la dación de crédito.

3º.- Los resortes que conforman los T2 hacen posible que la asimetría de la calidad de los activos de los bancos comerciales —deuda privada y, sobre todo, pública de sus Estados respectivos— ofrecidos como garantía de las operaciones de liquidez con sus BCNs juegue en beneficio de los países con saldos deudores, que emiten una misma moneda paneuropea pero con menor respaldo. En sí mismo, esto constituye una redistribución entre los deudores —privados y públicos— de unos países y otros y, simultáneamente, permite ver en qué medida la reducción de los diferenciales entre tipos de interés, proclamada como vector principal de la política monetaria de la EZ, refuerza el impacto redistributivo. La indisciplina presupuestaria y el fomento del *parasitismo fiscal* entre los Estados miembros podría provocar, a su vez, carreras compulsivas hacia el *parasitismo monetario* por parte de unos BCNs encelados en proveer masivamente de dinero nuevo a sus bancos comerciales, sea para asistirles en situaciones de estrés de liquidez, sea para cubrir el deterioro de sus activos, públicos o privados, o para todo eso al mismo tiempo.

---

<sup>125</sup> Pueden encontrarse explicaciones complementarias sobre esto en A. RUIZ OJEDA, «Green Monetary Policy: del pánico climático a la implosión de la Eurozona», en L. MELLADO RUIZ y J.F. ALENZA GARCÍA (Eds.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética*, Marcial Pons, Madrid 2020, p. 538, disponible en: <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn%3Aaaid%3Aascds%3AUS%3A291108c5-b830-301c-b02e-482bdbcbf396>.

Los saldos T2 son un instrumento del Eurosistema para la corrección de tensiones mediante mutualización de riesgos y de pérdidas, algo que, de manera inevitable, toda AMC lleva consigo<sup>124</sup>. A mi parecer, no hay objeción alguna en calificar esto como un logro relevante en la preservación del euro. Mi alegato tiene un carácter estrictamente prudencial y se centra en la necesidad de limitar, en términos de proporcionalidad, el funcionamiento de tal instrumento para corregir los desincentivos perversos que traslada y potenciar los estímulos positivos. Habría que hacerlo tanto internamente, mediante reglas razonables y efectivas para los T2 —estimo muy sugerente y factible la propuesta de H.W SINN de aplicar a los saldos deudores una escala progresiva y penalizada de tipos de interés<sup>125</sup>—, como *ad extra*, a través de obligaciones exigibles de consolidación fiscal. No menos distorsionante resulta que aún estemos lejos de que el BCE se libere de su obsesión por corregir los diferenciales de tipos de interés en la EZ, especialmente de la deuda pública ya que, además de inevitables, son una señal imprescindible del desempeño fiscal de los Estados miembros y del nivel de competitividad de sus sectores productivos. Volvemos a la moraleja del relato de Edgar Allan Poe: la solución a la cábala<sup>126</sup> de la política monetaria de la EZ está donde tenía que estar, en la creación de dinero por las entrañas del sistema bancario.

Si no avanzamos en el sentido propuesto, la EZ quedaría reducida a un AMC puramente nominal, con una Moneda Única emasculada porque el Eurosistema ha definido mecanismos que eliminan gran parte de sus efectos. No escondo mi posición residual, defensora de la idea originaria de la Unión Monetaria y de su superación (*Überschreitung*), que en absoluto consiste en abolirla sino, muy al contrario, en llevarla a su pleno cumplimiento (*Übertretung*). Para que el Viejo Continente juegue algún rol geopolítico deberá dejar de tapar sus miserias mediante una competencia fiscal, comercial y productiva que lo convierta realmente en un Mercado Único. La rivalidad, la innovación en la gestión de riesgos y la cooperación en la definición e implementación de reglas sensatas y obligatorias para todos —también para quienes las promulgan y velan por hacerlas cumplir— construyen incentivos correctos, transversales, duraderos y procuradores de resultados que, además de justos, son equitativos. Si abjuramos de los orígenes del proyecto europeo, no debería descartarse la desaparición del euro, su principal elemento cohesivo, y, sin duda alguna, la mayor y más cualitativa cesión de soberanía por parte de los Estados miembros jamás imaginada<sup>127</sup>. El dinero devela la dialéctica inevitable entre la paz y la guerra<sup>128</sup>: si las mercancías

---

<sup>124</sup> Debo remitirme aquí a la brillante argumentación que ofrece W. SCHELKLE sobre la legitimación redistributiva de la Moneda Única: *The Political Economy of Monetary Solidarity. Understanding the Euro Experiment*, cit., especialmente pp. 304-305.

<sup>125</sup> Cfr. *The Economics of Target Balances ...*, cit., p. 123.

<sup>126</sup> La visión de VILLAR PALASÍ sobre la fiscalidad y del Presupuesto público como «un campo abonado a la cábala legal» y como «un conjunto de reglas esotéricas» sería perfectamente aplicable, por superación, a la política monetaria («La dinámica del principio de legalidad presupuestaria», *Revista de Administración Pública*, No. 49 (1966), p. 11, estudio incluido en A. RUIZ OJEDA (Ed.), *José Luis Villar Palasí (1922-2012). Obras selectas*, Iustel, Madrid 2022, pp. 565-590).

<sup>127</sup> Un interesante replanteamiento de la idea misma de soberanía monetaria es el que ofrecen S. MURAU y J. VAN'T KLOOSTER, «Rethinking Monetary Sovereignty: The Global Credit Money System and the State», *Perspectives on Politics*, Vol. 21-4, 2023, pp. 1319-1336, disponible en: doi:10.1017/S153759272200127X. El debate ya fue lanzado por el propio R. MUNDELL, «Monetary Unions and the Problem of Sovereignty», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 579 (2002), pp. 123-152, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1049787>.

<sup>128</sup> La expresión de esta idea ha sido atribuida con cierta insistencia al parlamentario y divulgador económico francés F. Bastiat (1801-1850), aunque no hay prueba textual directa: véase el breve artículo de N. SNOW, «Si las

—bienes y servicios— y las personas no cruzan las fronteras, lo harán los ejércitos; el euro solo será un éxito mientras procure lo primero y contribuya eficazmente a evitar lo segundo.

No veo ni factible ni útil —mucho menos imprescindible— una centralización presupuestaria en la UE-dirigida a sustraer las decisiones impositivas y de gasto de los Estados miembros<sup>129</sup>. Hay un peligro evidente de que los empeños por la Unión Bancaria y Fiscal generen un constructo más contrahecho aún que el que tenemos ahora. De la vigente Unión Monetaria sin Unión Fiscal pasaríamos a una Unión Fiscal —un Presupuesto de la UE nutrido por tributos propios— con una Unión Monetaria solo nominal, en tanto que el BCE/BCNs manejase una suerte de *pool* entre monedas nacionales -la deuda pública, perpetua y monetizada de cada Estado miembro y sus respectivos saldos T2 negativos, igualmente perpetuos—, con el consiguiente contraincentivo para la productividad y grave menoscabo del verdadero Mercado Interior bancario y financiero —¿podría consistir en otra cosa la Unión Bancaria y del Mercado de Capitales?— que, a día de hoy, es un simple remedo. Los bancos comerciales y las empresas de servicios de inversión no podrían competir entre sí, dentro del perímetro europeo y globalmente, para nutrir a los sectores productivos, al quedar anestesiados por la provisión ilimitada de fondos, a cambio de que compren, igualmente sin límite, las emisiones de los Estados y de ciertas empresas cuya calidad se basa en la mera prescripción de los reguladores. La cuestión ya no sería si hay que mantener, aplicar o revisar, o bien derogar y reemplazar unas reglas de disciplina fiscal para los Estados miembros, sino si tales reglas tienen sentido cuando dejamos que sea la política monetaria la que haga posible los desarreglos o, sencillamente, los lleve a cabo por sí sola y a través de medidas de *efecto equivalente*<sup>130</sup>.

La hechura de la UE y del euro se basa tanto en la rivalidad como en la cooperación, que se necesitan recíprocamente. Según mi percepción, esas dos claves atraviesan todos los niveles, el de ciudadanos, empresas, entidades públicas y estructuras sociopolíticas. En lo que más directamente nos concierne ahora, estimo indispensable la competencia fiscal entre los Estados miembros, inseparablemente unida a la productiva, cosa imposible sin esfuerzos reales de consolidación presupuestaria nacional y sin una verdadera disciplina de mercado para la deuda pública. La Moneda Única ha venido a evitar que los países del euro empleen la estrategia de empobrecerse unos a otros mediante la manipulación de las divisas nacionales, de forma que sus medidas de política económica vayan dirigidas a mejorar la competitividad de los sectores productivos. Asimismo, comporta una refutación de la visión convencional hasta ahora

---

mercancías no cruzan las fronteras ...», Fundación para la Educación Económica (FEE), 29 de junio de 2022, disponible en: <https://fee.org.es/articulos/si-las-mercanc%C3%ADas-no-cruzan-las-fronteras/>.

<sup>129</sup> J. TIROLE hizo una crítica muy sugerente del planteamiento de que la transferencia de riesgos y la redistribución es necesariamente limitada cuando se trata de una unión monetaria sin unión fiscal: cfr., «Country Solidarity in Sovereign Crises», *The American Economic Review*, Vol. 105-8, 2015, pp. 2333-2363, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/43821343>. Una no menos interesante crítica sobre la necesidad de una Unión Fiscal en la EZ es la ofrecida por M. HOFFMANN y B.E. SØRENSEN, «Don't expect too much from a EZ Fiscal Union — and complete the unfinished integration of the European capital markets!», *VoxEU-CEPR*, 29 de noviembre de 2012, disponible en: <https://cepr.org/voxeu/columns/dont-expect-too-much-ez-fiscal-union-and-complete-unfinished-integration-european>. En sentido contrario, con propuestas de unificación fiscal, puede verse A. MONTEVERDI, «Optimum Currency Area Theory and EMU: Lessons from the Euro Crisis», *CROIE Working Papers*, No. 2 (2016), 102 pp.

<sup>130</sup> En una formulación muy original, VILLAR PALASÍ llegó a hablar del «principio de la mutabilidad equivalente de las técnicas»; en relación con esto, puede acudir al análisis de RUIZ OJEDA en dos trabajos ya citados: «Fiscalidad y redistribución regulatoria en Villar Palasí» y «Acción colectiva, regresividad fiscal y redistribución regulatoria en la obra de José Luis Villar Palasí».

predominante sobre la relación entre dinero y fiscalidad, consistente en hacer de aquel un instrumento de esta, justamente para restaurar el sentido originario del *curso legal*, basado en el consenso de que solo está permitido imponer una divisa como instrumento solutorio universal —para todo tipo de deudas, incluidas las tributarias— si se salvaguarda su valor de cambio, de reserva y de unidad de cuenta, y esto exige que la redistribución de beneficios y pérdidas juegue dentro de condiciones aceptadas por quienes la usan como moneda<sup>131</sup>.

Podría suceder que, quinientos años después de Lutero, hayamos alumbrado en Europa un nuevo sistema de circulación de indulgencias. El Vaticano emergería transfigurado a guisa de entidad peripatética, en permanente tránsito entre Bruselas y Frankfurt del Meno. En clave hidrogeográfica, el Rin desembocaría en Ayamonte y el Guadiana en Rotterdam. Tanta trampa y tanto cartón como fuera menester, que dijo Draghi, por exigencia del ritual de aquelarres de nuestros *poderes salvajes*<sup>132</sup>. Al paso, daríamos un giro sorprendente a la independencia del Eurosistema consagrada por el Derecho primario de la UE: de la prohibición de prescripciones al BCE/BCNs por las instancias de la UE y por los Estados miembros habríamos pasado a una nueva *teknopolitik* que, por cuenta propia, discierne y ejecuta las medidas que mejor se *acomodan* a las conveniencias de unos y otros. Tal cosa sería la *dominancia monetaria* elevada, ni más ni menos, al rango de piedra angular del euro<sup>133</sup>. Me temo que la respuesta a la pregunta sobre si la concepción liberal del orden social puede sobrevivir a la democracia<sup>134</sup> es negativa; el populismo *tecnopartisano* ha venido a hacerla valer, de la mano del *constitucionalismo abusivo*<sup>135</sup>. Camino hacia la irrelevancia, la UE se convertiría en una auténtica Unión Burocrática.

Poca novedad aporta este estudio que no sea la de introducir el enfoque monetario en el perímetro analítico del Derecho público, aplicado a la dinámica del proyecto europeo y al euro, su clave de bóveda. He compartido, en definitiva, uno más de nuestros habituales esfuerzos de escrutinio del *arte de administrar*, necesarios para la construcción institucional. Las políticas

---

<sup>131</sup> Recomiendo vivamente, en materia de reglas de economía constitucional sobre política monetaria, el artículo de P.J. BOETTKE, A.W. SALTER y D.J. SMITH, «Money as a Meta-Rule: Buchanan's Constitutional Economics as a Foundation for Monetary Stability», *AIER Sound Money Project Working Paper*, No. 12 (2018), 45 pp., disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2866036>. Una posición de contraste, muy sugerente, se encontrará en el bien conocido trabajo de S. FISCHER, «Rules versus Discretion in Monetary Policy», *Working Paper National Bureau of Economic Research*, No. 2528 (1988), 45 pp., que también puede encontrarse, con el mismo título, en B.M. FRIEDMAN y F.H. HAHN (Eds.), *Handbook of Monetary Economics*, Vol. 2, North Holland, Amsterdam 1990, pp. 1155-1184, en disponible en: [https://doi.org/10.1016/S1573-4498\(05\)80028-1](https://doi.org/10.1016/S1573-4498(05)80028-1).

<sup>132</sup> Tomo la expresión, más que la referencia sustantiva de fondo, de L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid 2013, 109 pp.

<sup>133</sup> I. SCHNABEL, «The shadow of fiscal dominance: Misconceptions, perceptions and perspectives», versión escrita del Discurso pronunciado en el Centre for European Reform y el Eurofi Financial Forum, con ocasión del Simposio bajo el lema «Is the current ECB monetary policy doing more harm than Good, and what are the alternatives?», 11 de septiembre de 2020, disponible en <https://www.bis.org/review/r200914f.pdf>.

<sup>134</sup> Me refiero al título del breve y desasosegante artículo de A. DE JASAY, «Can Liberalism Survive in Democracy?», *EconLib Articles*, 7 de diciembre de 2015, disponible en <https://www.econlib.org/library/Columns/y2015/Jasayliberalism.html>.

<sup>135</sup> Sugerentes me parecen, en este sentido, las reflexiones de J.I. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «Lawfare y constitucionalismo abusivo», *El Blog Revista de Derecho Público*, 25 de noviembre de 2023, disponible en: [blogrdp.revistasmarcialpons.es/blog/investigacion-emergente/lawfare-y-constitucionalismo-abusivo/](http://blogrdp.revistasmarcialpons.es/blog/investigacion-emergente/lawfare-y-constitucionalismo-abusivo/). N. COOMBS habla de una *epistocracia* («epistocracy»): «The Democratic Dangers of Central Bank Planning», *Accounting, Economics, and Law: A Convivium*, De Gruyter, Berlin 2023, 19 pp., disponible en: <https://doi.org/10.1515/ael-2022-0063>.

monetaria y fiscal son indispensables para el sustento de sectores productivos innovadores y eficaces, pero también incapaces de construirlos por sí mismas.

## 5. Bibliografía

ABAD, J., LÖFFLER, A., SCHNABL, G. Y ZERMANEK, H., «Fiscal Divergence, Current Account Divergence, and TARGET2 Imbalances in the EMU», *Intereconomics. Review of European Economic Policy*, Vol. 48-1, 2013, pp. 51-58.

AFONSO, A., «Ricardian Fiscal Regimes in the European Union», *ECB Working Paper Series*, No. 558, noviembre 2005, disponible en [ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp558.pdf](https://ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp558.pdf).

AIZENMAN, J., «A modern reincarnation of Mundell-Fleming's trilemma», *Economic Modelling*, Vol. 81 (2019), pp. 444-454.

ALDEKOA VÁZQUEZ, J., «Qué son los TLTRO (Targeted Long-Term Refinancing Operations)?», 2 de noviembre de 2023, post en <https://dineroybanca.substack.com/p/que-son-los-tltro-targeted-long-term>.

ALESINA, A., BARRO, R.J. Y TENREYRO, S., «Optimal currency areas», en M. Gertler y K. Rogoff (Eds.), *NBER Macroeconomics Annual*, Vol. 17 (2002), pp. 301-356, accesible en <https://www.nber.org/books-and-chapters/nbermacroeconomics-annual-2002-volume-17>.

ANGELONI, I., GASPAR, V. Y TRISTANI, O., «The Monetary Policy Strategy of the ECB», en D. COBHAM Y G. ZIS (Eds.), *From EMS to EMU: 1979 to 1999 and Beyond*, Palgrave-Macmillan, Londres-Nueva York 1999, pp. 3-38; disponible en: [https://doi.org/10.1007/978-1-349-27745-2\\_2](https://doi.org/10.1007/978-1-349-27745-2_2).

BAKER, S. Y RANGELEY, M., «The Political Realities of the Austrian School: Experiences from Parliament, Central Banks and Global Institutions», *The Austrian School of Economics in the 21st Century*, Springer, Nueva York 2022, pp. 133-176, disponible en: [https://EconPapers.repec.org/RePEc:spr:conchp:978-3-031-08502-4\\_7](https://EconPapers.repec.org/RePEc:spr:conchp:978-3-031-08502-4_7).

BARREDO-ZURIARRAIN, J. MOLERO-SIMARRO, R. Y QUESADA-SOLANA, A., «Euro-Dependence — A Peripheral Look beyond the Monetary Union: A Proposal of Reform of the TARGET2», *Review of Radical Political Economics*, Vol. 49-3, 2017, pp. 375-393.

BARRO, R.J., «Are Government Bonds Net Wealth?», *Journal of Political Economy*, Vol. 82-6, 1974, pp. 1095-1117, disponible en <http://www.jstor.org/stable/1830663>.

BAZOT, G., MONNET, E. Y MORYS, M., «The flexibility of the classical gold standard (1870s-1914). Any lessons for the Eurozone?», en E. CASTAÑEDA FERNÁNDEZ, A. ROSELLI Y G.E. WOOD, *The Economics of Monetary Unions. Past Experiences and the Eurozone*, Routledge, Abingdon-Nueva York 2020, pp. 17-30.

BEUKERS, T., FROMAGE, D. Y MONTI, G. (Eds.), *The New European Central Bank: Taking Stock and Looking Ahead*, Oxford University Press, Oxford 2022.

BRAIMBRIDGE, M. Y WHYMAN, P.B., *Crisis in the Eurozone. Causes, Dilemmas and Solutions*, Palgrave-Macmillan, Londres-Nueva York 2015.

BRIOTTI, M.G., «Economic Reactions to Public Finance Consolidation: a Survey of the Literature», *ECB Occasional Paper*, No. 38, octubre 2005, disponible en [http://ssrn.com/abstract\\_id=807411](http://ssrn.com/abstract_id=807411).

BOETTKE, P.J., SALTER, A.W. y SMITH, D.J., «Money as a Meta-Rule: Buchanan's Constitutional Economics as a Foundation for Monetary Stability», AIER Sound Money Project Working Paper, No. 12 (2018), 45 pp., disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2866036>.

—*Money and the Rule of Law. Generality and Predictability in Monetary Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge 2021.

BUCHANAN, J.M., «Barro on the Ricardian Equivalence Theorem», *Journal of Political Economy*, Vol. 84-2, 1976, pp. 337-342, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1831905>.

CAPIE, F., GOODHART, C.A.E. Y SCHNADT, N., «The development of central banking», en *The Future of Central Banking*, Cambridge University Press, Cambridge-Melburne 1994, pp. 1-261.

CARABELLI, A.M. y CEDRINI, M.A., «Keynes' General Theory, Treatise on Money and Tract on Monetary Reform: Different Theories, same Methodological Approach?», *CESMEP Working Paper*, No. 2/2013, 29 pp., disponible en [https://www.academia.edu/7690333/Keyness\\_General\\_Theory\\_Treatise\\_on\\_Money\\_and\\_Tract\\_on\\_Monetary\\_Reform\\_Different\\_Theories\\_Same\\_Methodological\\_Approach](https://www.academia.edu/7690333/Keyness_General_Theory_Treatise_on_Money_and_Tract_on_Monetary_Reform_Different_Theories_Same_Methodological_Approach).

CARRERA, A. y CENCINI, A., *National and International Monetary Payments: From Smith to Keynes and Schmitt*, Palgrave-Macmillan, Londres-Nueva York 2024.

CASTAÑEDA FERNÁNDEZ, J., «Modern Monetary Theory. Why it can't provide sustained economic growth and low inflation», *IEA Current Controversies*, No. 77, abril 2021, 32 pp., disponible en <https://iea.org.uk/publications/modern-monetary-theory-why-it-cant-provide-sustained-economic-growth-and-low-inflation/>.

CASTAÑEDA FERNÁNDEZ J. y SCHWARTZ GIRÓN, P., «An optimality index of the Single Currency. Internal asymmetries within the Eurozone since 1999», en en E. CASTAÑEDA FERNÁNDEZ, A. ROSELLI Y G.E. WOOD, *The Economics of Monetary Unions. Past Experiences and the Eurozone*, Routledge, Abingdon-Nueva York 2020, pp. 120-137.

CONGDON, T., «What Was Keynes' Best Book?», en *Money in a Free Society. Keynes, Friedman, and the New Crisis of Capitalism*, Encounter Books, Nueva York-Londres 2011, pp. 22-32.

—«Do Changes in the Quantity of Money Smother Fiscal Policy?», en *Money in a Free Society. Keynes, Friedman, and the New Crisis of Capitalism*, Encounter Books, Nueva York-Londres 2011, pp. 233-247.

COOMBS, N., «The Democratic Dangers of Central Bank Planning», *Accounting, Economics, and Law: A Convivium*, De Gruyter, Berlin 2023, 19 pp., disponible en: <https://doi.org/10.1515/ael-2022-0063>.

DALIO, R., *Principios para superar crisis de gran endeudamiento*, Valor Editions, Barcelona 2021.

DOMÍNGUEZ CAPARRÓS, J., *Teoría de la literatura*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2002.

EICHENGREEN, B., *Global Imbalances and the Lessons of Bretton Woods. The Cairol Lectures*, MIT Press, Cambridge (MA) 2010.

ESTEBAN RÍOS, J., *El Mecanismo Único de Supervisión: oportunidad, configuración y problemas planteados*, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2021, especialmente pp. 288 a 302, disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2021-214](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2021-214).

ESTELLA DE NORIEGA, A., «The Muting of the Stability and Growth Pact», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 23, diciembre 2021, pp. 73-90, disponible en DOI: <https://doi.org/10.1017/cel.2021.6>.

FELD, L.P. y WIELAND, V., «The German Federal Constitutional Court Ruling and the European Central Bank's Strategy», *Journal of Financial Regulation*, Vol. 7-2, 2021, pp. 217-253, disponible en: <https://doi.org/10.1093/jfr/fjab006>.

FERRAJOLI, J., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid 2013.

FISCHER, S., «Rules versus Discretion in Monetary Policy», *Working Paper National Bureau of Economic Research*, No. 2528 (1988), 45 pp. [también puede encontrarse en B.M. FRIEDMAN y F.H. HAHN (Eds.), *Handbook of Monetary Economics*, Vol. 2, North Holland, Amsterdam 1990, pp. 1155-1184, en disponible en: [https://doi.org/10.1016/S1573-4498\(05\)80028-1](https://doi.org/10.1016/S1573-4498(05)80028-1)].

FLEMING, J.M., «Domestic financial policies under fixed and floating exchange rates», *IMF Staff Papers*, No. 9 (1962), pp. 369-379; disponible en: [doi:10.2307/3866091](https://doi.org/10.2307/3866091).

FRIEDMAN, M., «The Counter-Revolution in Monetary Theory», *IEA Occasional Paper*, No. 33 (1970), 14 pp., disponible en [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://miltonfriedman.hoover.org/internal/media/dispatcher/214480/full](https://miltonfriedman.hoover.org/internal/media/dispatcher/214480/full).

FRIEDMAN, M. y SCHWARTZ, A., «Déjà vu in Currency Markets», *Wall Street Journal*, 22 de septiembre de 1992, disponible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://miltonfriedman.hoover.org/internal/media/dispatcher/214406/full](https://miltonfriedman.hoover.org/internal/media/dispatcher/214406/full).

GARTEN, J.E., *Three Days at Camp David: How a Secret Meeting in 1971 Transformed the Global Economy*, Amberley Publishing, Stroud 2021.

GIMENO NOGUÉS, R. y GARCÍA-ESCUADERO, E., «¿Cómo se transmiten los tipos de interés del BCE al sistema financiero? El nuevo marco operativo del Eurosistema», post en *El Blog del Banco de España*, 27 de junio de 2024, disponible en: <https://www.bde.es/wbe/es/noticias-eventos/blog/como-se-transmiten-los-tipos-de-interes-del-bce-al-sistema-financiero--el-nuevo-marco-operativo-del-eurosistema.html>.

GOLDSTEIN, J., «The *Hotel California* Clause: Finance Reform Meets Classic Rock», *Planet Money — The Economy Explained*, 15 de marzo de 2010, disponible en: [https://www.npr.org/sections/money/2010/03/what\\_dodds\\_bill\\_does\\_about\\_too.html](https://www.npr.org/sections/money/2010/03/what_dodds_bill_does_about_too.html).

GONZÁLEZ ORFANEL, G., «Soldados y ciudadanos, según Carl Schmitt», *Revista de Estudios Políticos*, No. 103 (2004), pp. 251-270.

—«Excepción, necesidad y Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 48 (2021), pp. 193-214.

—«El defensor de la Constitución», Prólogo al libro *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid 2022, pp. 11-32.



—«La identidad constitucional alemana y los contenidos intangibles de la Ley Fundamental en relación con la Unión Europea», en G.M. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS y E.C. RAFFIOTTA (Dir.), *Constitución e integración europea. Ciudadanía, derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales*, Dykinson, Madrid 2017, pp. 211-229.

GOODHART, C.A.E., «Monetary Relationships: A View from Threadneedle Street», *Papers in Monetary Economics-Reserve Bank of Australia*, Vol. I, 1975, pp. 1-27, disponible en: <https://www.econbiz.de/Record/monetary-relationships-a-view-from-threadneedle-street-goodhart-charles/10002525049>.

—«The two concepts of money: implications for the analysis of optimal currency areas», *European Journal of Political Economy*, Vol. 14-3 (1998), pp. 407-432, disponible en [https://doi.org/10.1016/S0176-2680\(98\)00015-9](https://doi.org/10.1016/S0176-2680(98)00015-9).

GROS, D. y TABELLINI, G., «Institutional Framework for Monetary Policy», *Centre for European Policy Studies Working Document*, No. 126 (1998), 21 pp.

HADLEY, A.T., «Francis A. Walker's Contributions to Economic Theory», *Political Science Quarterly*, Vol. 12-2, 1897, pp. 295-308, disponible en: <https://doi.org/2140123>.

HAWTREY, R.G., «Pubic Expenditure and the Demand for Labour», *Economica*, No. 13 (1925), pp. 38-48, disponible en <https://doi.org/10.2307/2548008>.

HAZLITT, H., *The Faliure of the «New Economics»*, David Van Nostrand Co., Princeton 1959.

—*From Bretton Woods to World Inflation: A Study of the Causes and Consequences*, Regnery Gateway, Chicago City 1984.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.I., «Lawfare y constitucionalismo abusivo», *El Blog Revista de Derecho Público*, 25 de noviembre de 2023, disponible en: [blogrdp.revistasmarcialpons.es/blog/investigacion-emergente/lawfare-y-constitucionalismo-abusivo/](http://blogrdp.revistasmarcialpons.es/blog/investigacion-emergente/lawfare-y-constitucionalismo-abusivo/).

HOFFMANN, D., *Die EZB in der Krise: Eine Analyse der wesentlichen Sondermaßnahmen von 2007 bis 2012*, Pro Business Verlag, Berlín 2015.

HOFFMANN, H. y SØRENSEN, B.E., «Don't expect too much from a EZ Fiscal Union — and complete the unfinished integration of the European capital markets!», *VoxEU-CEPR*, 29 de noviembre de 2012, disponible en: <https://cepr.org/voxeu/columns/dont-expect-too-much-ez-fiscal-union-and-complete-unfinished-integration-european>.

HUERTA DE SOTO BALLESTER, J., «Recesiones económicas, reforma bancaria y el futuro del capitalismo», *Procesos de Mercado*, Vol. IX-2, otoño 2012, pp. 431-456.

JASAY, A. DE, «Free-Riding on the Euro», *EconLib Articles*, 17 de septiembre de 2003, disponible en <https://econlib.org/library/Columns/y2003/Jasayeuro.html>.

—«Can Liberalism Survive in Democracy?», *EconLib Articles*, 7 de diciembre de 2015, disponible en <https://www.econlib.org/library/Columns/y2015/Jasayliberalism.html>.

KEYNES, J.M., *A Tract on Monetary Reform*, Macmillan, Londres 1923.

—*Treatise on Money*, Cambridge University Press, Cambridge 1930, 2 vols.

—*The General Theory of Employment, Interest, and Money*, Macmillan, Londres 1936.

«Overseas Financial Policy in Stage III. (Memorandum circulated to the UK War Cabinet on 15 May 1945)», en D. MOGGRIDGE (Ed.), *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, Vol. XXIV (Activities 1944-1946), Macmillan, Londres 1979.

—«Activities 1940-1944: Shaping the Post-War World, The Clearing Union», en D. MOGGRIDGE y E. JOHNSON (Eds.), *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, Vol. XXV, Cambridge University Press, Cambridge 2012, 484 pp., disponible en: <https://doi.org/10.1017/UPO9781139520188>.

KUMHOF, M. y BENES, J., «The Chicago Plan Revisited», *IMF Working Paper*, No. 202, 1 de agosto de 2012, 71 pp., disponible en: <https://acrobat.adobe.com/id/urn:aaid:sc:EU:4e43fd33-3c10-4fc0-9c20-7fc40d1dbdea>.

LAIDLER, D.E.W., («Two Views of the Lender of Last Resort», *Cahiers d'économie politique*, No. 35 (2003), pp. 61-78.

—*The Golden Age of the Quantity Theory*, Princeton University Press, Princeton 2014.

LAVOIE, M., «The Eurozone: Similitudes and differences with Keynes's Plan», *IMK Working Paper*, No. 145 (2015), Hans-Böckler-Stiftung, Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK), Düsseldorf, disponible en: <https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:101:1-2015032510721>.

LEWIS, H. (Ed.), *Hankey & Bagehot: Origins of Modern Central Banking*, Axios Press, Edinburg (VA) 2014.

LOSADA FRAGA, F., «Institutional Implications of the Rise of a Debt-Based Monetary Regime in Europe», *European Law Journal*, Vol. 22-6, 2016, pp. 822-837, disponible en DOI.org/10.1111/eulj.12223.

—«A Europe of Creditors and Debtors: Three Orders of Debt Relations in European Integration», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 58-4, 2020, pp. 787-802, disponible en DOI.org/10.1111/jcms.12988.

MANGER-NESTLER, C. y GENTZSCH, M., *Democratic Legitimation of Central Bank Independence in the European Union*, Springer, Nueva York 2021.

MARKAKIS, M., *Accountability in the Economic and Monetary Union Foundations, Policy, and Governance*, Oxford University Press, Oxford 2020.

MAYER, O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1924 (traducción al español en 4 volúmenes, *Derecho Administrativo alemán*, De Palma, Buenos Aires 1949).

MEE, S., *Central Bank Independence and the Legacy of the German Past*, Cambridge University Press, Cambridge-Nueva York 2019.

MCLEAY, M., RADIA, A. y THOMAS, R., «Money Creation in the Modern Economy», *Bank of England Quarterly Review*, Q1-2014, pp. 14-27.

MONTEVERDI, A., «Optimum Currency Area Theory and EMU: Lessons from the Euro Crisis», *CROIE Working Papers*, No. 2 (2016), 102 pp.

MUNDELL, R., «A Theory of Optimum Currency Areas», *The American Economic Review*, Vol. 51-4, 1961, pp. 657-665.

—«Capital mobility and stabilization policy under fixed and flexible exchange rates», *Canadian Journal of Economics and Political Science*, Vol. 29-4 (1963), pp. 475-485; disponible en: doi:10.2307/139336.

—«The Economics of Common Currencies», en H. JOHNSON y A. SWODOBA (Eds.), *The Economics of Common Currencies. Proceedings of the Madrid Conference on Optimum Currency Areas*, Routledge, Abingdon 1973, pp. 114-132.

—«Monetary Unions and the Problem of Sovereignty», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 579 (2002), pp. 123-152, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1049787>.

MURAU, S. y GIORDANO, M., «European Monetary Unification through Novation: The Political Economy of the TARGET System», Comunicación presentada en la 26ª Conferencia del Forum for Macroeconomics and Macroeconomic Policies (FMM), Berlín, 20-22 octubre 2022, p. 28, disponible en <https://osf.io/preprints/socarxiv/k3nbh>

—«Forging monetary unification through novation: the TARGET system and the politics of central banking in Europe», *Socio-Economic Review*, Vol. 00, No. 0, 2023, pp. 1-30, disponible en: <https://doi.org/10.1093/ser/mwad067>.

MURAU, S. y KLOOSTER, J. VAN'T, «Rethinking Monetary Sovereignty: The Global Credit Money System and the State», *Perspectives on Politics*, Vol. 21-4, 2023, pp. 1319-1336, disponible en: doi:10.1017/S153759272200127X.

PETERSEN, K.H., «The crises and adaptations of the Euro and monetary theory», Comunicación presentada en la AHE Conference on Economics for a Sustainable World, Manchester (UK), 10-12 de julio de 2017, 23 pp., disponible en: [https://www.academia.edu/38265607/The\\_crisis\\_and\\_adaptations\\_of\\_the\\_Euro\\_and\\_monetary\\_theory\\_pdf](https://www.academia.edu/38265607/The_crisis_and_adaptations_of_the_Euro_and_monetary_theory_pdf).

PETERSON, E., *Der Monotheismus als politisches Problem: Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Theologie im Imperium Romanum*, Hegner Verlag, Leipzig 1935. (traducción española: *El monoteísmo como problema político*, Editorial Trotta, Madrid 1999).

PHILLIPS, R.J., *The Chicago Plan and New Deal Banking Reform*, Routledge, Abingdon-Nueva York 1995.

POLANYI, K., *The Great Transformation*, Beacon Press, Boston 1940.

POSNER, R.A., «Taxation by Regulation», *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2-1, 1971, pp. 22-50.

PURIFICATO, F. y ASTARITA, C., «TARGET2 Imbalances and the ECB as Lender of Last Resort», *International Journal of Financial Studies*, Vol. 3 (2015), pp. 501-503, disponible en: doi:10.3390/ijfs3040482 (también publicado en *MPRA Paper* No. 51124 (2013), 20 pp., Munich Personal RePEc Archive, disponible en: <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/51124/>).

PURIFICATO, F. y PANICO, C., «The Debt Crisis and the European Central Bank's Role of Lender of Last Resort», *Working Paper* No. 306 (2013), 11 pp., Political Economy Research Institute (University of Massachusetts at Amherst), disponible en: [https://per.umass.edu/fileadmin/pdf/working\\_papers...rs\\_301-350/WP306.pdf](https://per.umass.edu/fileadmin/pdf/working_papers...rs_301-350/WP306.pdf).

RICARDO, D., *Plan for the Establishment of a National Bank*, John Murray, Londres 1824, 32 pp., disponible en:

<https://dn790005.ca.archive.org/0/items/planfortheestablishmentofanationalbank/PlanfortheEstablishmentofaNational%20Bank.PDF>.

—*Principles of Political Economy and Taxation, Works and Correspondence*, edición a cargo de P. Straffa, Cambridge University Press, Cambridge 1951 (Traducción española: *Principios de Economía Política y Tributación*, Pirámide, Madrid 2003).

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., «Sobre democracia, metodología y dinero. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 5 de mayo de 2020, sobre el PSPP», *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 122 (2021), pp. 295-331, disponible en doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.122.09>.

RODRIK, D., «How Far Will International Economic Integration Go?», *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14-1, 2000, pp. 177-186, disponible en: DOI: 10.1257/jep.14.1.177.

—*The Globalization Paradox. Why Global Markets, States, and Democracy Can't Coexist*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York 2011.

ROGOFF, K.S., «The Age of Inflation. Easy Money, Hard Choices», *Foreign Affairs*, noviembre-diciembre 2022, disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/world/age-of-inflation-kenneth-rogoff>.

RUIZ OJEDA, A., «La regulación económica y sus eslabones perdidos», en J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y F.J. VILLAR ROJAS (Coords.), *Derecho administrativo y regulación económica: Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid 2011, pp. 1197-1225.

—«Fiscalidad y redistribución regulatoria en Villar Palasí», *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 174 (2015), pp. 169-202.

—«Acción colectiva, regresividad fiscal y redistribución regulatoria en la obra de José Luis Villar Palasí», *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, Vol. 17 (2016), disponible en: <https://pe.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=77334005181223a6d7d5ebf2712b8bb3>.

—«Deuda paga deuda. (Nuestro actual sistema monetario explicado por Paulo Duarte)», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, enero 2017, 10 pp., disponible en [http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/01/ruiz-ojeda-a-\\_deuda-paga-deuda\\_recension.pdf](http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/01/ruiz-ojeda-a-_deuda-paga-deuda_recension.pdf).

—«Monetización del déficit público y compra de deuda soberana por el BCE/SEBC. (A propósito de la jurisprudencia *Pringle-Gauweiler-Weiss* del TJUE)», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3-2020, pp. 359-405, disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1550.pdf>.

—«*Green Monetary Policy: del pánico climático a la implosión de la Eurozona*», en L. Mellado Ruiz y J.F. Alenza García (Eds.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética*, Marcial Pons, Madrid 2020, pp. 817-876, disponible en: <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn%3Aaaid%3Ascds%3AUS%3A291108c5-b830-301c-b02e-482bdbcbf396>.

SANDBU, M., *Europe's Orphan: The Future of the Euro and the Politics of Debt*, Princeton University Press, Princeton 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *El poder, la libertad, la Administración y su Derecho*, Discurso de Recepción como Académico de Número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (25 de octubre de 2022), Publicaciones de la RACMyP, Madrid 2022.

SCHELKLE, W., *The Political Economy of Monetary Solidarity. Understanding the Euro Experiment*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York 2017.

SCHNABEL, I., «The shadow of fiscal dominance: Misconceptions, perceptions and perspectives», versión escrita del Discurso pronunciado en el Centre for European Reform y el Eurofi Financial Forum, con ocasión del Simposio bajo el lema «Is the current ECB monetary policy doing more harm than Good, and what are the alternatives?», 11 de septiembre de 2020, disponible en <https://www.bis.org/review/r200914f.pdf>.

SCHMITT, C., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Verlag von Duncker & Humblot, Múnich-Leipzig 1922 (Traducción española: Editorial Trotta, Madrid 2009).

SCHMITT, H.O., «International Monetary System: Three Options for Reform», *International Affairs*, Vol 50-2, 1974, pp. 193–210, disponible en: <https://doi.org/10.2307/2616693>.

SCISO, E. (Ed.), *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of Bretton Woods Institutions*, Springer, Nueva York 2018.

SELGIN, G., «Hayek versus Keynes on How the Price Level Ought to Behave», *History of Political Economy*, Vol. 31-4, 1999, pp. 699–721, accesible en <https://doi.org/10.1215/00182702-31-4-699>. —«Banks Are Intermediaries of Loanable Funds», *Cato Working Paper*, No. 80, 18 marzo 2024, 48 pp., disponible en: <https://www.cato.org/working-paper/banks-are-intermediaries-loanable-funds>.

SINN, H.W., *The economics of Target Balances. From Lehman to Corona*, Palgrave-Macmillan, Londres-Nueva York 2020.

SINN, H.W. y WOLLMERSHAEUSER, T., «Target Loans, Current Account Balances and Capital Flows: The ECB's Rescue Facility», *National Bureau for Economic Research Working Paper*, No. 17626, noviembre 2011, 40 pp.

SNELL, J., «The Trilemma of European Economic and Monetary Integration, and Its Consequences», *European Law Journal*, Vol. 22-2, 2016, pp. 157-179.

SNOW, N., «Si las mercancías no cruzan las fronteras ...», Fundación para la Educación Económica (FEE), 29 de junio de 2022, disponible en <https://fee.org.es/articulos/si-las-mercanc%C3%ADas-no-cruzan-las-fronteras/>.

STEIL, B., *The Battle of Bretton Woods: John Maynard Keynes, Harry Dexter White, and the Making of a New World Order*, Princeton University Press, Princeton-NJ 2014.

THORNTON, H., *An Inquiry into the Nature and Effects of the Paper Credit of Great Britain*, George Allen & Unwin, Londres 1939.

TIROLE, J., «Country Solidarity in Sovereign Crises», *The American Economic Review*, Vol. 105, No. 8 (2015), pp. 2333-2363, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/43821343>.

TORNELL, A., «Eurozone Architecture and Target2: Risk-sharing and the Common-pool Problem», *Working Paper*, UCLA Department of Economics, junio 2018, 42 pp., disponible en: <https://www.aaron-tornell.com/works-in-progress>.

TOUT, E., «Plans for a fictitious world: Keynes's global bank and currency», *Blogs LSE*, 10 de marzo de 2023, disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/economichistory/2023/03/10/keynes-global-bank-and-currency/>.

TUCKER, P., *Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey) 2018.

TUORI, K., «Has Euro Area Monetary Policy Become Redistribution by Monetary Means? Unconventional Monetary Policy as a Hidden Transfer Mechanism», *European Law Journal*, Vol. 22-6, 2016, pp. 838-868, disponible en: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/eurlj22&i=838>.

—«The ECB's quantitative easing programme as a constitutional game changer», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26-1, 2019, pp. 94-107, disponible en <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/maastje26&i=108>.

VILLAR PALASÍ, J.L., «Fisco versus Administración. La teoría nominalista del impuesto y la teoría de las prestaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, No. 24 (1957), pp. 11-38, incluido en A. RUIZ OJEDA (Ed.), *José Luis Villar Palasí (1922-2012). Obras selectas*, Iustel, Madrid 2022, pp. 521-543.

—*La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1964.

—«La dinámica del principio de legalidad presupuestaria», *Revista de Administración Pública*, No. 49 (1966), pp. 9-38, incluido en A. RUIZ OJEDA (Ed.), *José Luis Villar Palasí (1922-2012). Obras selectas*, Iustel, Madrid 2022, pp. 565-590.

—«Concesiones administrativas», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Francisco Seix, Vol. IV, Barcelona 1975, pp. 684-770, incluido en A. RUIZ OJEDA (Ed.), *José Luis Villar Palasí (1922-2012). Obras selectas*, cit., pp. 265-449.

WALKER, F.A., *Money*, Henry Holt&Co, Nueva York 1883.

WERNER, R.A., «Can banks individually create money out of nothing? — The theories and the empirical evidence», *International Review of Financial Analysis*, Vol. 36 (2014), pp. 1-19, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.irfa.2014.07.015>.

—«How do banks create money, and why can other firms not do the same?. An explanation for the coexistence of lending and deposit-taking», *International Review of Financial Analysis*, Vol. 36 (2014), pp. 71-77, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.irfa.2014.10.013>.

WIEDMAN, J., «Stop encouraging banks to buy Government debt», *Financial Times*, 30 de septiembre de 2013, disponible en: <https://www.ft.com/content/81a505a4-278c-11e3-8feb-00144feab7de>.

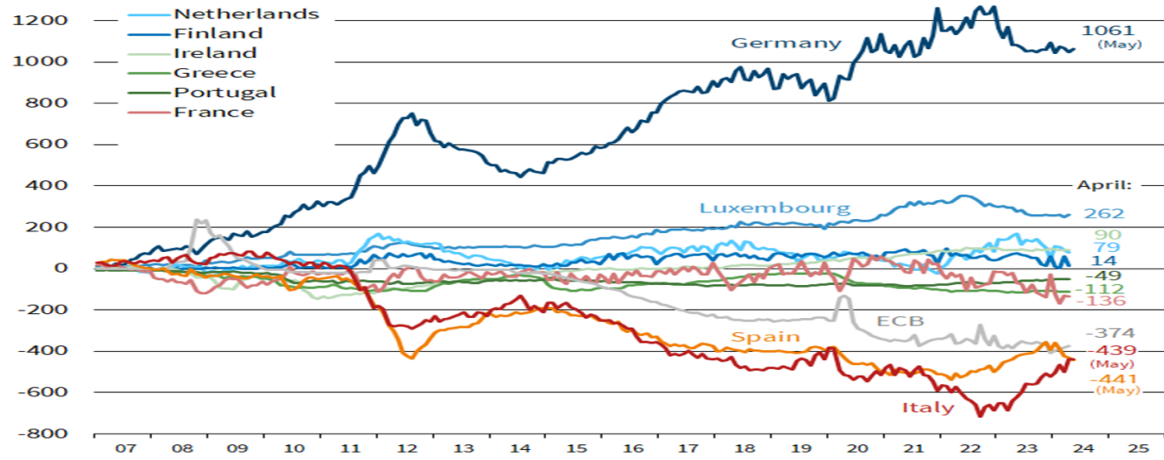
WRAY, L.R., *Credit and State Theories of Money. The Contributions of A. Mitchell Innes*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton 2004.

ZAPATA SEVILLA, J., *El dinero en el contexto de las Tecnologías de Registro Distribuido (Blockchain). Un enfoque desde el Análisis Económico del Derecho*, Tirant lo Blanc, Valencia 2024.

**ANEXO I:**

Fuente: H.W. Sinn, <https://www.hanswernersinn.de/de/themen/TargetSalden>

**Target Balances of Selected National Central Banks and the ECB, May 2024**  
In billion euros; end-of-month values



Source: Sinn/Wollmershäuser "updated" (2012) »Target Loans, Current Account Balances and Capital Flows: The ECB's Rescue Facility«, International Tax and Public Finance; European Central Bank; Deutsche Bundesbank; Banca d'Italia; Banco de España; Bank of Greece. © Hans-Werner Sinn

**ANEXO II**

Fuente: Eurostat y BCE

PAÍS	IPC		DESEMPLEO		PIB		T2	
	Dic 2022	Dic 2023	Dic 2022	Dic 2023	Dic 2022	Dic 2023	Dic 2022	Dic 2023
<b>Italia</b>	8,18%	5,72%	8,1%	7,6%	1.960bn€	2.210bn€	-0,72bn€	-0,68bn€
<b>España</b>	5,71%	3,10%	12,9%	11,8%	1.340bn€	1.460bn€	-0,49bn€	-0,39bn€
<b>Alemania</b>	8,12%	3,71%	5,7%	5,3%	4.080bn€	4.120bn€	+1,31bn€	+1,12bn€

# Voluntad y motivación en actos administrativos automatizados con inteligencia artificial: ¿un nuevo entendimiento de conceptos humanos?

## Sumario

*En este trabajo se estudia el impacto de la tecnología en los conceptos humanos del Derecho. Con ello se alude a las expresiones lingüísticas que integran el material jurídico y que han sido pensadas tradicionalmente como aplicables al ser humano. Para delimitar el análisis y ejemplificarlo, el texto se ocupa de los conceptos de voluntad y motivación en actos administrativos automatizados con inteligencia artificial. A partir del significado dogmático de estos términos, se aclara si la inteligencia artificial sustituye el raciocinio de la persona física que ejerce la competencia en nombre de la Administración pública. En tal sentido, se reflexiona sobre la voluntad y la motivación, como elementos de existencia y validez, respectivamente, cuando la decisión administrativa se automatiza algorítmicamente.*

## Abstract

*This paper studies the impact of technology on human concepts of law. These terms refer to the linguistic expressions, which make up the legal material, that traditionally were thought of as applicable to the human being. To delimit the analysis and exemplify it, the text deals with the concepts of will and motivation in automated administrative acts with artificial intelligence. Based on the exposition of the dogmatic meaning of these terms, it is clarified whether artificial intelligence replaces the reasoning of the natural person who exercises competence on behalf of the Public Administration. Considering this hypothesis, the paper reflects about will and motivation, as elements of existence and validity, respectively, when the administrative decision is algorithmically automated.*

**Title:** *Will and motivation in automated administrative acts with artificial intelligence: a new understanding of human concepts?*

**Palabras clave:** *Inteligencia artificial, algoritmo, conceptos humanos del Derecho, acto administrativo automatizado, voluntad, motivación, discrecionalidad administrativa.*

**Keywords:** *Artificial intelligence, algorithm, human concepts of Law, automated administrative act, will, motivation, administrative discretion.*

**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i4.12



3.2024

Recepción  
05/09/2024

-

Aceptación  
03/10/2024

-

## Índice

-

### **1. Consideraciones introductorias**

- 1.1. Trazos literarios y filosóficos
- 1.2. Planteamiento y metodología

### **2. Voluntad y motivación del acto administrativo como conceptos humanos**

- 2.1. La voluntad humana como concepto filosófico
- 2.2. La concepción antropocéntrica de la voluntad en la configuración dogmática del acto administrativo
- 2.3. La motivación del acto administrativo como producto del raciocinio humano

### **3. Efectos del conocimiento científico y tecnológico en la transformación de los conceptos humanos del Derecho**

- 3.1. Ciencia, técnica y tecnología como elementos disruptivos del lenguaje jurídico
- 3.2. El acto administrativo, dentro de los conceptos jurídicos transformados por el conocimiento científico, técnico y tecnológico

### **4. Acto administrativo automatizado con sistemas de inteligencia artificial**

- 4.1. Definición
- 4.2. Distinciones

### **5. Voluntad humana en el acto administrativo automatizado**

- 5.1. Reserva de humanidad en el elemento volitivo
- 5.2. Competencia y naturaleza de la potestad


### **6. Motivación: derecho a la explicación de las decisiones administrativas adoptadas mediante sistemas de inteligencia artificial**

- 6.1. La motivación como regla general aplicable
- 6.2. Derecho a la explicación
- 6.3. Metodología de la motivación

### **7. Conclusiones**

### **8. Bibliografía**

-

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

## 1. Consideraciones introductorias\*

### 1.1. Trazos literarios y filosóficos

«-Cuando yo utilizo una palabra -explicó el huevo- significa lo que yo quiero que signifique.  
-El tema es -cuestionó Alicia- si puedes hacer que las palabras signifiquen algo diferente de lo que realmente significan.  
-La cuestión es -dijo Humpty Dumpty- saber quién manda, y eso es todo»<sup>1</sup>.

«Míster Bones dispuso de algo de tiempo para recobrar el aliento y pensar en el paso siguiente. Nunca había ido detrás de los pájaros, pero había visto cómo lo hacían otros perros, aprendiendo de ellos lo suficiente para hacerse una idea bastante acertada de lo que no debía hacer. No había que lanzarse por las buenas y confiar en la suerte, por ejemplo, y tampoco había que hacer mucho ruido, ni correr por fuerte que fuese la tentación. Al fin y al cabo, no se pretendía asustar a las palomas. El objetivo era llevarse una a la boca, y en cuanto echase a correr todas remontarían el vuelo y desaparecerían. Ese era otro dato que había que recordar, díjose para sus adentros. Las palomas podían volar, y los perros no. Las palomas quizá fuesen más tontas que los perros, pero era porque Dios les había dado alas en vez de cerebro, y para ser más rápido que las alas el perro tenía que buscar en su memoria y recurrir a todos los trucos que la vida le hubiese enseñado»<sup>2</sup>.

En una conferencia pronunciada en 1953, Heidegger se preguntó por el sentido de la *técnica*. Aun cuestionando sus beneficios, hizo esta reflexión: «La esencia de la técnica en cuanto destino, introduce al hombre en lo que él mismo y por sí mismo ni puede inventar ni, mucho menos, hacer; pues, algo así como un hombre que sea hombre única y solamente por sí mismo, no lo hay»<sup>3</sup>. Hannah Arendt también reflexionó sobre las consecuencias de la tecnología para la «condición humana». Por ejemplo, se asombró de que, mediante el uso de aparatos sofisticados, como los satélites, se estuviera conquistando el espacio exterior a la Tierra<sup>4</sup>. Ortega y Gasset, por su parte, al meditar sobre la técnica, la concibió como un instrumento que sirve al hombre para transformar la naturaleza. Reivindicaba, de este modo, la utilidad de los inventos para adecuar circunstancias vitales agrestes y hacerlas favorables a los intereses del individuo<sup>5</sup>. Como se advierte, los efectos, para la humanidad, de los artefactos y de los resultados de la ciencia aplicada han sido una preocupación de la filosofía contemporánea. Se ha destacado, en tal sentido, el carácter transformador de la técnica y la tecnología en la sociedad<sup>6</sup>.

---

\* Cristian Andrés Díaz Díez (cdiazdi@eafit.edu.co). Este trabajo es resultado de dos proyectos de investigación. El primero se titula «Naturaleza y forma de garantía de la transparencia en el ejercicio de la función administrativa en Colombia». El segundo se concreta en la tesis sobre «Conocimiento científico y metodología aplicada del Derecho administrativo», elaborada en el marco del Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Autónoma de Madrid, España. Ambas investigaciones han sido financiadas por la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

<sup>1</sup> CARROLL, *Alicia a través del espejo*, 2017, p. 56.

<sup>2</sup> AUSTER, *Tombuctú*, 3ª ed., 2015, pp. 114-115.

<sup>3</sup> HEIDEGGER, «La pregunta por la técnica», en HEIDEGGER, *Filosofía, ciencia y técnica*, 3ª ed., Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1997, p. 143.

<sup>4</sup> ARENDT, *La condición humana*, 2005, pp. 29-34, 294.

<sup>5</sup> ORTEGA Y GASSET, «Meditación de la técnica», en ORTEGA Y GASSET, *Meditación de la técnica. Ensimismamiento y alteración*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2015, pp. 53 ss.

<sup>6</sup> QUINTANILLA, «Caracterización de la técnica», en QUINTANILLA, *Tecnología: un enfoque filosófico y otros ensayos de filosofía de la tecnología*, 2ª ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2017, pp. 46-62.

El estudio de este fenómeno también es relevante para los juristas. Tradicionalmente, el Derecho ha empleado expresiones lingüísticas que pueden calificarse como *conceptos humanos*. Es decir, tanto los ordenamientos jurídicos como la doctrina se han referido a términos predicables del ser humano o solo aplicables a este en cuanto agente racional. Algunos de estos conceptos son los de *persona, derechos, capacidad, voluntad y motivación*. Así en ocasiones también se imputen a personas jurídicas –colectivas– y a otras formas organizativas sin personalidad jurídica –como los consorcios y uniones temporales en la contratación pública–<sup>7</sup>, los juristas han sido conscientes de que dichos conceptos se fundamentan en las personas naturales que las constituyen y de que terminan repercutiendo en estas. Sin embargo, desde hace décadas y sobre todo en los últimos años el paradigma «antropocéntrico» ha comenzado a debilitarse como base epistémica y deontológica del Derecho. Estos cambios de paradigma se han considerado fenómenos a los que se sujeta la investigación científica, y la jurídica no es la excepción<sup>8</sup>.

Son cada vez más representativos los casos en que los destinatarios de las normas jurídicas son distintos a las personas físicas. Por ejemplo, el imperativo de proteger la naturaleza ha dado lugar a la construcción del concepto de «ser sintiente», que trasciende a los individuos de la especie humana. Dicha categoría ha permitido que se establezcan deberes en beneficio de animales no humanos. Las plantas, los ríos y los páramos, para citar otros ejemplos, están ocupando un lugar en la tutela jurídica que antes solo se reservaba a los seres humanos, en quienes, fundamentalmente, se ha radicado la titularidad de los derechos subjetivos<sup>9</sup>. Parece que *Humpty Dumpty* –el personaje de «Alicia a través del espejo»– está en lo cierto cuando, en el primer epígrafe de este escrito, afirma que los significados de las palabras son contingentes, pues dependen de su uso en los contextos lingüísticos, es decir, están determinados por las convenciones vigentes y por lo que establezcan quienes tienen el poder de determinar el sentido de los conceptos. «El lenguaje es, de un cabo a otro, *discurso*, gracias a este poder singular de una palabra que hace pasar el sistema de signos hacia el ser de lo que se significa»<sup>10</sup>.

## 1.2. Planteamiento y metodología

El objetivo de este trabajo es analizar qué sucede con los conceptos humanos de *voluntad y motivación* cuando el acto administrativo se adopta por un sistema con inteligencia artificial. En otras palabras, se busca aclarar si la programación algorítmica de la decisión altera o no dichos conceptos y si tiene repercusiones jurídicas tanto en el plano sustantivo como procesal. La pregunta es importante porque, como se sabe, el primero de los elementos se relaciona con la existencia y el segundo con la validez del acto administrativo. Frente a esta cuestión caben dos hipótesis, como punto de partida. La primera es señalar que en la medida en que el acto administrativo automatizado se diseña por o a instancias de la Administración, en nada se afectan la voluntad y la motivación, pues continúan siendo las del órgano competente que actúa mediante sus agentes físicos. La segunda conjetura consiste en sostener que el uso de la

<sup>7</sup> Colombia, art. 7.6 y 7.7 de la Ley 80/1993, de 28 de octubre, «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», *Diario Oficial* n° 41.094, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>.

<sup>8</sup> KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, 4.ª ed., 2013, pp. 101-114.

<sup>9</sup> SARMIENTO E., «La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza aportes desde el constitucionalismo colombiano», *Estudios Constitucionales*, v. 18, n° 2, 2020, pp. 221 ss.

<sup>10</sup> FOUCAULT, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, 1968, p. 10.

inteligencia artificial, por el contrario, hace que ambos conceptos intelectuales ya no se prediquen de seres humanos sino de algoritmos, es decir, que se conciban como atributos de un sistema electrónico que, además, en algunos casos es capaz de aprender y deliberar de manera autónoma.

Conviene señalar que el presente texto se inscribe en la *metodología del Derecho administrativo*. Esto permite un abordaje del tema tanto en términos filosóficos como dogmáticos. En una perspectiva *académica*, esta metodología se ocupa, entre otras materias, del análisis de los conceptos –en cuanto unidades abstractas del pensamiento– para determinar cómo se expresan en los sentidos del lenguaje y cómo se transforman a partir de los conocimientos que aportan otras ciencias<sup>11</sup>. Se ha indicado, bajo esta óptica, que los «conceptos puente» permiten un diálogo fructífero entre el Derecho administrativo y otras disciplinas, entre ellas la cibernética<sup>12</sup>. Por su parte, la *metodología aplicativa* de esta rama del Derecho estudia la manera en que la Administración pública fija los hechos relevantes para decir y la forma en que concreta o, en su caso, crea la «norma de conducta» aplicable. Asimismo, este campo de investigación examina el alcance de la «norma de control» de la actuación administrativa, aplicada generalmente por el juez<sup>13</sup>.

Puede afirmarse que el tema que se aborda es relevante para ambos tipos de metodología; en relación con la primera, porque estudia uno de los conceptos dogmáticos tradicionales del Derecho público: el *acto administrativo*. El examen de los efectos de la inteligencia artificial para los conceptos de voluntad y motivación, como elementos característicos de estas decisiones formalizadas de la Administración, es un interrogante que involucra aspectos interdisciplinarios y que, además, posibilita una reflexión sobre la adecuación de los desarrollos de la innovación en el sistema conceptual del Derecho administrativo. En lo que respecta a la metodología aplicativa, este trabajo también pretende brindar insumos teóricos para afrontar los retos que la tecnología –especialmente, la inteligencia artificial– impone a la práctica administrativa<sup>14</sup>. Para las referencias normativas, por razones de delimitación espacial, se emplea, principalmente, el régimen jurídico del acto administrativo en Colombia. No obstante, con el propósito de mostrar que el problema tiene alcance más amplio, se plantean algunas remisiones a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, como estrategia comparativa que estimule investigaciones posteriores<sup>15</sup>.

El artículo se estructura como sigue. Primero, se explica por qué la voluntad y la motivación del acto administrativo son expresiones del lenguaje que ingresan en lo que en este texto se denomina *conceptos humanos*. En un segundo momento, se reflexiona sobre el impacto de la tecnología en el entendimiento de los conceptos jurídicos, para examinar si puede tener efectos disruptivos en su uso y potenciar su mutación. Posteriormente, se profundiza en la categoría del

---

<sup>11</sup> DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, 2018, pp. 31-35.

<sup>12</sup> DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, pp. 133-140; MOREU, «Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 1, 2020, p. 335.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, 2016, p. 12.

<sup>14</sup> RAMIÓ, *Inteligencia artificial y Administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*, 2019, pp. 7 ss.

<sup>15</sup> VELASCO CABALLERO, «Metodología comparativa para el Derecho administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 200, 2019, pp. 52-53.

acto administrativo automatizado para determinar en qué aspectos este cambia la forma en que la Administración decide. Finalmente, se aborda la cuestión principal de este trabajo a partir de las dos hipótesis previamente formuladas. En tal sentido, se analiza si el empleo de sistemas de inteligencia artificial en la adopción de actos administrativos incide en el elemento volitivo, así como en la exposición de las razones de hecho y de Derecho de estas decisiones.

## 2. Voluntad y motivación del acto administrativo como conceptos humanos

### 2.1. La voluntad humana como concepto filosófico

La voluntad se ha considerado por siglos un atributo de los seres humanos. Así se puede evidenciar en el Derecho y en los planteamientos filosóficos que han cristalizado en la teoría jurídica. En el primer campo, usualmente, cuando se alude a un acto o comportamiento *voluntario* se piensa que es un sujeto humano quien lo produce. Por ejemplo, el dolo se define como la realización de una conducta motivada por la intención. Con fundamento en dicho concepto, se asume que el sujeto ha querido realizar la acción para imputarle una consecuencia jurídica. Así sucede en ámbitos como el Derecho penal<sup>16</sup>, el Derecho civil<sup>17</sup> y el Derecho administrativo sancionador<sup>18</sup>.

La capacidad de *Míster Bones* –el perro que delibera sobre cuál es el método más eficaz para perseguir a las palomas, reflexionando sobre sus recuerdos para tomar una decisión inteligente, en el segundo epígrafe que inaugura este texto– es un atributo que por mucho tiempo se ha dimensionado como exclusivo de los animales humanos. En la filosofía también se puede hallar este entendimiento de la voluntad como concepto *antropológico*. Conviene hacer referencia a los planteamientos de algunos filósofos sobre este punto, con el fin de ejemplificarlo. Agustín de Hipona define la voluntad como algo característico del ser humano, que se expresa en su «libre albedrío» para decantarse por el bien o el mal<sup>19</sup>. Descartes, en su cuarta meditación metafísica, concibe la voluntad como una facultad de la razón humana que le permite hacer juicios para realizar o no una conducta. Aunque opina que esta volición es imperfecta, comparada con la divina, admite que es un atributo privativo del ser humano que «nos hace semejantes a Dios»<sup>20</sup>.

Asimismo, la voluntad ocupa un lugar central en el sistema moral de Kant, entendida como «facultad de desear»<sup>21</sup>. Sostiene que es esta capacidad de autodeterminación humana la que permite explicar la idea de la libertad práctica y responsabilizar a alguien por su conducta. De este modo, su «imperativo categórico» es una norma que solo cabe aplicar a los seres humanos, porque son los únicos que tienen *voluntad libre*. No rige para los otros animales, pues no poseen

<sup>16</sup> Colombia, art. 22 de la Ley 599/2000, de 24 de julio, «Por la cual se expide el Código Penal», *Diario Oficial* n° 44.097, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388>.

<sup>17</sup> Colombia, art. 63 de la Ley 84/1873, de 26 de mayo, «Código Civil», *Diario Oficial* n° 2.867, accesible en <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>.

<sup>18</sup> Por ejemplo, en materia disciplinaria, véase: Colombia, art. 28 de la Ley 1952/2019, de 28 de enero, «Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario», *Diario Oficial* n° 50.850, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90324>.

<sup>19</sup> DE HIPONA, «Del libre albedrío», en DE HIPONA, *Obras de San Agustín. Edición bilingüe. III. Obras filosóficas. Contra los académicos. Del libre albedrío. De la cantidad del alma. Del maestro. Del alma y su origen. De la naturaleza del bien: contra los maniqueos*, 3ª ed., Editorial Católica, Madrid, 1963, p. 201.

<sup>20</sup> DESCARTES, «Meditaciones metafísicas», en DESCARTES, *Descartes. Biblioteca de grandes pensadores*, Gredos, Madrid, 2011, p. 433.

<sup>21</sup> KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., 2008, p. 16.

un «*arbitrium liberum*», sino un «*arbitrium brutum*», esto es, un deseo totalmente condicionado por los impulsos sensitivos<sup>22</sup>. La noción de autonomía de la voluntad, tan cara para la dogmática del acto y del negocio jurídico, es coherente con este concepto de voluntad como atributo de la razón humana. En Hegel la voluntad también es un rasgo de la conciencia subjetiva. Observa la voluntad libre como una figura del espíritu humano que fundamenta la moral y el Derecho. La realización de esta voluntad, mediante el reconocimiento de las otras autoconciencias y su materialización en el «reino de la eticidad», es algo imposible de lograr por especies o entes naturales no humanos; mucho menos por cosas inertes, como las máquinas<sup>23</sup>.

## 2.2. La concepción antropocéntrica de la voluntad en la configuración dogmática del acto administrativo

Esta concepción filosófica de la voluntad es la que ha imperado en el Derecho y, particularmente, en el plano del *acto administrativo*. Para comprenderlo, conviene algunos comentarios sobre este último concepto. En la dogmática jurídica no hay una definición unánime de esta forma de conducta de la Administración. Por solo mencionar ciertos ejemplos, mientras que para algunos autores la unilateralidad es un elemento esencial del acto administrativo<sup>24</sup>, otros lo relativizan<sup>25</sup> o admiten la posibilidad de actos administrativos bilaterales<sup>26</sup>. Asimismo, mientras que algunos consideran que el reglamento expedido por la Administración es un tipo de acto administrativo<sup>27</sup>, otros los independizan<sup>28</sup>. Habría que agregar que en la actualidad se debate en Colombia sobre si el régimen jurídico –de Derecho *público* o *privado*– incide en el concepto de acto administrativo<sup>29</sup>. Sin embargo, la ausencia de consenso doctrinal frente a aspectos como los mencionados y a otros que aún se discuten no ha impedido hasta ahora el acuerdo en un punto: en que el acto administrativo lo produce el ser humano. Si bien, en lo que respecta al lenguaje, se emplean los términos expresión de *voluntad*, de *juicio*, de *conocimiento* o de *deseo*, se ha entendido que esos sustantivos se refieren al raciocinio humano<sup>30</sup>.

Como muestra de ello, en Colombia la noción más acogida de acto administrativo, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, es aquella que señala que se trata de una manifestación unilateral de *voluntad* proferida en ejercicio de función administrativa y que tiene vocación de producir efectos jurídicos<sup>31</sup>. Aunque no existe una definición normativa, cabe la referencia

<sup>22</sup> KANT, *Crítica de la razón pura*, 2006, p. 464.

<sup>23</sup> HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, 2ª ed., 2017, pp. 171, 222, 280, 288.

<sup>24</sup> GORDILLO, *Tratado de Derecho administrativo*, t. 9, primeros manuales, 2014, p. IX-7; MARÍN CORTÉS, «Naturaleza del acto de adjudicación –y de otros actos del trámite administrativo– en las entidades excluidas de la Ley 80, y técnicas de control judicial. Análisis de la sentencia del 5 de julio de 2018, Sección Tercera, Subsección C, exp. 59.530», *Centro de Estudios de Derecho Administrativo*, 2018, accesible en <https://www.ceda.com.co/naturaleza-del-acto-de-adjudicacion>.

<sup>25</sup> SÁNCHEZ ZAPATA/VERGARA MESA, «La unilateralidad de los actos administrativos en Colombia a partir del principio de participación en el marco de los procedimientos administrativos», *Revista Derecho del Estado*, n° 51, 2021, pp. 249-253.

<sup>26</sup> MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, Contratos administrativos, 1983, p. 39.

<sup>27</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de Derecho administrativo*, 2017, p. 551.

<sup>28</sup> MEILÁN GIL, «El carácter estructural de la norma y el acto administrativo», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, v. 67, n° 268, 2017, pp. 589-594.

<sup>29</sup> DÍAZ DÍEZ, «Acto administrativo y derecho privado: ¿una relación antagónica? Las decisiones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia», *Revista de Derecho Administrativo*, n° 39, 2024, pp. 85-100.

<sup>30</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, t. I., 12ª ed., 2008, p. 526.

<sup>31</sup> Esta definición se acoge, entre otras, en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: C-

histórica a la que contemplaba inicialmente el Código Contencioso Administrativo anterior<sup>32</sup>. El artículo 83 de este Código señalaba que los actos administrativos eran «las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia». Este concepto no estuvo vigente por muchos años, pues lo derogó el artículo 13 del Decreto 2304/1989<sup>33</sup>. Ni el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>34</sup> ni otras normas jurídicas han reemplazado dicha definición por otra. Sin embargo, a pesar de no estar vigente, el concepto citado muestra la influencia histórica de la *psicología* en el entendimiento del acto administrativo, algo que también se destaca en la actualidad respecto de la actuación administrativa en general<sup>35</sup>. La referencia histórica a dicha definición expresa la tendencia de considerar que el acto administrativo es producto de la deliberación intelectual del ser humano. En otras palabras, esa noción postula que no puede hablarse de acto administrativo sin voluntad o raciocinio de personas naturales, esto es, de «individuos de la especie humana», como las define el artículo 73 del Código Civil colombiano. Por tanto, a partir de este criterio, lo natural es concluir que, si la manifestación unilateral de voluntad es uno de los elementos de la definición del acto administrativo, según la acepción más generalizada del concepto, cuando no hay tal volición humana es imposible predicar la existencia del acto administrativo.

Ciertamente, en la doctrina se discute si la voluntad que origina el acto administrativo es la de la persona física que lo profiere en nombre de la Administración pública o si esta voluntad singular –natural– es irrelevante. Hay quienes expresan que el acto administrativo siempre supone una *declaración intelectual* de un ser humano, es decir, un fenómeno psíquico volitivo o del «espíritu». En Italia este criterio ha sido significativamente admitido<sup>36</sup>. En un sentido contrario, se indica que no es la voluntad del sujeto que decide, concebido naturalmente, la que se requiere para que el acto administrativo exista, sino la voluntad objetiva de la norma jurídica que permite adoptarlo –de la norma que atribuye la competencia–. Esta es la tesis esgrimida por un sector de la doctrina española<sup>37</sup>. Sin embargo, ambas posturas teóricas coinciden en que hay una voluntad humana original, de un sujeto competente dentro del Estado, a la que se imputa la intención de producir la decisión o a la que se reconduce el surgimiento del acto administrativo, sea la del autor de la norma o la de un agente de la Administración.

---

487/1996, C-1436/2000 y C-542/05. El Consejo de Estado colombiano admite un concepto similar, por ejemplo, en el auto de 6 de diciembre de 2018, Rad.: 68001-23-33-000-2017-00669-01 (4446-17), en el auto de 19 de junio de 2018, Rad. 25000-23-36-000-2017-01974-01 (61132) y en la sentencia de unificación jurisprudencial de 20 de abril de 2023, Rad. 25000-23-26-000-2012-00291-01 (55.085). Sobre esto, véase DÍAZ DÍEZ, «Significados del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional», *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 21, n° 2, 2019, p. 283.

<sup>32</sup> Colombia, Decreto 1/1984, de 2 de enero, «Código Contencioso Administrativo», *Diario Oficial* n° 36.439, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6543>.

<sup>33</sup> Colombia, Decreto 2304/1989, de 7 de octubre, «Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo», *Diario Oficial* n° 39.013, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6542#1>.

<sup>34</sup> Colombia, Ley 1437/2011, de 18 de enero, «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», *Diario Oficial* n° 47.956, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>.

<sup>35</sup> VELASCO CABALLERO, «Psicología para el Derecho administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 7, 2023, pp. 41 ss.

<sup>36</sup> ZANOBINI, *Curso de Derecho administrativo. Parte General*, 2020, pp. 198-201.

<sup>37</sup> BOCANEGRA SIERRA, *La teoría del acto administrativo*, 2005.

La «teoría del órgano» ha permitido entender que, aunque la competencia –la potestad para actuar– se asigna por el Derecho administrativo al órgano, este expresa su voluntad decisoria mediante la voluntad de la persona física que, generalmente, es la que lo representa<sup>38</sup>. No hay que hacer mayores disquisiciones teóricas para probarlo. La realidad demuestra que cuando los entes públicos toman decisiones es un sujeto natural quien ejerce la vocería de aquellos. Cuando el Gobierno, como parte del Estado, expide un decreto que nombra a un funcionario dentro del Ejecutivo, el acto administrativo se entiende expedido por aquel, pero, *físicamente*, la voluntad en virtud de la cual se predica la existencia de dicho acto la expresan sujetos de carne y hueso que se vinculan al órgano: el artículo 115 de la Constitución establece que «El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno»<sup>39</sup>. El ordenamiento jurídico puede inferir una voluntad tácita ante la inactividad administrativa. Así sucede con el acto administrativo ficticio que se produce por el silencio de la Administración. En este evento, la norma establece que, transcurrido un término sin que aquella se pronuncie para contestar una petición, se entiende que su respuesta es positiva o negativa<sup>40</sup>. Se considera que aún en este caso hay voluntad humana: la de los autores de la norma que prevé el efecto del silencio administrativo.

### 2.3. La motivación del acto administrativo como producto del raciocinio humano

Con fundamento en la perspectiva dogmática explicada anteriormente, puede afirmarse que la voluntad es un elemento de existencia del acto administrativo. La *motivación*, por otra parte, se concibe como elemento de validez. Ambos conceptos comparten la característica de relacionarse con una operación mental, es decir, de vincularse a un aspecto cognitivo del intelecto humano. La motivación es la expresión de las razones de hecho y de derecho que han conducido a la expedición del acto administrativo.

No explicitar estos motivos hace incurrir a la decisión en un vicio de invalidez, es decir, la convierte en anulable. Este defecto también se configura cuando, en la motivación, se aducen razones inexistentes o que no han ocurrido del modo en que la Administración afirma –apócrifas–. Igualmente, se produce cuando no se brinda una exposición completa de los motivos. Asimismo, se genera en aquellos casos en que la expresión de las razones que soportan el acto administrativo es incongruente con lo que decide o cuando no son claras ni por ende inteligibles<sup>41</sup>. El artículo 137 de la Ley 1437/2011 prevé la «falsa motivación» como el vicio que se presenta en ambos casos: tanto ante la ausencia como ante la motivación insatisfactoria. En efecto, el carácter restrictivo de la forma en que el legislador denomina el vicio no ha impedido que se entienda que este se acredita cuando se demuestra que el acto administrativo no se ha motivado.

La motivación constituye una pieza determinante del Estado de Derecho y de la democracia. De un lado, es una exigencia de las *normas de procedimiento*, es decir, de los preceptos formales que

---

<sup>38</sup> KELSEN, *Teoría general del Estado*, 2ª ed., 2005, pp. 348-349; JELLINEK, *Teoría general del Estado*, 2000, p. 458; MERKL, *Teoría general del Derecho administrativo*, 2004, pp. 369-392.

<sup>39</sup> Colombia, Constitución Política/1991, *Gaceta Constitucional* n° 116, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125>.

<sup>40</sup> Colombia, art. 14 y 83 de la Ley 1437/2011.

<sup>41</sup> FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, 1993, pp. 129-166; TAWIL/MONTI, *La motivación del acto administrativo*, 1998, pp. 1-19.



regulan la adopción de la decisión administrativa<sup>42</sup>. Dichas normas establecen que, salvo excepción, los actos administrativos deben motivarse. Esta es la regla que rige en Colombia. Asimismo, el derecho fundamental al debido proceso contiene el deber de motivación. Este mandato ha de interpretarse como aplicable tanto a las actuaciones judiciales como administrativas<sup>43</sup>. De otro lado, se considera que la exposición de razones es un presupuesto esencial de la democracia, pues este sistema político, salvo algunos casos puntuales, no admite el secreto ni la opacidad como reglas de comportamiento de los órganos que ejercen el poder<sup>44</sup>. Una política deliberativa enriquece la democracia y hace más necesaria la motivación, ya que esta incrementa la posibilidad de que las decisiones del Estado se acepten por sus destinatarios<sup>45</sup>. En ese sentido, la exteriorización de los móviles del acto administrativo no solo favorece la legalidad, sino además la legitimidad como concepto político<sup>46</sup>.

### 3. Efectos del conocimiento científico y tecnológico en la transformación de los conceptos humanos del Derecho

#### 3.1. Ciencia, técnica y tecnología como elementos disruptivos del lenguaje jurídico

Según se ha argumentado hasta este momento, algunos conceptos del Derecho aluden a los seres humanos para predicar de ellos consecuencias jurídicas favorables o adversas; por ejemplo, para atribuirles derechos o imponerles obligaciones. Esto es lo que ha ocurrido en relación con los conceptos de voluntad y motivación en el acto administrativo. Sin embargo, los desarrollos científicos y tecnológicos, acelerados en las últimas décadas, han tenido efectos disruptivos sobre el lenguaje. Ello significa que la aplicación técnica del saber no solo se ha manifestado en artefactos o cosas útiles para la sociedad –como el ordenador o los medicamentos–<sup>47</sup>. Uno de los asuntos que la innovación técnica permite preguntarse actualmente es si ciertos conceptos empleados por el Derecho ya no permiten aplicarse solo a los individuos de la especie humana.

En términos *pragmáticos* –relativos a la forma en que se usan las palabras–, puede afirmarse que los conceptos no son categorías abstractas estáticas. Por el contrario, en forma análoga a los seres vivos, nacen, evolucionan y mueren según los cambios que se producen en los contextos lingüísticos. Ferdinand de Saussure lo explica como una ambivalencia del lenguaje, señalando que, si bien este experimenta cierta inercia a los cambios, ello no obsta para que los signos lingüísticos también se afecten por el fenómeno de la «mutabilidad», es decir, por un «desplazamiento de la relación entre el significante y el significado». En tal sentido, sostiene que «la lengua se altera, o mejor, evoluciona, bajo la influencia de todos los agentes que puedan alcanzar

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, pp. 26-28.

<sup>43</sup> Colombia, art. 29 de la Constitución Política/1991.

<sup>44</sup> BOBBIO, *Democracia y secreto*, 2016, p. 27.

<sup>45</sup> HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6ª ed., 2010, pp. 69-70.

<sup>46</sup> GARCÍA PASCUAL, *Legitimidad democrática y poder judicial*, 1997, pp. 172-173; DEL ÁGUILA, «La política: el poder y la legitimidad», en DEL ÁGUILA (ed.), *Manual de Ciencia Política*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2008, p. 34; ARROYO JIMÉNEZ, «Las bases constitucionales del Derecho administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO/DOMÉNECH PASCUAL/ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *Tratado de Derecho administrativo*, v. I. Introducción. Fundamentos, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 640-641.

<sup>47</sup> RUSSELL, *El impacto de la ciencia en la sociedad*, 2ª ed., 1953, p. 58; QUINTANILLA, en QUINTANILLA, *Tecnología: un enfoque filosófico y otros ensayos de filosofía de la tecnología*, p. 46; POSKETT, *Horizontes. Una historia global de la ciencia*, 2022, pp. 377-394.

sea a los sonidos sea a los significados»<sup>48</sup>. Asimismo, Gadamer reconoce «cambios imperceptibles en el uso y la vida del lenguaje, un nacer y morir de las palabras»<sup>49</sup>.

Los conceptos del Derecho también participan de este rasgo mutable del lenguaje. Piénsese en algunas expresiones del Código Civil colombiano, incorporado a finales del siglo XIX, a partir de la adaptación del Código Civil napoleónico de 1804, realizada por Andrés Bello. Los avances técnicos han hecho necesaria una reinterpretación de estos conceptos para modernizarlos, de manera que las normas jurídicas que los contienen en su semántica conserven eficacia. El término «carruaje», incluido en el artículo 662 de dicho Código como ejemplo de «cosa mueble», en el artículo 1180 como bien susceptible de ser legado y en el artículo 2072 como forma de acarreo, debe admitir hoy otros medios de transporte distintos a las «caballerías», entre estos el automóvil y el avión.

El conocimiento científico, la técnica y la tecnología son, por tanto, factores sociales que han contribuido a transformar el lenguaje del Derecho. El *conocimiento científico* es el saber obtenido mediante un método riguroso y sistemático que admite la refutabilidad y la falsación<sup>50</sup>. La *técnica* es la aplicación de una destreza (*know how*) para realizar una actividad, resolver un problema práctico o elaborar un artefacto<sup>51</sup>. La *tecnología* es la producción técnica a un nivel más amplio y constante en el ámbito industrial<sup>52</sup>. Los cambios conceptuales que estos tres tipos de saber fomentan, desde el punto de vista jurídico, asumen diferentes manifestaciones. Pueden expresarse en nuevos términos que surgen como resultado de la investigación disciplinar. También pueden modificar palabras a las que, previamente, no se atribuía el sentido que la innovación ahora exige. Igualmente, pueden hacer que se reflexione sobre la pertinencia de conservar ciertos sentidos del lenguaje. Más aún, pueden hacer que se tornen obsoletos algunos significados que se basaban en ideas que hoy se muestran equivocadas.

### 3.2. El acto administrativo, dentro de los conceptos jurídicos transformados por el conocimiento científico, técnico y tecnológico

Algunos ejemplos permiten observar este carácter disruptivo del conocimiento conceptual y aplicado sobre el lenguaje jurídico. El «cambio climático» es una expresión que ha surgido desde hace algunos años para explicar, fundamentalmente, los efectos de la temperatura derivados del calentamiento del planeta y promover una respuesta social para mitigar este fenómeno. La investigación desarrollada por las ciencias ambientales ha sido determinante para describirlo y trasladarlo a los usos del lenguaje, no solo al técnico, sino también al ordinario o cotidiano<sup>53</sup>. Este es un supuesto en que la ciencia crea términos que luego el Derecho hace suyos. Son «conceptos puente», en perspectiva metodológica. Como su nombre indica, tales conceptos trazan un puente entre el Derecho y otras disciplinas y cumplen una función heurística en la dogmática jurídica, porque favorecen la creación de nuevas categorías abstractas. En un sentido

<sup>48</sup> DE SAUSSURE, *Curso de lingüística general*, 24.ª ed., 1986, pp. 100, 102.

<sup>49</sup> GADAMER, «Lenguaje y comprensión», en GADAMER, *Antología*, Sígueme, Salamanca, 2001, p. 105.

<sup>50</sup> POPPER, *La lógica de la investigación científica*, 2ª ed., 2008, pp. 50, 59.

<sup>51</sup> ORTEGA Y GASSET, en ORTEGA Y GASSET, *Meditación de la técnica. Ensimismamiento y alteración*, p. 63.

<sup>52</sup> QUINTANILLA, «Tecnología, cultura e innovación», en AIBAR y QUINTANILLA (eds.), *Ciencia, tecnología y sociedad*, Trotta, Madrid, 2012, p. 104.

<sup>53</sup> SIMOU, *Derecho local del cambio climático*, 2020, pp. 29-30.

similar, conceptos como «red» y «gobernanza» conectan el Derecho con la cibernética y la ciencia política, respectivamente<sup>54</sup>.

Según se indicó, el conocimiento científico, técnico y tecnológico también puede mutar el sentido de las palabras. Esto es lo que sucede con el concepto de «documento». Los desarrollos informáticos lo han modificado en términos ontológicos. La tecnología hace que este concepto ya deba admitir textos que no se materializan en formas manuscritas o impresas, sino en un «mensaje de datos», esto es, mediante «información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax»<sup>55</sup>. Ello ha transformado su entendimiento, permitiendo que cada vez sea más común la expresión «documento electrónico». El «acto administrativo electrónico»<sup>56</sup> es un concepto que ha sido posible en virtud de la aplicación de esta idea del documento electrónico al Derecho administrativo<sup>57</sup>. Como se expuso, la evolución de la ciencia en la sociedad también motiva el debilitamiento o abandono de ciertas expresiones del lenguaje. En esta perspectiva, conceptos como «discapacitado» o «minusválido» tienden a tornarse inadmisibles, entre otras razones, por su carácter peyorativo y porque la investigación científica ha recomendado la expresión «personas con discapacidad». El enfoque filosófico y económico de las capacidades, que también goza de buena acogida en el Derecho, ha permitido comprender que el hecho de que existan disfuncionalidades físicas y mentales no conlleva una discapacidad absoluta en el ser humano<sup>58</sup>.

Dentro de estas variaciones en el uso del lenguaje, propiciadas por el devenir de la ciencia, así como derivadas de la innovación técnica y tecnológica, las que más interesa destacar en este texto son las transformaciones de conceptos respecto de los cuales antes el único *sujeto* de la oración –su titular privativo– era el ser humano. La tecnología informática ha constituido un paradigma en este sentido. Las computadoras realizan tareas que en el pasado se consideraban exclusivas del ser humano. Este, durante mucho tiempo, se concibió, además, como el único ser sobre la Tierra dotado de razón. Los ordenadores y, sobre todo, los teléfonos móviles inteligentes (*smartphones*) ponen en entredicho el entendimiento de la creatividad, del ingenio y del razonamiento lógico como atributos propios de la inteligencia humana que no cabe atribuir a otras cosas. Tales conceptos parecieran dejar de ser solo humanos y convertirse en términos predicables también de las máquinas. Estas implicaciones lingüísticas han dado lugar a interesantes discusiones éticas y jurídicas sobre las bondades de estos desarrollos tecnológicos, así como sobre sus límites. Se reflexiona, por ejemplo, sobre la necesidad de reivindicar el *control humano* de la inteligencia artificial<sup>59</sup>. En medio de tales inquietudes conviene preguntarse si el

<sup>54</sup> DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, pp. 133-140.

<sup>55</sup> Colombia, artículo 2.a) de la Ley 527/1999, de 18 de agosto, «Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones», *Diario Oficial* n° 43.673, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4276>.

<sup>56</sup> Colombia, art. 57 de la Ley 1437/2011.

<sup>57</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, *Procedimientos administrativos y tecnología*, 2011, pp. 163-172; SÁNCHEZ ACEVEDO, *Eficacia y validez del acto administrativo electrónico. Una perspectiva en el derecho comparado de Colombia y España*, 2014, pp. 125 ss.; BERNING PRIETO, *Validez e invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico*, 2019.

<sup>58</sup> NUSSBAUM, *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, 2012, pp. 37-65; GÓMEZ RÚA/RESTREPO OCHOA/GAÑAN ECHAVARRÍA/CARDONA ARANGO, «La discapacidad desde los enfoques de derechos y capacidades y su relación con la salud pública», *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, v. 17, n° 35, 2018, pp. 1 ss.

<sup>59</sup> SÁNCHEZ VÁSQUEZ/TORO VALENCIA, «El derecho al control humano: Una respuesta jurídica a la inteligencia artificial», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 10, n° 2, 2021, pp. 211 ss.

empleo de esta *inteligencia* en la adopción de las decisiones administrativas significa dejar de concebir la voluntad y la motivación en la forma tradicional. Antes de abordarlo, son pertinentes algunas consideraciones sobre el *acto administrativo automatizado*, para entender por qué es relevante formularse este interrogante.

## 4. Acto administrativo automatizado con sistemas de inteligencia artificial

### 4.1. Definición

En la actualidad los algoritmos se utilizan en el ejercicio de la administración pública, no solo en la expedición de actos administrativos, sino también, por ejemplo, en la contratación y en el desarrollo de procedimientos electorales<sup>60</sup>. Este fenómeno obedece a varias razones. A título enunciativo, la inteligencia artificial se ha observado como una herramienta para luchar contra la corrupción, porque permite parametrizar decisiones no manipulables por intereses personales<sup>61</sup>. Asimismo, la automatización algorítmica se considera algo inevitable, así como una oportunidad para una administración pública más eficiente. Esto se advierte sobre todo respecto de decisiones administrativas regladas, pues estas pueden predecirse por el sistema inteligente sin que sea muy necesaria la intervención humana para adoptarlas.

De este modo, se considera que el uso de algoritmos disminuye la probabilidad de errores a los que sí es propenso el cerebro de las personas físicas. Automatizar las decisiones también se ve como una forma de proteger el derecho a la igualdad, porque de esta manera se garantiza que ante un mismo supuesto *-input-* se aplique una misma consecuencia jurídica *-output-*. En definitiva, más allá de las preocupaciones a que ha dado lugar la inteligencia artificial, se concibe como una herramienta valiosa para mejorar la gestión pública<sup>62</sup>. La automatización del acto administrativo ha generado discusiones en torno a su existencia y validez. En el estado actual de la técnica, no es factible ocultar la realidad de que las decisiones de la Administración pueden – desde una perspectiva ontológica – estar programadas mediante máquinas inteligentes. Pero ello no exime a la dogmática jurídica de analizar si con tales mecanismos decisorios se satisfacen los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para la expedición de los actos administrativos. En este texto se abordan dos de estos presupuestos: la voluntad y la motivación.

La automatización del acto administrativo mediante un sistema de inteligencia artificial implica que se expida mediante un sistema que, basado en una programación informática previa, es capaz de decidir sin una intervención humana concomitante –en cada caso (*ad hoc*)–. De ahí que, por ejemplo, en España la *actuación administrativa automatizada* se defina como la actividad

---

<sup>60</sup> LUQUIN BERGARECHE, «Contratación tecnológica en la era del algoritmo: gestión de la COVID-19 y futuro Blockchain», en LUQUIN BERGARECHE (ed.), *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y desafíos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 177-196; JIMÉNES SERAL/VÁZQUEZ LAPUENTE/ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Los algoritmos y el sistema electoral alemán. La proporcionalidad entre la igualdad del sufragio y la igualdad del peso del voto», en ARRUEGO RODRÍGUEZ/PASCUAL MEDRANO (eds.), *La evidencia científica y tecnológica como recurso jurídico*, Comares, Granada, 2022, pp. 225-250; BECERRA/ORTEGA RUIZ, «La Inteligencia Artificial en la decisión jurídica y política», *Araucaria*, v. 24, n.º 49, 2022, pp. 229-230; TERRÓN SANTOS, *Administración inteligente y automática*, 2022; TERRÓN SANTOS/DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, *i-Administración pública, sistemas algorítmicos y protección de datos*, 2022; VELASCO RICO, «Tecnologías disruptivas en la Administración Pública: Inteligencia artificial y Blockchain», en CERRILLO I MARTÍNEZ/CASTILLO RAMOS-BOSSINI (eds.), *La Administración Digital*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 227-256.

<sup>61</sup> CAPDEFERRO VILLAGRASA/PONCE SOLÉ, «Nudging e inteligencia artificial contra la corrupción en el sector público: posibilidades y riesgos», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 28, 2022, pp. 225-258.

<sup>62</sup> RAMIÓ, *Inteligencia artificial y Administración pública*, p. 10.

«realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público»<sup>63</sup>. En el ordenamiento jurídico colombiano, la automatización se entiende como «la capacidad de un sistema para ejecutar una serie de tareas, de gestión interna de la autoridad, que soporta el trámite, las cuales originalmente son realizadas por seres humanos y pasan a ser ejecutadas de manera autónoma por una máquina o un sistema de información digital»<sup>64</sup>. Puede haber decisiones administrativas *automatizadas* –completamente– o *semiautomatizadas*. En estas últimas la máquina presta un auxilio, pero el ser humano continúa participando del procedimiento decisorio<sup>65</sup>. Asimismo, no todo acto administrativo automatizado emplea sistemas de inteligencia artificial, porque también puede obedecer a otros modos de programación algorítmica<sup>66</sup>. Sin embargo, el interés del presente trabajo se centra, fundamentalmente, en los actos administrativos automatizados y que, a su vez, se sirven de la inteligencia artificial, pues se considera que es respecto de ellos que surge mayor discusión sobre el alcance de la voluntad y de la motivación.

Por tanto, el atributo principal del acto administrativo automatizado por inteligencia artificial, que lo distingue de otro tipo de decisiones adoptadas por medios electrónicos, es la ausencia de participación directa de una persona natural al momento de decidir. El diseño algorítmico permite que, a partir de una información inicial, introducida por el programador, más la que los mismos algoritmos recopilan en ocasiones, se expida el acto administrativo en forma automática, sin que en cada supuesto tenga que mediar la voluntad subjetiva de un agente de la Administración. Esta noción es coherente con el entendimiento más admitido de inteligencia artificial (IA) en el Derecho. Según la Comisión Europea, este término «se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos». Además, señala que estos sistemas pueden materializarse en programas informáticos como «asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz», lo que no obsta para que la inteligencia artificial también se incorpore «en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas)»<sup>67</sup>. Un concepto similar está contenido en la actual Ley

---

<sup>63</sup> España, artículo 41.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de «Régimen Jurídico del Sector Público», *BOE* n° 236, accesible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>.

<sup>64</sup> Colombia, art. 2.2.20.3. del Decreto 1078/2015, de 26 de mayo, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones», accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77888>. La definición de *automatización* se incluyó por el art. 1 del Decreto 088/2022, de 24 de enero, por medio del cual se adiciona el Decreto 1078/2015 «para reglamentar los art. 3, 5 y 6 de la Ley 2052/2020, estableciendo los conceptos, lineamientos, plazos y condiciones para la digitalización y automatización de trámites y su realización en línea». Accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=175866>.

<sup>65</sup> PONCE SOLÉ, «Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 9, 2024, p. 174.

<sup>66</sup> GAMERO CASADO, «Necesidad de motivación e invalidez de los actos administrativos sustentados en inteligencia artificial o en algoritmos», *Almacén de Derecho*, 2021, accesible en <https://almacendederecho.org/necesidad-de-motivacion-e-invalidez-de-los-actos-administrativos-sustentados-en-inteligencia-artificial-o-en-algoritmos>.

<sup>67</sup> Comisión Europea, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Inteligencia artificial para Europa», documento 52018DC0237, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018DC0237>.

de IA de la Unión Europea<sup>68</sup>. Por su parte, en Colombia, el artículo 1 del Decreto 1263/2022 establece que la inteligencia artificial es un ámbito de la informática que tiene por objeto «resolver problemas cognitivos comúnmente asociados con la inteligencia humana o seres inteligentes, entendidos como aquellos que pueden adaptarse a situaciones cambiantes» y agrega que «Su base es el desarrollo de sistemas informáticos, la disponibilidad de datos y los algoritmos»<sup>69</sup>.

En el lenguaje de las ciencias computacionales, «un algoritmo es una secuencia de operaciones y reglas, como una ecuación matemática, diseñada por una persona o grupos de personas para resolver un problema»<sup>70</sup>. En otras palabras, los algoritmos son códigos que estructuran respuestas a partir de una predicción de hipótesis basada en patrones de desempeño<sup>71</sup>. En términos lógicos, la proposición del lenguaje humano «si *X*, entonces *Y*» puede emularse por los algoritmos para determinar que si se presenta una circunstancia (*X*) cabe atribuirle una consecuencia específica (*Y*). De este modo, los algoritmos actúan en virtud de la programación de una secuencia de indicaciones o de reglas que toma en cuenta ciertos datos de entrada para llegar a un resultado. Algunos algoritmos tienen una capacidad de «aprendizaje automático (*machine learning*) o profundo (*deep learning*)»<sup>72</sup>. Esta habilidad cognitiva permite que los algoritmos adopten sus propios patrones de respuesta sin una participación humana sucesiva, con fundamento en datos que el mismo algoritmo va recopilando, por ejemplo, a partir de gran cantidad de información (*big data*).

#### 4.2. Distinciones

De este modo, el *acto administrativo automatizado* por inteligencia artificial se diferencia del *acto administrativo electrónico simple*<sup>73</sup>. Este consiste en el uso de mensajes de datos para expedir una decisión administrativa. Sin embargo, en tal caso quien resuelve es el sujeto –persona natural– que actúa en nombre del órgano público o una persona física que, por sí misma o en nombre de una organización, ejerce administración pública. Por ejemplo, la decisión de iniciar un procedimiento de selección contractual, como la licitación pública o el concurso de méritos, es, según el régimen de contratación estatal vigente en Colombia, un acto administrativo electrónico, pues debe expedirse en cada caso por el servidor público competente –el representante legal del órgano contratante o quien ejerza la potestad delegada<sup>74</sup>–, empleando el

<sup>68</sup> Unión Europea, «Ley de IA». El art. 3. (1) de esta Ley define «sistema de IA» como «un sistema basado en máquinas que está diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras su despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales». Accesible en <https://artificialintelligenceact.eu/es/ai-act-explorer/>.

<sup>69</sup> Colombia, Decreto 1263/2022, por medio del cual se adiciona el Decreto 1078/2015, para «definir lineamientos y estándares aplicables a la Transformación Digital Pública», *Diario Oficial* n° 52.103, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=190206>.

<sup>70</sup> PONCE SOLÉ, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 9, 2024, p. 179.

<sup>71</sup> BOLÍVAR-GACITÚA, «Los efectos del uso de algoritmos en el e-commerce y los consumidores», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 13, 2024, p. 3.

<sup>72</sup> CAPDEFERRO VILLAGRASA, «La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial», *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*, n° 30, 2020, p. 9.

<sup>73</sup> PATIÑO ÁVILA/GUEVARA ZAPATA, «Los actos administrativos unilaterales algorítmicos: una conceptualización necesaria para tiempos modernos», *Academia & Derecho*, n° 21, 2020, p. 159.

<sup>74</sup> Colombia, art. 11 y 12 de la Ley 80/1993.

Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOPII)<sup>75</sup>. Este es un sistema «transaccional», es decir, una plataforma electrónica que permite gestionar en línea la actividad contractual<sup>76</sup>. No obstante, requiere que una persona natural lo ejecute en forma manual, pues, según su desarrollo técnico actual, no admite la contratación automatizada. Por tanto, el acto administrativo que inicia el procedimiento contractual, adoptado y publicado en el SECOPII, no puede calificarse como una decisión automatizada. Pero, esto no impide que lo sea en el futuro. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– puede implementar un sistema de inteligencia artificial para la adquisición de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales, con fundamento en la competencia que le atribuye el artículo 3.8 del Decreto-Ley 4170/2011 para «gestionar nuevos desarrollos tecnológicos»<sup>77</sup>.

Actualmente, en Colombia se emplea la inteligencia artificial para adoptar actos administrativos. Un sector de la doctrina alude a ellos como «actos administrativos algorítmicos»<sup>78</sup>. Sin embargo, como se indicó, el interés de este trabajo solo se centra en las decisiones que siguen secuencias algorítmicas en el interior de un sistema de inteligencia artificial. Un ejemplo de ello lo constituye el uso de «aprendizaje de máquina» para predecir las condiciones de vida de las personas y determinar quiénes pueden ser beneficiarios de ayudas sociales, en la más reciente versión del «Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales» (SISBEN IV)<sup>79</sup>. Se ha puesto de presente la necesidad de que los ciudadanos perfilados puedan conocer las razones de la decisión e impugnarla<sup>80</sup>.

Como segundo ejemplo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) implementó la plataforma BETTO (Bienestar, Eficiencia, Transparencia, Tecnología y Oportunidad) para verificar los requisitos habilitantes y efectuar la ponderación en sus procedimientos de contratación pública. Sin embargo, a finales de 2023 anunció que esta dejaría de ser su «herramienta de selección de operadores», debido a que se habían presentado «quejas por aparentes fallas de funcionamiento y la posible generación irregular de orden de elegibilidad de

---

<sup>75</sup> Colombia, art. 3 y 13 de la Ley 1150/2007, de 16 de julio, «Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos», *Diario Oficial* n° 46.691, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=184686>.

<sup>76</sup> DÍAZ DÍEZ, «Obligatoriedad del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOPII) para las entidades estatales con régimen contractual excepcional: un supuesto de retorno del Derecho Administrativo en Colombia», *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 10, n° 2, 2023, p. 14.

<sup>77</sup> Colombia, Decreto-Ley 4170/2011, de 3 de noviembre, «Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura», *Diario Oficial* n° 48.242, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44643>.

<sup>78</sup> PATIÑO ÁVILA/GUEVARA ZAPATA, *Academia & Derecho*, n° 21, 2020, pp. 155 ss.

<sup>79</sup> Colombia, Departamento Nacional de Planeación, «Predicción de condiciones de vida usando aprendizaje de máquina con las fotos de las fachadas obtenidas en el SISBEN IV», accesible en [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Digital/Big%20Data/2023/P18\\_imagenes\\_sisbenIV/Informe.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Digital/Big%20Data/2023/P18_imagenes_sisbenIV/Informe.pdf).

<sup>80</sup> GUTIÉRREZ/MUÑOZ CADENA, *Sistemas de decisión automatizada implementados por el Estado Colombiano*, XI Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP, Madrid, 2022, p. 10, accesible en <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4294032>.

los oferentes»<sup>81</sup>. La Ley 2052/2020<sup>82</sup> y el Decreto 1078/2015 –adicionado por el Decreto 088/2022 y el Decreto 1263/2022–, entre otros cuerpos normativos, permiten la automatización de las decisiones administrativas. Recientemente, el Gobierno nacional radicó un proyecto de ley que cursa en el Congreso de la República, para regular, entre otros temas el «uso de información en la toma de decisiones de política pública y producción de Inteligencia Artificial»<sup>83</sup>. Esto da cuenta de la pertinencia de preguntarse por los presupuestos jurídicos de las decisiones administrativas automatizadas.

## 5. Voluntad humana en el acto administrativo automatizado

### 5.1. Reserva de humanidad en el elemento volitivo

Como se explicó, los actos administrativos automatizados no requieren, para su adopción, de la intervención directa de un ser humano para decidir en cada caso –*ad hoc*–. Esto permite preguntarse si los conceptos empleados tradicionalmente para definir y estudiar la validez del acto administrativo se han convertido en conceptos atribuibles a cosas distintas a las personas físicas como las máquinas. En términos filosóficos, el «transhumanismo» reflexiona sobre las implicaciones de los desarrollos científicos y tecnológicos que pretenden superar las limitaciones naturales y culturales de la especie humana. La inteligencia artificial es uno de estos problemas, porque «hasta ahora no ha quedado claro cuáles son aquellos atributos humanos que quedarían hipotéticamente fuera de las posibilidades heurísticas de una máquina inteligente»<sup>84</sup>. Con fundamento en esta orientación teórica, puede reflexionarse sobre la cuestión de si conceptos humanos del Derecho, como la *voluntad* y la *motivación* del acto administrativo, se han transformado por el uso de la inteligencia artificial y si, por tanto, deben repensarse en la dogmática del Derecho administrativo o si, por el contrario, los artefactos que deciden por secuencias algorítmicas que otorgan autonomía, por más sofisticados que sean, no deben –ontológica y jurídicamente– destruir lo antropológico que hay en dichas categorías.

Si se acepta que uno de los elementos definitorios del acto administrativo es que se trate de una manifestación unilateral de *voluntad*, su automatización exige explicar si este elemento volitivo continúa existiendo y, frente a una respuesta afirmativa, a quién se imputa dicha voluntad. La ausencia de intervención de una persona física cada vez que el acto automatizado se expide puede llevar a contestar que la voluntad humana desaparece del concepto de acto administrativo, en ese tipo de decisión. Una respuesta alternativa sería la que afirma que la voluntad del ser humano también incide en esta clase de actos administrativos, al menos en un momento inicial:

---

<sup>81</sup> Colombia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, «Plataforma BETTO deja de ser herramienta de selección de operadores del ICBF», accesible en <https://www.icbf.gov.co/noticias/plataforma-betto-deja-de-ser-herramienta-de-seleccion-de-operadores-del-icbf>.

<sup>82</sup> Colombia, art. 5, 8, 13 y 16, entre otros, de la Ley 2052/2020, de 25 de agosto, «Por medio de la cual se establecen disposiciones transversales a la rama ejecutiva del nivel nacional y territorial y a los particulares que cumplan funciones públicas y/o administrativas, en relación con la racionalización de trámites y se dictan otras disposiciones», *Diario Oficial* n° 51.417, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=140250>.

<sup>83</sup> Colombia, Proyecto de Ley número 447/2024, Cámara, *Gaceta del Congreso* año XXXIII, número 654, accesible en <https://apicongresovisible.uniandes.edu.co/uploads/proyecto-ley/13628/654/24.pdf>.

<sup>84</sup> TILLERÍA AQUEVEQUE, «Transhumanismo e inteligencia artificial: el problema de un límite ontológico», *Griot: Revista de Filosofía*, v. 22, n° 1, 2022, p. 62.



el de la programación algorítmica<sup>85</sup>. Por otra parte, podría afirmarse que la voluntad es la del autor de la norma de procedimiento que admite la procedencia de decisiones administrativas automatizadas, aceptando una voluntad implícita, como sucede con los actos ficticios derivados del silencio administrativo. El problema no es sencillo de resolver, pues no solo requiere tener en cuenta el concepto de voluntad, sino además las normas de competencia que permiten la exteriorización de aquella para decidir. En efecto, el principio de legalidad exige que solo expidan actos administrativos, activando la voluntad constitutiva de estos, quienes estén expresamente habilitados para ello por la Constitución, la ley o el reglamento correspondiente.

La tesis que se postula en este texto es que para predicar la existencia de un acto administrativo automatizado también debe haber una voluntad humana a la que pueda atribuirse la expedición de aquel. En esta perspectiva, la tecnología permite conservar el sentido del concepto humano de voluntad. Tal propuesta está en la línea de la reivindicación de una «reserva de humanidad» en las decisiones administrativas automatizadas<sup>86</sup>. En otras palabras, la decisión administrativa adoptada por inteligencia artificial, en el régimen jurídico del acto administrativo vigente en Colombia, también debe expresar la voluntad del ser humano en cuya vocería el órgano ejerce su competencia, según exigen las normas de procedimiento. Lo anterior independientemente de la autonomía que adquieran ciertos algoritmos con capacidad de aprendizaje, que podría considerarse una especie de *voluntad tecnológica*, en términos antropomórficos. Ahora bien, la voluntad humana en las decisiones administrativas automatizadas debe entenderse manifestada, principalmente, en el momento de la programación algorítmica<sup>87</sup>. Esto explica que no tenga que haber volición humana en cada caso, cuando se decide con ayuda de la inteligencia artificial. Ello sin perjuicio de la supervisión administrativa sobre el funcionamiento del sistema tecnológico.

## 5.2. Competencia y naturaleza de la potestad

La tesis expresada anteriormente se enfrenta con dos dificultades. El primer problema es que en ciertas ocasiones quien programa la decisión automatizada no es, materialmente, el órgano competente, sino otro sujeto, como podría ser un particular experto que solo tiene una relación contractual con el Estado y carece de la competencia para expedir el acto administrativo<sup>88</sup>. El segundo desafío es que debe aclarar si tal planteamiento logra determinar satisfactoriamente la presencia de voluntad humana en el momento del diseño algorítmico tanto para las decisiones administrativas producto de una potestad *reglada* como para las que derivan de una potestad *discrecional*.

En lo que respecta al primer aspecto, cabe señalar que el órgano competente debe avalar la automatización de los actos administrativos antes de que estos se produzcan. La Administración pública puede beneficiarse del conocimiento especializado de sujetos externos para desarrollar la herramienta tecnológica, pero este saber debe respetar las reglas organizativas y procedimentales que consagran la competencia administrativa. Esto impone al programador un diálogo permanente con los agentes de la Administración, para que el diseño sí sea el que los sujetos competentes quieren. Esa carga dialógica, por tanto, riñe con el ocultamiento de información que encubre sesgos que pueden conducir a la discriminación o a otro tipo de defectos

---

<sup>85</sup> ALAMILLO DOMINGO/URIOS APARISI, *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las administraciones públicas. Análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*, 2011, p. 16.

<sup>86</sup> PONCE SOLÉ, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 9, 2024, pp. 191-193.

<sup>87</sup> PATIÑO ÁVILA/GUEVARA ZAPATA, *Academia & Derecho*, n° 21, 2020, pp. 171-172.

<sup>88</sup> CAPDEFERRO VILLAGRASA, *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*, n° 30, 2020, p. 9.

legales en la decisión automatizada. Como ejemplo del deber de control en la actuación administrativa automatizada, la normativa española prevé que para configurarla debe indicarse qué órgano será el competente «para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente»<sup>89</sup>. Como se observa, también debe haber supervisión. Esto significa que la Administración debe vigilar, con el auxilio del conocimiento científico propio o de terceros, el aprendizaje de los algoritmos, para determinar si los patrones que están teniendo en cuenta para decidir, así como el sentido del acto, sí guardan consonancia con la voluntad administrativa. De no responder a esta, se deben adoptar las medidas necesarias para corregir el sistema.

Frente al tipo de potestad, indudablemente, la opción de concebir la programación algorítmica como la instancia en la que se expresa la voluntad humana que es la base para expedir el acto administrativo automatizado explica mejor las decisiones regladas que las discrecionales. En este contexto, la potestad reglada es la programación condicional completa de la decisión administrativa. Allí la norma jurídica establece que si se presenta un supuesto de hecho (X) se debe adoptar una única consecuencia jurídica (Y)<sup>90</sup>. Por tanto, no resulta problemático reconocer que en este tipo de decisiones programadas condicionalmente y que no contienen conceptos normativos indeterminados –conceptos polisémicos o abiertos a la interpretación–, es más factible la automatización del acto administrativo. La secuencia algorítmica puede adecuarse de manera más fidedigna a esta estructura lógica<sup>91</sup>. Así funciona la automatización de los actos administrativos frente a decisiones en las que los algoritmos deben identificar que una persona se encuentre en un supuesto fáctico determinado para asignarle un derecho –por ejemplo, su pensión de vejez– o imponerle una obligación –como podría ser una sanción de tránsito–.

En cambio, la norma que asigna una potestad administrativa discrecional brinda a la Administración un margen de apreciación para crear o completar en cada caso el supuesto de hecho imperfecto, es decir, le reconoce competencia para configurar la «norma de conducta» aplicable<sup>92</sup>. Se ha considerado que cuando el ordenamiento jurídico otorga discrecionalidad administrativa faculta al órgano competente para actuar conforme a un «juicio volitivo», más que cognitivo, es decir, con arreglo a criterios de oportunidad –políticos, técnicos o de eficacia– que debe valorar el mismo sujeto humano llamado a resolver en cada caso<sup>93</sup>. Si la complementación del supuesto de hecho inacabado depende de la valoración de los hechos en cada circunstancia fáctica, es problemático el concepto de decisión automatizada discrecional, pues parece contradictorio. ¿Automatizar la decisión no es acaso convertirla en reglada? Esto independientemente de que la discrecionalidad pueda ejercerse cuando, en cumplimiento de una norma jurídica que atribuye esta libertad, se parametriza la decisión creando o completando allí el supuesto de hecho. Una vez realizado esto, la aplicación de la norma de conducta debe efectuarse por subsunción y esto es algo que puede hacer el sistema de inteligencia artificial. No

---

<sup>89</sup> España, artículo 41.2 de la Ley 40/2015.

<sup>90</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, pp. 24-25, 168.

<sup>91</sup> RAMIÓ, *Inteligencia artificial y Administración pública*, pp. 62-63.

<sup>92</sup> BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, 1997, p. 191; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, pp. 23.

<sup>93</sup> BACIGALUPO SAGGESE, «La vinculación de la Administración pública a la ley y al Derecho», en VELASCO CABALLERO/DARNACULLETA GARDELLA (eds.), *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2023, p. 150.

es convincente la tesis que sostiene que, en virtud del autoaprendizaje y del nivel de autonomía que pueden alcanzar algunos algoritmos, su deliberación implica un ejercicio de discrecionalidad administrativa en cada supuesto en el que se materializa el acto administrativo automatizado. Quien debe ejercer, materialmente, la potestad discrecional es la persona física que actúa en nombre del órgano. Es decir, este tipo de potestad demanda una voluntad humana a la que se endilgue el razonamiento. De ahí que se considere que no cabe automatizar totalmente las decisiones administrativas discrecionales, porque ello afectaría principios del Estado de Derecho, como el de buena administración y el de precaución<sup>94</sup>.

## **6. Motivación: derecho a la explicación de las decisiones administrativas adoptadas mediante sistemas de inteligencia artificial**

### **6.1. La motivación como regla general aplicable**

La automatización del acto administrativo, mediante sistemas de inteligencia artificial, también genera dudas sobre el cumplimiento del deber de *motivación* que, por regla general, rige en la adopción de este tipo de decisiones. En este ejercicio de análisis caben también algunas alternativas que pueden examinarse en el plano de la argumentación. Una opción es interpretar que la motivación queda, tácitamente, contenida en el diseño algorítmico; es decir, entender que, si el programador indicó que ante unos datos de entrada se debía resolver en un sentido determinado, el destinatario del acto ha de asumir que la decisión administrativa se adoptó porque se cumplieron las circunstancias que constituyeron la programación condicional de la conducta. Una segunda vía para abordar el problema es sostener que en el acto administrativo automatizado la motivación no puede ser implícita, sino que los algoritmos deben brindar en cada caso una explicación de las razones por las cuales se decidió de ese modo y no de otro. En esta perspectiva, surge a su vez la inquietud de si la motivación que se explicita en la decisión automatizada la puede realizar el algoritmo o debe estar parametrizada por quien ha hecho la programación. La tercera posibilidad es indicar que en estos actos administrativos automatizados no tiene que haber motivación.

Salvo que una norma jurídica exima al autor del acto administrativo de la obligación de motivarlo, la tercera opción no es admisible. Como se indicó, por regla general los actos administrativos deben motivarse en el Estado democrático de Derecho y así lo prevé, por ejemplo, la normativa colombiana. El artículo 42 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se aplica como norma común, establece que «Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada»<sup>95</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que las excepciones al deber de motivación de los actos administrativos en el Estado colombiano deben interpretarse restrictivamente, lo que significa que cuando una norma no establezca que el acto administrativo puede carecer de motivación ha de entenderse que sí debe contener una justificación de las razones que fundamentaron su

---

<sup>94</sup> PONCE SOLÉ, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 9, 2024, pp. 184, 190.

<sup>95</sup> Colombia, Ley 1437/2011.

expedición<sup>96</sup>. Esta también ha sido la postura del Consejo de Estado<sup>97</sup>. Algunas normas pueden exceptuar esta regla; por ejemplo, aquella que establece que «La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado»<sup>98</sup>. No se encuentra una norma que indique que las decisiones administrativas automatizadas no deben motivarse. De ahí que en estos casos rija también la regla señalada del artículo 42 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en general los preceptos que imponen la motivación. En consecuencia, también los actos administrativos automatizados deben dar cuenta, en forma transparente, de los motivos de hecho y de Derecho que los sustentan<sup>99</sup>. Esta es la interpretación que más garantiza el principio democrático, en términos deliberativos, y el debido proceso, concretado en el derecho de contradicción.

A pesar de la dificultad técnica y de las restricciones, en materia de propiedad intelectual, que supone explicar las razones de la decisión adoptada mediante sistemas de inteligencia artificial, se reconoce que las Administraciones públicas también deben dar cuenta de los motivos de sus decisiones automatizadas. En otras palabras, no es posible utilizar sistemas de inteligencia artificial que no posibiliten la motivación de los actos administrativos, es decir, que no permitan explicar la metodología y las razones con fundamento en las cuales los algoritmos adoptaron la decisión administrativa<sup>100</sup>. Se considera que este es un mecanismo fundamental con el que deben contar las personas para solicitar la garantía de sus derechos, si detectan que el sistema no funciona adecuadamente; por ejemplo, cuando los motivos de la decisión son sesgos raciales o de género. Los órganos públicos que se sirven de estos sistemas deben conocer, en la mayor medida posible, su funcionamiento, de modo que posean las herramientas epistémicas para explicarle a la ciudadanía cómo operan. Por tanto, deben evitar el empleo de secuencias algorítmicas complejas, como las que contienen algoritmos que no permiten saber por qué se efectuó una predicción y por qué se decidió de un modo particular, es decir, las llamadas «cajas negras» («*black boxes*»)<sup>101</sup>. Así lo destacó la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>102</sup>, en un informe sobre las implicaciones para estos derechos derivados del uso de la inteligencia artificial<sup>103</sup>.

<sup>96</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencias SU-917 de 2010, T-991 de 2012 y T-102 de 2022, entre otras.

<sup>97</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 5 de julio de 2018, Rad. 110010325000201000064 00 (0685-2010). Véase también, entre otros fallos del Consejo de Estado: Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 1 de noviembre de 2023, Rad. 68001-23-31-000-2012-00130-01 (62025).

<sup>98</sup> Colombia, art. 41, par. 2, de la Ley 909/2004, «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones», *Diario Oficial* n° 45.680, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14861>.

<sup>99</sup> GAMERO CASADO, *Almacén de Derecho*, 2021; MARTÍN DELGADO, «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», *Revista de Administración Pública*, 180, 2009, p. 377.

<sup>100</sup> PONCE SOLÉ, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 9, 2024, p. 189.

<sup>101</sup> CAPDEFERRO VILLAGRASA, *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*, n° 30, 2020, pp. 10-11.

<sup>102</sup> Unión Europea, artículo 41.1.c) de la «Carta de los Derechos Fundamentales», *Diario Oficial de la Unión Europea* C 202/389, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12016P%2FTXT>.

<sup>103</sup> European Union Agency for Fundamental Rights, 2020, «Getting the future right. Artificial intelligence and fundamental rights. Report», accesible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

## 6.2. Derecho a la explicación

El Consejo de Estado italiano ha aplicado el artículo 42 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales para exigir la motivación en las decisiones adoptadas en procedimientos administrativos robóticos<sup>104</sup>. Esta jurisprudencia también se apoya en los artículos 13.2.f), 14.2.g y 15.1.h) del «Reglamento general de protección de datos» (RGPD) de la Unión Europea, que exige que, tratándose de decisiones automatizadas, se brinde a su destinatario «información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado»<sup>105</sup>. La doctrina ha considerado que de allí deriva un «derecho a la explicación» en el uso de «sistemas de decisiones automatizadas» (SDA) que fortalece el principio de transparencia<sup>106</sup>. En la actualidad, el artículo 86.1 de la Ley de IA de la Unión Europea fortalece esta tendencia, al consagrar el «derecho a la explicación de las decisiones individuales», al menos para ciertos casos, en los términos siguientes:

«Toda persona afectada que sea objeto de una decisión adoptada por el responsable del despliegue sobre la base de los resultados de un sistema de IA de alto riesgo enumerado en el anexo III, con excepción de los sistemas enumerados en su punto 2, y que produzca efectos jurídicos o afecte significativamente de manera similar a dicha persona de forma que considere que tiene un impacto adverso en su salud, seguridad o derechos fundamentales, tendrá derecho a obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas sobre el papel del sistema de IA en el procedimiento de toma de decisiones y sobre los principales elementos de la decisión adoptada»<sup>107</sup>.

En América Latina también se está avanzando en el reconocimiento de este derecho. La vía inicial ha sido entenderlo contenido en la normativa sobre transparencia en el sector público. Por ejemplo, se ha considerado que en Chile este deber de hacer explícitos los procedimientos lógicos que se emplean en las decisiones automatizadas de la Administración deriva, entre otras normas, de la obligación de publicar los actos de los órganos administrativos, al igual que su justificación, contenida en la Ley 20.285/2008<sup>108</sup>. Algo similar puede predicarse del ordenamiento jurídico

<sup>104</sup> CARLONI, «IA, algoritmos y Administración pública en Italia», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 30, 2020, p. 8. La decisión judicial a la que alude Carloni es la sentencia del Consejo de Estado italiano número 8472 de 2019.

<sup>105</sup> Unión Europea. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, «relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)», accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02016R0679-20160504>.

<sup>106</sup> GARRIDO/LAPOSTOL/HERMOSILLA, *Transparencia algorítmica en el sector público*, Informe del Consejo para la Transparencia, Gob\_Lab Universidad Adolfo Ibáñez, 2021, accesible en <https://goblab.uai.cl/transparencia-algoritmica-en-el-sector-publico-2/>, p. 6; MEDINA GUERRERO, «La transparencia algorítmica en el sector público» en MEDINA GUERRERO (coord.), *Los derechos de la ciudadanía ante la administración digital*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, pp. 144-146.

<sup>107</sup> Unión Europea, «Ley de IA», accesible en <https://artificialintelligenceact.eu/es/ai-act-explorer/>.

<sup>108</sup> Chile, Ley 20.285/2008, de 11 de agosto, «sobre acceso a la información pública», accesible en <https://bcn.cl/2f8ep>. El artículo 5 de esta Ley establece que «En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado». También indica que «es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas». Cfr. GARRIDO/LAPOSTOL/HERMOSILLA, *Transparencia algorítmica en el sector público*, 2021, p. 6.

colombiano. Si bien en este no se establece expresamente el deber de motivar los actos administrativos automatizados, el artículo 3 de la Ley 1712/2014 consagra una regla general de transparencia. Esta prevé una presunción de publicidad de la información bajo el poder de los sujetos obligados por dicha normativa, imponiéndoles, por tanto, la carga de posibilitar el acceso a esta información «en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley», salvo norma legal en contrario<sup>109</sup>. Dentro de la información que debe publicarse, el artículo 11.c) de esta Ley ordena dar a conocer la «descripción de los procedimientos que se siguen para tomar decisiones en las diferentes áreas». Asimismo, el artículo 1 del Decreto 1263/2022 obliga a las entidades de la Administración pública –del artículo 39 de la Ley 489/1998– a «Documentar los procesos y las decisiones adoptadas durante el ciclo de vida del sistema de inteligencia artificial».

Puede colegirse, por tanto, que en esta descripción procedimental que se debe publicar cabe la secuencia de los actos administrativos automatizados. La Administración debe exponer estos motivos para garantizar el principio de transparencia, salvo que exista una excepción legal que consagre una reserva de información. Este tipo de excepciones deben interpretarse restrictivamente. Sin embargo, investigaciones recientes en la materia han concluido que en Colombia no se está cumpliendo satisfactoriamente con el deber de explicación de las decisiones administrativas automatizadas con ayuda de inteligencia artificial, pues, por una parte, las entidades públicas no brindan información completa acerca de los datos personales ni sobre quiénes desarrollaron y cómo funcionan los algoritmos; por otra parte, no existe un registro sistemático de los órganos que están empleando este tipo de sistemas<sup>110</sup>.

### 6.3. Metodología de la motivación

Como ha indicado la doctrina, la motivación de los actos administrativos automatizados consiste en poner a disposición de los destinatarios –interesados– el procedimiento lógico con el que la inteligencia artificial ha emitido la decisión<sup>111</sup>. Para mitigar la opacidad, los órganos de la Administración pública pueden implementar estrategias como «publicar información sobre los algoritmos y su funcionamiento, o utilizar software abierto en su diseño, o declararlo de fuentes abiertas. En última instancia, pueden dar una explicación sobre cómo funcionan los algoritmos y los datos que usan, y una motivación de los resultados obtenidos»<sup>112</sup>. De este modo se garantiza también la objetividad de la decisión administrativa. Esta exigencia se ha considerado esencial en la proscripción de la arbitrariedad y en la protección del derecho a una *buena administración*<sup>113</sup>. Por tanto, en Colombia, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe anular el acto automatizado de la Administración, cuando, en ejercicio de alguno de los medios de control

<sup>109</sup> Colombia, Ley 1712/2014, de 6 de marzo, «Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones», *Diario Oficial* n° 49.084, accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56882>.

<sup>110</sup> GUTIÉRREZ/MUÑOZ CADENA, *Sistemas de decisión automatizada implementados por el Estado Colombiano*, 2022, p. 13.

<sup>111</sup> PATIÑO ÁVILA/GUEVARA ZAPATA, *Academia & Derecho*, n° 21, 2020, p. 182.

<sup>112</sup> CERRILLO I MARTÍNEZ, «Retos y oportunidades del uso de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas», *RIGL: Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, n° 19, 2021, pp. 5-6.

<sup>113</sup> CERRILLO I MARTÍNEZ, «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», *La Administración al día*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019, accesible en <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509574>; GAMERO CASADO, *Almacén de Derecho*, 2021; PONCE SOLÉ, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 9, 2024, p. 181.

establecidos en la ley –nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, nulidad electoral, entre otros– se demuestre que no se ha cumplido con el estándar de motivación requerido<sup>114</sup>.

La Administración debe dejar una constancia –memoria– en la que justifique por qué se programó la secuencia algorítmica en un determinado sentido, de manera que el destinatario del acto administrativo automatizado pueda saber cómo fue el razonamiento humano. Pero, esto no elimina el riesgo de que esa motivación no tenga en cuenta algún aspecto relevante que solo se puede observar en el caso concreto. Así como se ha considerado un mito la «sabiduría del legislador», como ser omnisciente –capaz de prever todos los supuestos–, tampoco puede creerse que esto lo puede hacer la Administración mediante algoritmos. Una manera de mitigar el riesgo de alejamiento de la motivación de las circunstancias reales es flexibilizar la exposición inicial de las razones para que, en cumplimiento del deber de supervisión del sistema de inteligencia artificial, los sujetos competentes revisen las circunstancias especiales y, en su caso, modifiquen o complementen la motivación. Mediante esta revisión la Administración pública también puede verificar que las razones para decidir no se basen en sesgos arbitrarios y realizar las mejoras necesarias.

En suma, a pesar de que se observa la tendencia tecnológica de atribuir a entidades materiales, como las máquinas, atributos de las personas naturales, los conceptos de voluntad y de motivación en los actos administrativos automatizados por inteligencia artificial deben conservar su connotación humana en el régimen jurídico vigente en Colombia. Esto por cuanto, según se explicó, la voluntad del órgano deben expresarla las personas físicas habilitadas para ejercer la competencia y, de otro lado, porque la explicación de las razones de la decisión debe asegurarse por la Administración y no dejarse confiada al comportamiento lógico de los algoritmos. Esto no desconoce que la considerable autonomía de la inteligencia artificial está conduciendo a un replanteamiento del carácter antropológico de la volición y de la deliberación. Sin embargo, la garantía de principios medulares del Estado democrático de Derecho, como los de transparencia, buena administración y precaución, exige que haya un nivel de humanidad salvaguardado y que los agentes naturales de la Administración controlen y supervisen los procedimientos lógicos de los algoritmos, para precaver los sesgos arbitrarios y la opacidad.

## 7. Conclusiones

Los desarrollos tecnológicos exigen reflexionar constantemente acerca de los conceptos dogmáticos del Derecho sobre los cuales la innovación incide. Algunos términos humanos han debido flexibilizarse como consecuencia de la aplicación de *conceptos puente*, es decir, de nociones abstractas que provienen de otras disciplinas. Como muestra de ello, podría pensarse que la inteligencia y la voluntad ya no se predicen exclusivamente del ser humano. Antropomorfizando estos sustantivos, también ciertas máquinas poseen dichos atributos. Algunos algoritmos tienen una capacidad de aprendizaje que les permite crear nuevas secuencias o rumbos de acción a partir de la información que recopilan y analizan después de que se ha implementado el sistema de inteligencia artificial. Los algoritmos de «caja negra» (*black box*) pueden, de algún modo, deliberar –disponen de una suerte de libre albedrío técnico–, generando opacidad sobre las razones de su decisión. La autonomía que adquieren permite preguntarse si aun en estos casos debe haber voluntad y motivación humana que fundamente las decisiones. La

---

<sup>114</sup> Colombia, art. 137-139 de la Ley 1437/2011.

inquietud es relevante, porque algunas normas emplean estos conceptos para asignar consecuencias jurídicas.

Como ejemplo de estas normas, puede aludirse a las que regulan el acto administrativo. A pesar de los desacuerdos teóricos sobre su definición, en Colombia se admite mayoritariamente que es una manifestación unilateral de *voluntad*, proferida en ejercicio de función administrativa, que tiene vocación de producir efectos jurídicos. Aunque no existe un concepto legal, esta es la noción contenida en varias fuentes del Derecho, como la jurisprudencia y la doctrina, independientemente de su carácter vinculante o auxiliar. Por otra parte, las normas de procedimiento exigen que el acto administrativo se *motive*, es decir, obligan a quien lo expide a expresar las razones de hecho y de Derecho que considera para decidir de una manera determinada. Este es un deber que deriva no solo de la regulación jurídica del procedimiento administrativo –que garantiza derechos como el debido proceso y la tutela judicial efectiva–, sino que también es consustancial al Estado democrático, pues este modelo de Estado realza la transparencia de los motivos por los que se ejerce el poder político, como herramienta deliberativa. Mientras que la voluntad es un elemento necesario para que el acto administrativo exista, la motivación adecuada es un elemento que incide en su validez. La inexistencia de motivación, así como su incompletitud, incoherencia lógica o falsedad hacen que el acto sea anulable por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, habilitada para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos.

El uso de sistemas de inteligencia artificial para automatizar el acto administrativo permite preguntarse si los conceptos de voluntad y motivación dejan de ser conceptos humanos para convertirse en sustantivos que se pueden usar para nombrar rasgos o habilidades de la máquina diseñada con una secuencia algorítmica. También lleva a preguntarse si, en lugar de atribuir voluntad y capacidad de motivación al sistema de inteligencia artificial, estas pueden seguir predicándose de los agentes físicos –los seres humanos– que actúen en representación de los órganos competentes. La respuesta a estas cuestiones exige no solo considerar el sentido cognitivo de estas operaciones lógicas, sino, además, tener en cuenta las normas jurídicas que asignan la competencia para expedir actos administrativos. Esta medida de potestad para actuar no se otorga a cosas o a seres inorgánicos –como a un sistema tecnológico–, sino a seres humanos o a sujetos ficticios –como una organización dirigida por personas físicas–.

A partir de una reflexión teórica y considerando también algunas expresiones regulatorias que se observan en el Derecho positivo colombiano y en el de otros ordenamientos jurídicos, puede afirmarse que la voluntad jurídicamente requerida para proferir el acto administrativo automatizado continúa siendo la voluntad humana de las personas naturales mediante las cuales se activa la competencia del órgano, esto es, la de los seres humanos que actúan como voceros de este. Eso no quiere decir que sea irrelevante la capacidad de raciocinio de algunos algoritmos que aprenden por sí mismos y adquieren altos grados de autonomía. Tampoco impide negar que, por tal razón, el concepto de voluntad ya no puede analizarse como una cuestión relativa *solo* a la humanidad. Lo que significa que como las normas jurídicas asignan la competencia al órgano y este actúa mediante personas naturales, en términos fenoménicos, estas deben pronunciar una decisión para que el acto automatizado exista. Aunque el tema aún es discutible, en el presente artículo se acoge la tesis de que en este acto la voluntad humana debe expresarse, fundamentalmente, en el momento de la programación algorítmica, sin perjuicio de que, además, deba estar presente durante el funcionamiento del sistema de inteligencia artificial, para supervisarlos y corregir cualquier anomalía que haya en este. A la voluntad humana del sujeto



competente se puede sumar una cierta voluntad tecnológica del sistema, basada en su autoaprendizaje, que la Administración debe verificar permanentemente para determinar si es coherente con la suya.

Si bien la automatización del acto administrativo se ajusta de modo más claro a la metodología propia de la decisión adoptada en ejercicio de una potestad reglada –que deriva de una programación condicional acabada–, esto no obsta para reconocer que cuando el órgano competente diseña el acto administrativo automatizado puede ejercer una potestad discrecional. Esto se presenta cuando la norma jurídica le brinda a la Administración competencia para crear o completar el supuesto de hecho inexistente o inacabado, según el caso. Una vez hecha la programación administrativa de la decisión esta debe aplicarse por subsunción, es decir, verificando que se presente el hecho concreto que se enmarca en el supuesto fáctico configurado administrativamente. Tal operación puede realizarla el sistema dotado de inteligencia artificial. Pero cuando este sistema entra en funcionamiento sus respuestas específicas –en cada caso– no puede calificarse como discrecionales, en aquellos eventos en los cuales se salen del marco volitivo de los agentes administrativos que la programaron, porque les falta la voluntad humana requerida para efectuar la apreciación que la potestad discrecional demanda, según el principio de legalidad.

Finalmente, también los actos administrativos automatizados deben motivarse en forma suficiente. La motivación no está implícita en las normas que permiten expedir este tipo de actos. Las razones fácticas y jurídicas que conducen a adoptar la decisión administrativa deben ser explicitadas por las personas físicas que actúan en nombre del órgano. Tampoco se pueden inferir estas razones de lo que se deduce, lógicamente, de la secuencia algorítmica en forma tácita. Se debe elaborar un documento en el que se explique la programación, para que el destinatario de cada decisión administrativa pueda conocerla. Esta motivación inicial debe ser flexible, de manera que la Administración pueda modificarla cuando advierta circunstancias no consideradas al momento de automatizar el acto administrativo. Tal motivación debe complementarse mostrándole en cada caso a la persona interesada la secuencia lógica de los algoritmos. El tecnicismo involucrado en esta labor demanda que el órgano productor del acto cumpla una carga pedagógica –epistémica– frente a la ciudadanía, de modo que la motivación sea satisfactoria para garantizar principios como los de transparencia y buena administración. La supervisión de la motivación contenida en las instrucciones iniciales de la programación algorítmica también debe permitir que se controlen con posterioridad los sesgos, así como otro tipo de defectos que se adviertan, sobre todo teniendo en cuenta la autonomía que pueden alcanzar algunos algoritmos.

## 8. Bibliografía

ALAMILLO DOMINGO, Ignacio/URIOS APARISI, F. Xavier, *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las administraciones públicas. Análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2011.

ARENDET, Hannah, *La condición humana*, Paidós, Bogotá, 2005.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis, «Las bases constitucionales del Derecho administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María/DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel/ARROYO JIMÉNEZ, Luis (eds.), *Tratado de Derecho administrativo*, v. I. Introducción. Fundamentos, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 561-664.

AUSTER, Paul, *Tombuctú*, 3ª ed., Planeta, Bogotá, 2015.

BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, «La vinculación de la Administración pública a la ley y al Derecho», en VELASCO CABALLERO, Francisco/DARNACULLETA GARDELLA, M. Marcè (eds.), *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2023, pp. 133-152.

BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

BECERRA, Jairo/ORTEGA RUIZ, Luis Germán, «La Inteligencia Artificial en la decisión jurídica y política», *Araucaria*, v. 24, n° 49, 2022, pp. 217 ss.

BERNING PRIETO, Antonio David, *Validez e invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

BOBBIO, Norberto, *Democracia y secreto*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *La teoría del acto administrativo*, Iustel, Madrid, 2005.

BOLÍVAR-GACITÚA, Natalia, «Los efectos del uso de algoritmos en el e-commerce y los consumidores», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 13, 2024, pp. 1 ss.

CAPDEFERRO VILLAGRASA, Óscar, «La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial», *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*, n° 30, 2020, pp. 1 ss.

CAPDEFERRO VILLAGRASA, Óscar/PONCE SOLÉ, Juli, «Nudging e inteligencia artificial contra la corrupción en el sector público: posibilidades y riesgos», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 28, 2022, pp. 225 ss.

CARLONI, Enrico, «IA, algorismes y Administració pública en Italia», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 30, 2020, pp. 1 ss.

CARROLL, Lewis, *Alicia a través del espejo*, Estrada, Buenos Aires, 2017.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?» *La Administración al día*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019, accesible en <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509574>.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, «Retos y oportunidades del uso de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas», *RIGL: Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, n° 19, 2021, pp. 1 ss.

DE HIPONA, Agustín, «Del libre albedrío», en DE HIPONA, Agustín, *Obras de San Agustín. Edición bilingüe*, t. III. Obras filosóficas. Contra los académicos. Del libre albedrío. De la cantidad del alma. Del maestro. Del alma y su origen. De la naturaleza del bien: contra los maniqueos, 3.ª ed.,

Editorial Católica, Madrid, 1963, pp. 189-409.

DEL ÁGUILA, Rafael, «La política: el poder y la legitimidad», en DEL ÁGUILA, Rafael (ed.), *Manual de Ciencia Política*, 5.ª ed., Trotta, Madrid, 2008, pp. 21-34.

DESCARTES, René, «Meditaciones metafísicas», en DESCARTES, René, *Descartes. Biblioteca de grandes pensadores*, Gredos, Madrid, 2011, pp. 419-441.

DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés, «Significados del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional», *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 21, n° 2, 2019, pp. 259 ss.

DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés, «Obligatoriedad del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) para las entidades estatales con régimen contractual excepcional: un supuesto de retorno del Derecho Administrativo en Colombia», *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 10, n° 2, 2023, pp. 1 ss.

DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés, «Acto administrativo y derecho privado: ¿una relación antagónica? Las decisiones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia», *Revista de Derecho Administrativo*, n° 39, 2024, pp. 85 ss.

DÍEZ SASTRE, Silvia, *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

FERNANDO PABLO, Marcos M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.

FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 1968.

GADAMER, Hans-Georg, «Lenguaje y comprensión», en GADAMER, Hans-Georg, *Antología*, Sígueme, Salamanca, 2001, pp. 99-115.

GAMERO CASADO, Eduardo, «Necesidad de motivación e invalidez de los actos administrativos sustentados en inteligencia artificial o en algoritmos», *Almacén de Derecho*, 2021, accesible en <https://almacenederecho.org/necesidad-de-motivacion-e-invalidez-de-los-actos-administrativos-sustentados-en-inteligencia-artificial-o-en-algoritmos>.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, t. I. 12.ª ed., Temis-Palestra, Bogotá-Lima, 2008.

GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Edicions Alfons El Magnànim-Generalitat Valenciana, Valencia, 1997.

GARRIDO, Romina/LAPOSTOL, José Pablo/HERMOSILLA, María Paz, *Transparencia algorítmica en el sector público*, Informe del Consejo para la Transparencia, Gob\_Lab Universidad Adolfo Ibáñez, 2021, pp. 1 ss, accesible en <https://goblab.uai.cl/transparencia-algoritmica-en-el-sector-publico-2/>.

GÓMEZ RÚA, Natalia Eugenia/RESTREPO OCHOA, Diego Alveiro/GAÑAN ECHAVARRÍA, Jaime/ CARDONA ARANGO, Doris, «La discapacidad desde los enfoques de derechos y capacidades y su relación con la salud pública», *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, v. 17, n° 35, 2018, pp. 1 ss.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, t. 9, primeros manuales, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014.

GUTIÉRREZ, Juan David/MUÑOZ CADENA, Sarah María, *Sistemas de decisión automatizada implementados por el Estado Colombiano*, XI Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP, Madrid, 2022, pp. 1 ss, accesible en <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4294032>.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6.ª ed., Trotta, Madrid, 2010.

HEGEL, G. W. F. *Fenomenología del espíritu*, 2.ª ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2017.

HEIDEGGER, Martin, «La pregunta por la técnica», en HEIDEGGER, Martin, *Filosofía, ciencia y técnica*, 3.ª ed., Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1997, pp. 111-148.

JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

JIMÉNES SERAL, Paz/ VÁZQUEZ LAPUENTE, Manuel/ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, «Los algoritmos y el sistema electoral alemán. La proporcionalidad entre la igualdad del sufragio y la igualdad del peso del voto», en ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo/PASCUAL MEDRANO, Amelia (eds.), *La evidencia científica y tecnológica como recurso jurídico*, Comares, Granada, 2022, pp. 225-250.

KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.

KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Taurus, México, 2006.

KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, 2.ª ed., Ediciones Coyoacán, México, 2005.

KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 4.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2013.

LUQUIN BERGARECHE, Raquel, «Contratación tecnológica en la era del algoritmo: gestión de la COVID-19 y futuro Blockchain», en LUQUIN BERGARECHE, Raquel (ed.), *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y desafíos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 177-196.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, Contratos administrativos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.

MARÍN CORTÉS, Fabián, «Naturaleza del acto de adjudicación –y de otros actos del trámite administrativo– en las entidades excluidas de la Ley 80, y técnicas de control judicial. Análisis de la sentencia del 5 de julio de 2018, Sección Tercera, Subsección C, exp. 59.530», *Centro de Estudios de Derecho Administrativo*, 2018, accesible en <https://www.ceda.com.co/naturaleza-del-acto-de-adjudicacion>.

MARTÍN DELGADO, Isaac, «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», *Revista de Administración Pública*, n° 180, 2009, pp. 353 ss.

MEDINA GUERRERO, Manuel, «La transparencia algorítmica en el sector público», en MEDINA GUERRERO, Manuel (coord.), *Los derechos de la ciudadanía ante la administración digital*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, pp. 135-223.

MEILÁN GIL, José Luis, «El carácter estructural de la norma y el acto administrativo», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, v. 67, n° 268, 2017, pp. 567 ss.

MERKL, Adolfo, *Teoría general del Derecho administrativo*, Comares, Granada, 2004.

MOREU, Elisa, «Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 1, 2020, pp 313 ss.

NUSSBAUM, Martha C., *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Paidós, Barcelona, 2012.

ORTEGA Y GASSET, José, «Meditación de la técnica», en ORTEGA Y GASSET, José, *Meditación de la técnica. Ensimismamiento y alteración*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2015, pp. 53-137.

PATIÑO ÁVILA, Jhon Steven/GUEVARA ZAPATA, Hugo Ernesto, «Los actos administrativos unilaterales algorítmicos: una conceptualización necesaria para tiempos modernos», *Academia & Derecho*, n° 21, 2020, pp. 155 ss.

PONCE SOLÉ, Juli, «Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 9, 2024, pp. 171 ss.

POPPER, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.

POSKETT, James, *Horizontes. Una historia global de la ciencia*, Crítica, Barcelona, 2022.

QUINTANILLA, Miguel Ángel, «Tecnología, cultura e innovación», en AIBAR, Eduard/QUINTANILLA, Miguel Ángel (eds.), *Ciencia, tecnología y sociedad*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 103-135.

QUINTANILLA, Miguel Ángel, «Caracterización de la técnica», en QUINTANILLA, Miguel Ángel, *Tecnología: un enfoque filosófico y otros ensayos de filosofía de la tecnología*, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2017, pp. 46-62.

RAMIÓ, Carles, *Inteligencia artificial y Administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*, Catarata, Madrid, 2019.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

RUSSELL, Bertrand, *El impacto de la ciencia en la sociedad*, 2.ª ed., Aguilar, Madrid, 1953.

SÁNCHEZ ACEVEDO, Marco Emilio, *Eficacia y validez del acto administrativo electrónico. Una perspectiva en el derecho comparado de Colombia y España*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2014.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Carolina/TORO VALENCIA, José, «El derecho al control humano: Una respuesta jurídica a la inteligencia artificial», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, v. 10, n° 2, 2021, pp. 211 ss.

SÁNCHEZ ZAPATA, Diana Carolina/VERGARA MESA, Hernán Darío, «La unilateralidad de los actos administrativos en Colombia a partir del principio de participación en el marco de los procedimientos administrativos», *Revista Derecho del Estado*, n° 51, 2021, pp. 227 ss.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Compendio de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Procedimientos administrativos y tecnología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

SARMIENTO E., Juan Pablo, «La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza aportes desde el constitucionalismo colombiano», *Estudios Constitucionales*, v. 18, n° 2, 2020, pp. 221 ss.

DE SAUSSURE, Ferdinand, *Curso de lingüística general*, 24.ª ed., Losada, Buenos Aires, 1986.

SIMOU, Sofia, *Derecho local del cambio climático*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

TAWIL, Guido Santiago/MONTI, Laura Mercedes, *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

TERRÓN SANTOS, Daniel, *Administración inteligente y automática*, Colex, A Coruña, 2022.

TERRÓN SANTOS, Daniel/DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luis. *i-Administración pública, sistemas algorítmicos y protección de datos*, Iustel, Madrid, 2022.

TILLERÍA AQUEVEQUE, Leopoldo, «Transhumanismo e inteligencia artificial: el problema de un límite ontológico», *Griot: Revista de Filosofía*, v. 22, n° 1, 2022, pp. 59 ss.

VELASCO CABALLERO, Francisco, «Psicología para el Derecho administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 7, 2023, pp. 41 ss.

VELASCO CABALLERO, Francisco, «Metodología comparativa para el Derecho administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 200, 2019, pp. 51 ss.

VELASCO RICO, Clara Isabel, «Tecnologías disruptivas en la Administración Pública: Inteligencia artificial y Blockchain», en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí/CASTILLO RAMOS-BOSSINI, Susana E. (eds.), *La Administración Digital*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 227-256.

ZANOBINI, Guido Santiago, *Curso de Derecho administrativo. Parte General*, Olejnik, Santiago, 2020.

## Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (juliol-setembre 2024). *Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/2652/2024, de 15 de juliol; JUS/3051/2024, de 17 d'agost; JUS/3052/2024, de 17 d'agost i JUS/3502/2024, de 27 de setembre*

### Sumari

*Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/2652/2024 (caducitat de disposició de confiança i aclariment de la revelació), JUS/3051/2024 (acceptació de pacte successori d'atribució particular amb lliurament de futur i crisi matrimonial), JUS/3052/2024 (cancel·lació d'una substitució fideïcomissària condicional) i JUS/3502/2024 (compravenda de quota indivisa de local destinat a aparcament: la descripció registral).*

### Abstract

*Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation JUS/2652/2024 (failure of a testamentary half secret trust and clarification on the disclosure of the testator's instructions), JUS/3051/2024 (marriage breakdown and acceptance of a gift the delivery of which was deferred), JUS/3052/2024 (cancellation of a conditional fideicommissum) and JUS/3502/2024 (acquisition of a share in the property of a unit destined to parking: the land registry description of the share)*

**Title:** *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation (July-September 2024)*

**Paraules clau:** Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, herència de confiança, caducitat, aclariment, pacte successori d'atribució particular, crisi matrimonial, cancel·lació de fideïcomís condicional, quota indivisa en comunitat ordinària, descripció registral.

**Keywords:** *Catalan private law, Land Registry, Registry complaints, half secret trust, failure, clarification, inheritance agreement, marriage breakdown, conditional fideicommissum, cancellation, share in joint ownership, land registry description.*



4.2024

Miriam Anderson  
Universitat de Barcelona

**1. Resolució JUS/2652/2024, de 15 de juliol de 2024 (DOGC núm. 9210, de 23.7.2024). Caducitat de disposició de confiança i aclariment de la revelació**

- 1.1. Introducció
- 1.2. La caducitat de la disposició quan els dipositaris de la confiança la revelen a favor seu
- 1.3. La possibilitat d'aclarir la confiança revelada, però no la revelació

**2. Resolució JUS/3051/2024, de 17 d'agost de 2024 (DOGC núm. 9236, de 28.8.2024). Acceptació de pacte successori d'atribució particular amb lliurament de futur i crisi matrimonial**

- 2.1. Introducció
- 2.2. La ineficàcia de les disposicions a favor del cònjuge en cas de crisi matrimonial i l'excepció a la ineficàcia

**3. Resolució JUS/3052/2024, de 17 d'agost de 2024 (DOGC núm. 9236, de 28.8.2024). Cancel·lació d'una substitució fideïcomissària condicional**

- 3.1. Introducció
- 3.2. Sobre el termini per a resoldre
- 3.3. El dret aplicable al fideïcomís per raó del temps
- 3.4. El manteniment del fideïcomís sobre dues finques

**4. Resolució JUS/3502/2024, de 27 de setembre de 2024 (DOGC núm. 9262, de 7.10.2024). Compravenda de quota indivisa de local destinat a aparcament: la descripció registral**

- 4.1. Introducció
- 4.2. L'aplicació de la normativa vigent de propietat horitzontal a règims constituïts amb anterioritat
- 4.3. La modificació de la descripció d'una quota en comunitat ordinària proindivís i dels usos que permet requereix acord unànime

**5. Bibliografia citada**

## 1. Resolució JUS/2652/2024, de 15 de juliol de 2024 (DOGC núm. 9210, de 23.7.2024). Caducitat de disposició de confiança i aclariment de la revelació\*

### 1.1. Introducció

El supòsit que dona lloc a aquesta resolució és el mateix que va motivar la Resolució JUS/1378/2023, de 13 d'abril.<sup>1</sup>

La causant va morir a Barcelona l'any 2015, soltera i sense que la sobrevisquessin ascendents ni descendents, i deixant un testament de 2011 en què va nomenar marmessores universals dues nebodes seves, amb l'encàrrec de lliurar l'herència en la seva totalitat a les persones per ella designades. Les nebodes van atorgar escriptura, l'any 2016, de «manifestació d'herència pels hereus de confiança», en la qual manifestaven acceptar el càrrec de marmessores universals i procedien a revelar la confiança que els fou conferida. S'adjudicaven a elles mateixes l'únic pis que integrava l'herència inventariada. La registradora va qualificar negativament, en considerar que no es tractava d'una marmessoria, sinó d'una herència de confiança i que el llegat de confiança hauria caducat, d'acord amb l'article 424-15.1 del Codi civil de Catalunya (CCC), en haver revelat les hereves la confiança al seu favor. També va ser objecte de qualificació negativa una acta complementària en què les nebodes insistien en què eren marmessores i aportaven un document escrit i signat per la causant en què llegava un terç de l'herència a la seva fillola. Aquesta qualificació negativa va ser recorreguda davant la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (DGDEJM), que va confirmar la nota, en considerar que es tractava d'una herència de confiança que havia caducat en allò que afecta la finca que es van adjudicar les nebodes i que l'immoble corresponia a qui, en el moment de l'obertura de la successió, hauria succeït a la testadora segons les regles de la successió intestada.

Posteriorment, l'any 2023, les nebodes van atorgar una escriptura «aclaridora» en què reconeixien que eren hereves de confiança, però que en l'escriptura anterior la revelació havia estat només parcial, atès que no s'inventariaven tots els béns de l'herència, i que els béns se'ls van adjudicar en la seva qualitat d'hereves de confiança, per tal de donar-los el destí establert per la testadora. La confiança no s'hauria revelat en la seva totalitat.

La qualificació va tornar a ser negativa, en considerar la registradora, d'acord amb l'esmentada Resolució JUS/1378/2023, que la revelació de la confiança a favor seu l'any 2016 va determinar que la caducitat ja es va produir llavors per obra de la llei i no pot reviu la disposició (article 424-15 CCC). La registradora va entendre que, segons l'article 424-13.2 CCC, la confiança forma part del testament i, per tant, no es pot revocar ni alterar, tot i que sí aclarir. Però en aquest supòsit el que succeeix és que es pretén alterar el caràcter de l'adjudicació (de llegat en l'escriptura inicial de 2016, a adquisició com a hereves de confiança en l'actual). També destacava que l'escriptura de 2023 contradiu l'anterior en la relació dels llegats llavors «revelats» i que no queda clar si hi ha o no altres béns, que no s'inventarien.

---

\* Email: [miriam.anderson@ub.edu](mailto:miriam.anderson@ub.edu) Aquests comentaris formen part de les activitats del «Grup de Dret civil català UB», 2021 SGR 00347.

<sup>1</sup> DOGC núm. 8905, de 28.4.2023. Comentada a *InDret*, 3, 2023.

Al recurs les nebodes al·legaven que no eren expertes en la matèria i que potser inicialment no van emprar la terminologia adequada. Segons elles, en l'escriptura ara objecte de qualificació, aclarien que la revelació de la confiança va ser inicialment parcial i que no pretenien fer seus indefinidament els béns. Consideraven, a més, que l'article 424-15 CCC s'ha d'interpretar conjuntament amb l'article 424-13.2 CCC, entès en el sentit que «si la llei admet la possibilitat d'aclarir la revelació efectuada, hem d'entendre que és perquè pressuposa que quan es va fer no es va formular amb la precisió necessària perquè reflectís a la perfecció la voluntat de la testadora». Si s'impedeix l'aclariment, és possible que no s'acabi respectant aquella voluntat.

Havent assenyalat que no es tracta ja de discutir si les recurrents actuen com a marmessores o bé com a hereves de confiança, atès que aquesta darrera conclusió ja va ser establerta per la Resolució JUS/1378/2023 i és admesa ara per les interessades, sinó de determinar si és pertinent o no la inscripció a favor seu del pis que s'adjudicaven (FD 1.2), la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (DGDEJM) analitza, primer, les conseqüències de revelar la confiança a favor dels hereus i, segon, la distinció entre aclarir la confiança revelada i aclarir la revelació mateixa.

### **1.2. La caducitat de la disposició quan els dipositaris de la confiança la revelen a favor seu**

En l'escriptura inicial, de 2016, les nebodes van revelar la confiança a favor seu sense realitzar cap manifestació expressa, per mitjà de l'adjudicació de béns hereditaris. D'acord amb l'article 424-15.1 CCC, la conseqüència és la ineficàcia de la institució d'hereu o del llegat de què es tracti, que es tradueix en l'extinció per caducitat de la disposició testamentària. Aquesta caducitat, un cop produïda, impedeix que l'adjudicació pugui accedir al Registre (FD 2.2). Contra aquesta conclusió no semblen alçar-se els arguments relatius a possibles vicis en la voluntat manifestada o a la manca d'expertesa en la matèria, atès que, a banda de l'assessorament notarial, es dona la circumstància que una de les nebodes és advocada i que, a parer de la Direcció General, el propi recurs demostra que té coneixements jurídics més que suficients per comprendre la sanció que imposa l'article 424-15.1 CCC a l'adjudicació a favor seu realitzada l'any 2016 (FD 2.3).<sup>2</sup>

### **1.3. La possibilitat d'aclarir la confiança revelada, però no la revelació**

Les recurrents consideren que, amb l'escriptura de 2023, el que es duu a terme és un aclariment, en els termes de l'article 424-13.2 CCC, de manera que es desvirtua la ineficàcia que sanciona l'article 424-15.1 CCC. La DGDEJM, però, no comparteix aquesta tesi, atès que els dos preceptes al·legats s'ocupen de qüestions diferents (el contingut de la confiança i la ineficàcia de les disposicions, respectivament). D'altra banda, entén que l'escriptura de 2023 altera i revoca les manifestacions efectuades a l'escriptura de 2016 en aspectes fonamentals com el concepte en què s'adjudiquen els béns i l'extensió de la confiança revelada, la qual cosa comporta anar contra els propis actes, en contravenció del que estableix l'article 111-8 CCC. En l'escriptura de 2023 pretenien aclarir les seves pròpies manifestacions, i no la voluntat que la causant els havia confiat (FD 3.2).<sup>3</sup> Finalment, i com a argument determinant, en la mateixa línia, la DGDEJM

<sup>2</sup> Sobre la distinció entre marmessoria universal i herència de confiança, així com els efectes de la ineficàcia de la disposició per revelació a favor dels hereus dipositaris de la confiança, vegeu el comentari, ja citat, a la Resolució JUS/1378/2023 i allà més bibliografia.

<sup>3</sup> Sobre la distinció entre aclarir i revocar o alterar la confiança revelada, la possibilitat d'impugnar la revelació per error manifest i altres casos dubtosos: CÁMARA LAPUENTE, «Comentari a l'article 424-13 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, p. 450.

assenyala que «la possibilitat d'aclariment que regula l'article 424-13.2 del CCC fa referència a la voluntat de la testadora que l'ha transmesa confidencialment per mantenir-la temporalment oculta, però no pas a la voluntat dels dipositaris de la confiança en revelar-la. El que pot ser objecte d'aclariment [...] és la confiança revelada i no la revelació de la confiança» (FD 3.3).

## **2. Resolució JUS/3051/2024, de 17 d'agost de 2024 (DOGC núm. 9236, de 28.8.2024). Acceptació de pacte successori d'atribució particular amb lliurament de futur i crisi matrimonial**

### **2.1. Introducció**

L'any 2016, dos cònjuges van atorgar pacte successori pel qual s'ordenava parcialment la successió del marit. En el pacte, aquest darrer feia atribució particular amb entrega de futur de dos habitatges a favor de qui era llavors la seva esposa. Es preveia que les finques correspondrien als fills de l'esposa en cas de premoriència, incapacitat o renúncia, i que, mentre l'esposa visqués, caldria el consentiment de tots dos cònjuges per a la disposició o gravamen de les finques, per qualsevol títol. En canvi, si premoria l'esposa, el marit podria disposar per si sol. S'establia que la modificació del pacte requeriria el consentiment dels dos atorgants i que, d'acord amb l'article 431-23 CCC, el pacte no revocava cap disposició anterior al seu atorgament, en tot allò que hi fos compatible.

El pacte es va fer constar al registre per nota marginal al full corresponent a les finques en qüestió.

El matrimoni es va dissoldre per sentència de divorci promogut pel marit l'any 2021. El marit va morir el 2023, havent atorgat testament l'any abans en què manifestava que estava divorciat, tant de la seva primera esposa, amb qui va tenir tres filles, com de la segona (l'atorgant del pacte successori que motiva aquesta resolució), amb qui no havia tingut descendència. En el testament instituïa hereva universal una altra persona i revocava expressament qualsevol testament o acte de darrera voluntat atorgat prèviament; afirmava no haver atorgat cap heretament ni cap altre pacte successori.

Amb aportació de la sentència de divorci, l'hereva del causant va sol·licitar la cancel·lació de les notes marginals que donaven notícia del pacte successori d'atribució particular quant a les finques que n'eren objecte, a la qual cosa es va procedir.

Això no obstant, l'ex-esposa atorgant del pacte successori va atorgar escriptura d'acceptació en què manifestava estar divorciada del causant, però s'adjudicava la propietat de les dues finques. El registrador va denegar la inscripció a favor seu perquè considerava que no es complien els requisits del tracte successiu (art. 20 de la Llei hipotecària —LH), en no constar ja al Registre l'existència del pacte quan se sol·licita la inscripció del domini, i perquè la cancel·lació de les notes marginals es va realitzar a l'empara del que estableixen els articles 422-13 i 431-17 CCC, atès que el pacte successori havia quedat sense efecte com a conseqüència del divorci.

Les al·legacions que es van formular en el recurs responen a uns fets poc habituals. L'ex-esposa afavorida pel pacte successori afirmava que l'article 422-13 CCC es va aplicar de manera mecànica i que això no era pertinent si es tenia en compte que el divorci va ser el resultat d'un

acte de violència de gènere per part del causant, pel qual va ser condemnat penalment. També sostenia que en el pacte successori no se la va afavorir en la seva condició d'esposa, que el pacte no es va revocar en cap moment i que el causant no va disposar de les finques concernides a favor de tercer. Considerava que cal acudir a proves extrínseques, incloent actes coetanis i posteriors, per tal d'esbrinar quina era la voluntat del causant en atorgar el pacte successori. I que l'aplicació automàtica de l'article 422-13.3 CCC li suposava un impacte de gènere i una discriminació indirecta, quan en realitat mereixeria una protecció exacerbada. També argumentava que el registrador no hauria d'haver cancel·lat les notes marginals de pacte successori.

## **2.2. La ineficàcia de les disposicions a favor del cònjuge en cas de crisi matrimonial i l'excepció a la ineficàcia**

La DGDEJM considera que resulta d'aplicació directa al cas la ineficàcia prevista a l'article 422-13 CCC, al qual remet l'article 431-17 CCC. Front de l'al·legació formulada per la recurrent en el sentit que se la va designar pel seu nom i cognoms, i no com a «esposa» o «parella», considera que aquest mer fet no significa que el motiu de l'atribució no fos el matrimoni. I ho entén així la Resolució ara comentada perquè, si no hagués tingut la condició de cònjuge, no hauria pogut atorgar el pacte successori (FD 1.2). Sembla clar, a parer de qui subscriu, que poc té a veure la legitimació per a atorgar el pacte (restringida a les persones que designa l'article 431-2 CCC) amb el motiu de l'atribució feta a favor d'aquestes o d'altres persones, encara que no fossin atorgants del pacte. No es discuteix si, en el moment d'atorgar el pacte, els cònjuges continuaven casats (ho estaven, i podien atorgar pactes successoris afavorint a l'un o a l'altre, però també a tercers), sinó si l'atribució feta a favor de qui era llavors l'esposa del causant ho va ser pel fet de ser-ho. Aquesta mateixa discussió es podria suscitar si el pacte s'hagués atorgat pel causant i el seu germà, posem per cas, però afavorint la que, llavors, era l'esposa del primer.

En tot cas, la DGDEJM considera que la ineficàcia opera de forma automàtica, tal i com es va entendre a la Resolució JUS/2666/2016, de 21 de novembre,<sup>4</sup> de manera que no cal que l'hereva designada en el testament l'hagi d'al·legar i tampoc no és transcendent que hagi omès les finques objecte del pacte en realitzar l'inventari, com succeeix en el cas, perquè aquest sempre es pot completar, en tractar-se d'una successió universal (FD 1.3).

Quant als supòsits en què excepcionalment l'atribució a favor del cònjuge divorciat pot mantenir l'eficàcia, la DGDEJM confirma novament el criteri de la ja esmentada Resolució JUS/2666/2016, i reiterat, recentment, en la Resolució JUS/1618/2024, de 8 de maig,<sup>5</sup> en el sentit que només del propi pacte o d'un algun acte de darrera voluntat posterior se'n podria deduir la voluntat del causant contrària a la ineficàcia. En el cas, considera la DGDEJM que no es produeix aquesta circumstància, i més aviat sembla que dedueix el contrari del fet que en el testament el causant afirmava no haver atorgat cap pacte successori, cosa que podria ser una errada o bé expressió del fet que el mateix causant considerava ineficaç el pacte arran del divorci (FD 2.1).

Pel que fa a la pretensió de què es tingui en compte la sentència penal i el context de violència de gènere en què potser es pot emmarcar la crisi matrimonial, la DGDEJM apunta que la sentència no es va aportar per a la seva qualificació, sinó únicament en formular el recurs. És, per tant, aliena a la qualificació registral (i, en conseqüència, també al recurs). Afegeix la Resolució que la

---

<sup>4</sup> DOGC núm. 7258, de 30.11.2016. Comentada a *InDret*, 2, 2017

<sup>5</sup> DOGC núm. 9163, de 15.5.2024. Comentada a *InDret*, 3, 2024.

ineficàcia establerta a l'article 431-17.2 CCC es produeix pel sol fet del divorci, sense que n'importin les causes, a diferència del que ocorre amb la inhabilitat o la indignitat, «que resulten de circumstàncies subjectives que afecten la persona instituïda i que, si no són reconegudes, han de ser valorades i declarades judicialment (article 412-6 CCC)». <sup>6</sup> No consta que les finques les hagués adquirit el causant per raó de delictes i, d'altra banda, les causes d'indignitat o inhabilitat successòries relacionades amb la violència de gènere es prediquen del successor, no del causant (FD 2.2).

Aprofita la DGDEJM per a realitzar dues consideracions més.

La primera, que no cal una escriptura d'acceptació de l'atribució a títol particular en pacte successori per a inscriure, atès que l'acceptació ja es va produir en el moment de l'atorgament, llevat que tingui caràcter preventiu (articles 431-1, 431-2 i i 431-29 CCC), i l'afavorit en pot prendre possessió per ell mateix, d'acord amb l'article 431-30 CCC. Tot això s'ha d'entendre sens perjudici de la necessitat de documentació pública per a l'accés al Registre que estableix l'article 3 LH.

Finalment, la DGDEJM, molt encertadament, considera que és irrellevant que s'hagin cancel·lat les notes marginals relatives al pacte successori als folis de les finques, perquè «si les atribucions fossin eficaces, no caldria l'anotació registral prèvia del pacte per inscriure la successió, sinó que es pot inscriure directament la successió, quan aquesta ja s'ha produït» (FD 2.4). En efecte, la referència al principi de tracte successiu a la qualificació com a defecte impeditiu de la inscripció no és adequada: el principi de tracte successiu es compleix perquè l'adquirent en pacte successori rep del titular inscrit (el causant). La finalitat de les anotacions és una altra, tal i com va explicar la mateixa DGDEJM a la Resolució JUS/47/2024, de 3 de gener: es tracta de donar publicitat al pacte, per tal que no quedi desvirtuada la seva eficàcia per l'aparició d'un tercer protegit per l'article 34 LH (i de garantir que el pacte no es modificarà sense el consentiment de tots els atorgants). <sup>7</sup> Val a dir, en tot cas, que aquest tipus de dubtes, àdhuc entre el cos de registradors, denoten que potser caldria clarificar la repercussió registral dels pactes successoris (cosa que, naturalment, no infringiria la competència estatal exclusiva en matèria de registres públics, en tractar-se d'una qüestió de dret substantiu català).

### **3. Resolució JUS/3052/2024, de 17 d'agost de 2024 (DOGC núm. 9236, de 28.8.2024). Cancel·lació d'una substitució fideïcomissària condicional**

#### **3.1. Introducció**

En Resolucions JUS/3416/2012, de 29 de novembre,<sup>8</sup> JUS/1802/2013, de 30 de juliol,<sup>9</sup> i JUS/1356/2014, de 12 de juny<sup>10</sup> [aquesta darrera revocada per SAP BCN (secció 19) 170/2020, de

<sup>6</sup> Sobre la comparació entre la ineficàcia derivada dels supòsits d'indignitat o inhabilitat i la que es produeix arran de la crisi matrimonial, que sembla comportar una sanció més dura o, almenys, més automàtica àdhuc que els supòsits de nul·litat, vegeu el comentari en aquesta mateixa revista citat a la nota anterior.

<sup>7</sup> DOGC núm. 9083, de 19.1.2024. Comentada a *InDret*, 2, 2024.

<sup>8</sup> DOGC núm. 6357, de 17.4.2013. Comentada a *InDret*, 2, 2013.

<sup>9</sup> DOGC núm. 6442, de 20.8.2013. Comentada a *InDret*, 3, 2013.

<sup>10</sup> DOGC núm. 6645, de 17.6.2014. Comentada a *InDret*, 4, 2014.

30 de juny,<sup>11</sup> però confirmada després per STSJC 27/2021, de 15 d'abril<sup>12</sup>] la DGDEJM va acabar permetent la inscripció a favor de fideïcomissaris d'una finca donada a cens i alliberada del fideïcomís amb càrrec a la quarta trebel·liànica, segons una escriptura en la qual es redimia el cens i es renunciava a fer constar l'alliberament del fideïcomís. El supòsit que dona lloc a la Resolució que ara es comenta és diferent, però es tracta del mateix fideïcomís, el disseny del qual es pot trobar tant a les resolucions esmentades com, de manera més resumida, en el comentari a la primera d'elles en aquesta mateixa revista.<sup>13</sup>

En el cas que aquí interessa, el titular d'una finca registral ubicada en un edifici organitzat en règim de propietat horitzontal demana una certificació registral i comprova que la finca apareix gravada amb el fideïcomís. Per mitjà d'instància, en sol·licita la cancel·lació, atès que, segons afirma, l'any 1971, amb autorització judicial, el gravamen fideïcomissari es va transferir a una altra finca.

El registrador va denegar la cancel·lació pel defecte no esmenable de mancar el consentiment dels titulars de la càrrega o resolució judicial, cosa que la qualificació substitutòria va confirmar.

El recurs es basa en la impossibilitat de mantenir el gravamen sobre totes dues finques (la concernida i aquella en què es va subrogar el fideïcomís), i es fonamenta en la Llei de censos de 1945, així com en els articles 186 i 189 de la Compilació, que permetien alienar béns fideïcomesos amb autorització judicial per tal d'adquirir-ne d'altres de major profit. Sembla ser, però, que reconeixia que a la interlocutòria de 1971 es a oblidar que la subrogació es referia tant al domini útil com al directe, i no només a aquest darrer.

Segons es pot llegir en la relació de fets IV (d) de la Resolució, en una data indeterminada degut a la il·legibilitat de la documentació, però posterior a la Llei de censos de 31 de desembre de 1945, els fiduciaris van segregat una parcel·la d'una de les finques gravades i la van establir a cens, en el sentit que la van transmetre, subjecta al fideïcomís, a canvi d'un dret real de cens. En l'escriptura de 1971, els fiduciaris venen, redimeixen i absolen el cens a favor del propietari de la finca. Al mateix temps i en el mateix document, adquireixen una altra finca, que resta subjecta al fideïcomís, en substitució del cens redimit. El propietari d'aquella finca no participa en aquesta escriptura. La finca es divideix posteriorment en propietat horitzontal. El recurs es refereix a un dels elements privatis resultants d'aquesta divisió.

En el tràmit d'al·legacions se'n reben per part de dues persones interessades. Una s'oposa a la cancel·lació i l'altra al·lega que el que es va subrogar l'any 1971 va ser el dret de cens, del qual va quedar lliure la finca concernida, però no el fideïcomís, que la continua gravant.

La DGDEJM fa notar que bona part de la documentació que se li aporta, resultant de la digitalització dels llibres registrals, és il·legible.

### 3.2. Sobre el termini per a resoldre

---

<sup>11</sup> ECLI:ES:APB:2020:4544.

<sup>12</sup> ECLI:ES:TSJCAT:2021:5289.

<sup>13</sup> Vegeu també ANDERSON, Miriam, «La revisió judicial de les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *L'aplicació judicial del Codi civil de Catalunya*, Documenta Universitaria, Girona, 2023, p. 822-832.

Un cop més, en aquesta Resolució es torna a donar la circumstància que el recurs té entrada a la Direcció General quan ha transcorregut bona part (la meitat) del termini per a resoldre, motiu pel qual es veu en la necessitat de decidir amb rapidesa i no pot, per exemple, requerir que se li facilitin còpies llegibles de la documentació registral que, en haver-se digitalitzat, ha ocasionat una reducció, multiplicada quan es certifica, de manera que la lletra cursiva compacta dels llibres esdevé impossible de desxifrar. És per això que la DGDEJM insta els registradors a elevar-li l'expedient encara que no s'hagin rebut les al·legacions dels interessats, i sense perjudici d'aportar-les més endavant. En aquesta ocasió, però, la DGDEJM únicament menciona haver suggerit amb anterioritat que es podria interpretar l'article 3.5 de la Llei 5/2009 en el sentit que el termini per a resoldre es compta des del moment en què l'expedient té entrada a la Direcció General, però no sembla ja defensar-ho i, en tot cas, resol dins de termini (FD 1.2).

Recentment, en comentar la Resolució JUS/3699/2023, de 27 d'octubre,<sup>14</sup> es va resumir la problemàtica en aquest sentit, tot apuntant que les possibles vies de solució en aquest context en cap cas haurien de fer de pitjor condició l'administrat que hagi de recórrer davant la Direcció General de la Generalitat de Catalunya.

En efecte, en aquell moment es va poder explicar que: «L'art. 3.2 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, paral·lelament a l'art. 327 LH, estableix que el recurs s'ha de presentar al registre competent per a practicar la inscripció (a la LH es refereix al registre que va qualificar). El seu encarregat haurà de notificar els interessats per tal que puguin formular al·legacions i elaborarà un informe que, si es ratifica en la qualificació, haurà d'elevat a la DGDEJM per tal que aquesta resolgui. D'acord amb l'art. 3.7 de la Llei 5/2009: “La Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques ha de resoldre, en primer lloc i en el termini d'un mes, sobre la seva pròpia competència. Si es considera competent, ha de resoldre el recurs en el termini de tres mesos a comptar del dia en què va entrar en el registre.”

Succeeix amb certa freqüència que l'expedient té entrada a la DGDEJM quan ja ha transcorregut el primer mes del termini per a resoldre (si aquest es compta, com sembla ser el que clarament indica la llei, des que es va presentar al registre competent per a practicar la inscripció) o fins i tot quan ha transcorregut més temps i queden pocs dies abans no s'escolli el termini de tres mesos per a resoldre el fons del recurs.<sup>15</sup> De vegades això és degut a què els registradors esperen a què s'escolli el termini per a rebre al·legacions i només llavors elaboren l'informe i eleven l'expedient a la DGDEJM. Tenint en compte que els terminis per a demanar i rebre al·legacions i formular l'informe i elevar-lo són dies hàbils, que sumen un total de 20, resulta que el recurs, amb l'informe, difícilment pot entrar a la DGDEJM en el termini d'un mes per a resoldre sobre la pròpia competència. Per això la DGDEJM cerca alternatives, com ara entendre que els terminis compten des de les entrades als respectius registres; és a dir, des de l'entrada al registre de la propietat per a la notificació i elevació de l'expedient, i des de l'entrada al registre de la DGDEJM per a la resolució sobre la pròpia competència i sobre el fons, de manera que no sigui l'òrgan recorregut (el registre de la propietat) qui determini quant de temps té la DGDEJM per a resoldre (FD 6.3). Tot i això, es resol dins dels tres mesos a comptar des de l'aportació del títol que s'ha d'acompanyar al recurs, i la DGDEJM es limita a exhortar els registradors a seguir una pràctica habitual consistent en no esperar a què s'hagi escolat el termini per a formular al·legacions per a elevar la resta de documentació a l'òrgan resolutori (FD 6.4).

A parer de qui subscriu, els terminis per a resoldre sobre la competència i sobre el fons són clars a la Llei 5/2009, tant pel que estableixen els apartats 2 i 7 de l'article 3, com per la remissió que fa l'apartat 1 a la LH. L'art. 327 LH no deixa cap mena de dubte sobre el dia d'inici de còmput del termini per a resoldre, tot i que també en la legislació estatal cal donar trasllat al notari o funcionari que hagi autoritzat el document, si no és

<sup>14</sup> DOGC núm. 9036, de 8.11.2023. Comentada a *InDret*, 1, 2024.

<sup>15</sup> Per a supòsits en què el Ministeri de Justícia s'inhibeix molt tard i el recurs arriba a la DGDEJM amb molt poc temps per a resoldre, vegeu les Resolucions JUS/1366/2020, de 5 de juny (DOGC núm. 8158, de 19.6.2020; comentada a *InDret*, 3, 2020) i JUS/2618/2020, de 22 d'octubre (DOGC núm. 8259, de 30.10.2020; comentada a *InDret*, 1, 2021). Per a un altre cas amb polèmica quant a la competència, que va donar lloc a resolucions contradictòries, vegeu la Resolució JUS/2185/2019, de 25 de juliol (DOGC núm. 7934, de 7.8.2019; comentada a *InDret*, 4, 2019). Per a supòsits en què és la pròpia tramitació del recurs el que genera el retard: JUS/3919/2010, de 18 de juny (DOGC núm. 5772, de 10.12.2020; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 1, 2011) i JUS/1857/2018, de 30 de juliol (DOGC núm. 7680, de 7.8.2018; comentada a *InDret*, 1, 2019).



qui ha presentat el recurs, i cal que el registrador elabori l'informe pertinent. És cert que no es preveu que s'hagi de notificar i que puguin formular al·legacions altres interessats, però la mecànica de cara a l'administrat és la mateixa: cal que es resolgui en un termini que compta des de la presentació al registre competent per a la inscripció, amb independència dels tràmits que s'hagin de dur a terme abans. I no sembla que el fet que la Direcció General catalana hagi de resoldre també sobre la pròpia competència en un termini determinat hagi d'afectar la resolució ràpida de la qüestió plantejada, que és un dels atractius de la via administrativa i que, a més, per a qüestions de dret català, cal haver seguit abans d'acudir, si escau, a la via judicial. Segurament convé reformar la Llei 5/2009 per tal que els terminis siguin assumibles per part de la DGDEJM, però, en fer-ho, caldria procurar que qui recorre no es trobi en pitjor situació que si la qualificació o el recurs no es basessin en el dret català. Altrament, es generarien diferències de tracte poc compatibles amb la normalització i volguda assimilació del dret propi.»

### 3.3.El dret aplicable al fideïcomís per raó del temps

De les disposicions transitòries primera i quarta de la Llei 10/20008, de 20 de juliol, la disposició transitòria sisena de la Llei 40/1960, de 21 de juliol, que va aprovar la Compilació, i les disposicions transitòries primera, quarta i dotzena del Codi civil espanyol, la DGDEJM en conclou que el fideïcomís de què es tracta es regeix íntegrament pel dret anterior a la Compilació; és a dir, les Constitucions i altres drets de Catalunya, segons té establert el Tribunal Superior de Justícia<sup>16</sup> i la pròpia Direcció General.<sup>17</sup> Tot i això, com succeeix altres vegades, la Resolució es refereix als articles de la Compilació, atès el sistema de *ius continuatio* que va adoptar. No va ser fins la Llei 40/1991, de 30 de desembre, que els efectes del fideïcomís mentre està pendent van passar a regir-se pel dret vigent en cada moment (FD 3).

### 3.4.El manteniment del fideïcomís sobre dues finques

En el fonament de dret 4.2 de la Resolució, la DGDEJM explica que els fideïcomisos previstos per a després de la mort del fiduciari es consideraven, ja en el dret tradicional, com a condicionals i que la pràctica havia conduït a entendre que els fiduciaris podien disposar dels béns gravats, però amb subjecció al fideïcomís. Així:

«Els fideïcomisos disposats per a després de la mort del fiduciari tenien en la doctrina històrica la consideració de fideïcomisos condicionals, tal com, per al dret codificat, han establert successivament la CDCC (article 163.3), el CS (article 185.2) i el llibre quart del CCC (article 426-4.2). Tots els efectes dels fideïcomisos condicionals es produeixen si, quan es defereix per mort del fiduciari, hi ha fideïcomissaris, però no si no hi ha fideïcomissaris cridats. En el dret anterior a la CDCC, que s'aplica a aquest fideïcomís, en ocasions s'havia considerat que la substitució comportava una prohibició de disposar imposada al fiduciari. Aquest fou el criteri de la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 12 de febrer de 1924 i de les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN) de 12 de maig de 1920, 23 de juliol de 1924 i 11 de març de 1925. Però la pràctica més freqüent i consolidada, emparada en el Codi de Justinià, 6, 43, 3, acceptava la disposició dels béns fideïcomesos subjecta a la condició, de manera que quan es complia la condició la disposició quedava resolta. Així ho van entendre les sentències del Tribunal de Cassació de 10 de maig de 1936; les del TS de 30 d'abril de 1897, 26 de febrer de 1919 i 28 de gener de 1964 i les resolucions de la DGRN de 25 de juny de 1892, 25 de juny de 1903, 14 de novembre de 1933 i 10 de març de 1944. En la substitució que afecta aquest recurs, els fiduciaris podien realitzar vàlidament actes dispositius o de gravamen de béns i, en concret, donar a cens immobles del fideïcomís, que

<sup>16</sup> STJ de Catalunya de 5 de febrer de 2001, FD 2 (ECLI:ES:TSJCAT:2001:1584).

<sup>17</sup> Entre altres, Resolucions de 22 d'octubre de 2007 (JUS/3526/2007, de 9.11; DOGC núm. 5015, de 23.11. 2007; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 3, 2008), JUS/1802/2013, de 30 de juliol (DOGC núm. 6442, de 20.8.2013; comentada a *InDret*, 2, 2014) o JUS/1748/2018, de 20 de juliol (DOGC núm. 7673, de 27.7.2018; comentada a *InDret*, 4, 2018)

és el que van fer en aquest cas, quan ja estava en vigor la Llei de 31 de desembre de 1945, sobre inscripció, divisió i redempció de censos a Catalunya.»

La legitimació dels fiduciaris per donar la finca a cens, condicionada a l'efectivitat del gravamen, es desprèn del que estableixen els articles 197 i 186 de la Compilació (FD 4.4).

Argumenta la DGDEJM que, en establir la finca a cens, el dret real sobre cosa aliena, a diferència de la finca, no va quedar subjecte al fideïcomís, de la mateixa manera que, si la finca s'hagués venut, aquesta hauria restat gravada amb el fideïcomís, però no així el preu. Si el fideïcomís arribés a desplegar la seva eficàcia, en el cas de compravenda, els fideïcomissaris haurien recuperat la finca i els adquirents haurien pogut reclamar el preu dels hereus dels fiduciaris. En el cas del cens, succeeix el mateix, però amb la diferència que, en recuperar la finca els fideïcomissaris, el cens (és a dir, la contraprestació per la cessió de la finca) s'extingiria per confusió. D'acord amb l'article 36 de la Llei de censos de 1945, la subjecció al fideïcomís no és obstacle per a la redempció per part dels propietaris, tot i que això no comportaria l'alliberament del fideïcomís i s'entén que aquest règim ha continuat vigent d'acord amb el dret transitori, inclosa la darrera modificació duta a terme per la Llei 3/2023, de 16 de març (FD 4.5).

En el supòsit en concret, l'any 1971 es va produir una «subrogació del dret de cens», perquè els fiduciaris devien considerar que els rendiments que obtindrien amb el lloguer de la finca que adquirien superarien els que obtenien amb el cens. Com a resultat, la finca objecte del recurs va quedar alliberada del cens, però no del fideïcomís, amb la particularitat que també la nova finca adquirida hi va quedar subjecta, de manera que es produeix una situació que beneficia els fideïcomissaris, potser en contravenció del principi d'equitat, segons afirma la DGDEJM, però sense que es puguin rectificar els llibres del Registre si manca el consentiment de tots els afectats i la qualificació positiva, o bé una resolució judicial (FD 4.6). També val a dir que la DGDEJM assenyala que l'escriptura de 1971 no va ser aportada al procediment i que no li pertoca entrar a analitzar qüestions que excedeixen dels estrets marges del procediment registral (FD 4.7). Queda el dubte, per tant, de si l'escriptura de 1971 podria ocasionar una modificació dels assentaments registrals que permetés la cancel·lació del fideïcomís.

#### **4. Resolució JUS/3502/2024, de 27 de setembre de 2024 (DOGC núm. 9262, de 7.10.2024). Compravenda de quota indivisa de local destinat a aparcament: la descripció registral**

##### **4.1. Introducció**

Es presenta instància sol·licitant la rectificació de la descripció d'una quota indivisa d'un local destinat a garatge, amb la pretensió que s'hi faci constar que la participació adquirida l'any 1991, a més de tenir assignat l'ús exclusiu i excloent d'una determinada plaça d'aparcament, comporta també l'ús exclusiu de l'espai situat sota la rampa, al costat del destinat a la maquinària de l'ascensor. El presentant considera que, quan es va practicar la inscripció, es va produir un error de transcripció en ometre l'atribució de l'ús exclusiu d'aquest darrer espai.

El registrador va respondre negativament, perquè el dret d'ús exclusiu no resulta dels llibres del Registre i tampoc no s'ha atribuït d'acord amb la normativa hipotecària i de propietat horitzontal

(segons la qual caldria modificar el títol constitutiu per unanimitat, d'acord amb els articles 553-53 i 553-26 CCC), de manera que es va considerar com una mera menció.

L'interessat va recórrer, adduint, substancialment, que la regulació aplicable al seu cas era la que estava en vigor l'any 1991 i no la que fonamenta la nota de qualificació (entre la qual hi havia preceptes del CCC relatius a la propietat horitzontal).

El recurs es va dirigir a la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública, però el registrador el va remetre a la DGDEJM, atès que la qualificació es basava en normativa catalana. En el seu informe, va reiterar la nota i va considerar que l'exigència d'intervenció de tots els cotitulars per a la modificació sol·licitada hauria regit igualment segons la legislació vigent l'any 1991, atès que, entre altres coses, deriva del propi article 20 LH.

#### **4.2. L'aplicació de la normativa vigent de propietat horitzontal a règims constituïts amb anterioritat**

D'acord amb el dret transitori (disposició transitòria sisena de la Llei 5/2006 i disposició final, apartat segon, de la Llei 5/2015), els edificis organitzats en règim de propietat horitzontal abans de l'entrada en vigor del llibre cinquè del Codi civil o de la seva modificació, es regeixen per la nova normativa, sense necessitat de cap adaptació específica. Així es va defensar ja en la Resolució de 23 de desembre de 2008.<sup>18</sup> Tot i interpretar-se restrictivament la retroactivitat, la DGDEJM considera que en aquest cas la nova normativa és aplicable, perquè el supòsit es refereix a la configuració i organització de l'immoble en propietat horitzontal, i no a simples actes o acords dels propietaris, d'acord amb la Resolució JUS/3149/2015, de 17 de desembre<sup>19</sup> (FD 1.3).

#### **4.3. La modificació de la descripció d'una quota en comunitat ordinària proindivís i dels usos que permet requereix acord unànim**

En realitat, el pronunciament que s'acaba de resumir i que dona resposta a la discrepància entre la nota de qualificació i el recurs sobre la normativa aplicable per raó del temps, no és realment determinant per a la resolució, atès que la qüestió discutida és una altra, que es podria haver resolt acudint únicament a les normes relatives a la comunitat ordinària, tot i els matisos que sorgeixen quan aquesta recau sobre un element privatiu en propietat horitzontal destinat a aparcament.

En efecte, dels restants fonaments de dret se'n desprèn que tota la part de l'edifici destinada a aparcament conforma un sol element privatiu que, d'acord amb el títol constitutiu del règim i amb els estatuts, els propietaris podien transmetre per parts determinades amb la divisió material prèvia o bé com a participacions indivises que comporten l'ús exclusiu i exclouent de determinada plaça d'aparcament i l'ús compartit de les zones d'accés i maniobra. L'espai de sota la rampa no és annex de cap element privatiu en propietat horitzontal, perquè no s'ha configurat d'aquesta manera el règim al títol constitutiu (article 553-35 CCC en relació amb l'article 553-52.2, lletra *a*, CCC). Tal i com indica la DGDEJM, l'article 553-52.1, lletra *a*, CCC permet la configuració dels garatges com a elements privatis en comunitat ordinària. Per això en les successives transmissions de les quotes no s'especifiquen ni els llinars, ni les superfícies, per

<sup>18</sup> JUS/106/2009, de 20 de gener (DOGC núm. 5309, de 2.2.2009). Comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 2, 2009.

<sup>19</sup> DOGC núm. 7078, de 14.3.2016. Comentada a *InDret*, 3, 2016.

exemple, i l'única cosa que ha de constar al Registre és la identificació de la plaça d'aparcament (FD 1.4 i 1.5). En conseqüència, el supòsit es regeix per l'article 552-7.6 CCC, que requereix la unanimitat per als actes de disposició com el consistent en què es concreti el dret del propietari de la quota indivisa de què es tracti a ocupar l'espai de sota de la rampa. En no haver-hi ni aquest acord unànim ni resolució judicial (article 217 LH), el registre no pot ser modificat en el sentit sol·licitat. Segons aquesta doctrina, doncs, sembla que la publicitat dels acords en comunitat ordinària que atribueixen l'ús de determinats espais es consideren actes de disposició.

## 5. 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, 2013, disponible a: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/991\\_rdgdej.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/991_rdgdej.pdf); *InDret*, 2, 2014, disponible a: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1049\\_cat.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1049_cat.pdf); *InDret*, 4, 2014, disponible a: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1087.pdf>; *InDret*, 3, 2016, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1240.pdf>; *InDret*, 2, 2017, disponible a: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1297.pdf>; *InDret*, 4, 2018, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/01/1429-1.pdf>; *InDret*, 1, 2019, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/04/1439.pdf>; *InDret*, 4, 2019, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/12/1494.pdf>; *InDret*, 3, 2020, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1567.pdf>; *InDret*, 1, 2021, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/01/1610.pdf>; *InDret*, 3, 2023, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/07/1797.pdf>; *InDret*, 1, 2024, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2024/01/1836.pdf>; *InDret*, 2, 2024, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2024/04/1857.pdf>. *InDret*, 3, 2024, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2024/07/1880.pdf>.

ANDERSON, Miriam, «La revisió judicial de les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació», a EINSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *L'aplicació judicial del Codi civil de Catalunya*, Documenta Universitaria, Girona, 2023, p. 777-839.

CÁMARA LAPUENTE, «Comentari a l'article 424-13 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, p. 441-450.

MARSAL GUILLAMET, Joan, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques», *InDret*, 3, 2008, disponible a: [https://indret.com/wp-content/uploads/2008/07/563\\_ca.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2008/07/563_ca.pdf); *InDret*, 2, 2009, disponible a: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/634\\_cat.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/634_cat.pdf); *InDret*, 1, 2011, disponible a: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/798\\_cat.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/798_cat.pdf).

Número monográfico: El tratamiento jurídico del *stealth*.  
Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio.

*Stealth* y legalidad penal, por Antoni GILI PASCUAL.

*Stealth*: ¿violación o agresión sexual?, por Ivó COCA VILA.

Engaño, consentimiento y acceso carnal, por Carlos CASTELLVÍ  
MONSERRAT.

Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos  
tácitos, por Ana Belén VALVERDE-CANO.

-

---

\* 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](mailto:ramon.ragues@upf.edu).

## Número monográfico: El tratamiento jurídico del *stealthing*. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio\*.

*El tratamiento jurídico-penal que merece el denominado *stealthing* ha sido una de las cuestiones más polémicas del debate académico y forense de los últimos años sobre los delitos sexuales. Con ocasión de la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, en este número monográfico la Revista Crítica de Jurisprudencia Penal ha reunido a cuatro de los principales especialistas españoles para que valoren la nueva resolución. Los comentaristas han compartido una primera versión de sus textos a fin de poder considerar –y, en su caso, replicar– la opinión de los demás autores.*

### 1. Hechos y antecedentes procesales

La sentencia plenaria del Tribunal Supremo 603/2024, de 14 de junio<sup>1</sup>, se ocupa por vez primera en la Sala del tratamiento jurídico que merecen los casos del denominado *stealthing*, es decir, de la no utilización fraudulenta –o retirada subrepticia– del preservativo en relaciones sexuales con penetración. Hasta la fecha la cuestión había sido ya polémica en el debate doctrinal, tanto en España como en otros países; también lo ha sido en esta resolución, que cuenta con un voto particular suscrito por cinco magistrados.

Los hechos que, resumidamente, han dado lugar a esta decisión judicial fueron los siguientes: el acusado Marino y la denunciante Elena, a los que no unía ningún tipo de relación afectiva, quedaron, como en ocasiones previas, para desplazarse en el coche de ella a un descampado y mantener allí relaciones sexuales. Previamente, el acusado había informado a la denunciante de que padecía algún tipo de infección indeterminada en los genitales para la que estaba siguiendo un tratamiento farmacológico. Como en ocasiones anteriores, dice la resolución, «Elena sólo aceptó mantener las relaciones sexuales con uso de preservativo, a cuyo efecto y cuando ya se encontraban en los asientos traseros del turismo, fue la propia Elena la que proporcionó a Marino un preservativo en su envoltorio, que éste recogió y aproximó a sus genitales simulando ponerse. Sin embargo, Marino no llegó a ponerse en ningún momento el preservativo y, pese a ello, sin

---

\* La redacción de este apartado introductorio ha corrido a cargo de Ramon Ragués.

<sup>1</sup> STS 603/2024, Penal (Pleno), de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3418). Ponente del Moral García.

decirle nada a Elena, inició la penetración por vía vaginal, que esta aceptó en la convicción de que tenía puesto el tan citado profiláctico».

Prosigue el relato contenido en la sentencia: «En determinado momento y tras un tiempo no determinado de coito, Elena sospechó que Marino pudiera no tener puesto el preservativo, por lo que empezó a decirle que parara y que se quitara de encima, lo que acompañaba del gesto de empujarlo, aunque sin conseguirlo por encontrarse él sobre ella; no consta que Marino se percatara inmediatamente de la intención de Elena de poner fin a la penetración, por lo que durante un breve lapso de tiempo continuó con la misma, sin que para ello ejerciera fuerza alguna más allá de la derivada de la propia postura en que se encontraban, hasta que pasado ese breve tiempo se dio cuenta de la negativa de Elena y, sin eyacular, se retiró, se vistió y se marchó del lugar».

A resultas del contacto sexual descrito, Elena resultó contagiada con la bacteria *chlamydia trachomatis*, de la que era portador Marino, una infección cuya curación precisó atención médica y la prescripción de antibióticos, antiinflamatorios y ansiolíticos. Además, se relata en la sentencia, Elena, «que había sido diagnosticada previamente de distimia, con crisis puntuales de ansiedad y algunos rasgos anómalos de personalidad, sufrió a consecuencia de los hechos un agravamiento de su patología, que hubo de controlar con seguimiento médico y el propio tratamiento medicamentoso que ya recibía; de ambos padecimientos sanó con 15 días de perjuicio personal básico, 5 de ellos de pérdida temporal de calidad de vida moderada».

La Audiencia Provincial de Sevilla, que conoció de los hechos en primera instancia, condenó a Marino como autor del (derogado) delito de abusos sexuales (art. 181.4 CP en su redacción previa a la LO 10/2022), agravado por acceso carnal, a una pena de cuatro años de prisión y un delito de lesiones (art. 147.1 CP) a una pena de seis meses de prisión, con una responsabilidad civil de 13.000 euros. Esta decisión fue recurrida en apelación por el acusado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestimó íntegramente dicha impugnación, procediendo seguidamente a presentar recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Mientras se tramitaba el recurso, entró en vigor la reforma del Código Penal (Ley Orgánica 10/2022), que suprimió el antiguo delito de abusos sexuales y pasó a regular las conductas abarcada por este tipo en la figura de las agresiones sexuales (vigentes arts. 178 y 179 CP).

## 2. Fundamentación jurídica

De todos los motivos de recurso, interesa solamente en este comentario el basado en una posible infracción de precepto legal, concretamente, del antiguo art. 181 CP, que regulaba el delito de abusos sexuales y castigaba conductas actualmente reconducidas al delito de agresiones sexuales de los vigentes arts. 178 y 179 CP. Para dar respuesta a este motivo de recurso, según la Sala Segunda deben analizarse dos cuestiones: «a) Determinar si el consentimiento sexual obtenido mediante una argucia o engaño rellena la tipicidad del art. 181 (o la del actual art. 178.1)»; y «b) Indagar si en supuestos como el analizado se puede hablar de “consentimiento” respecto del concreto acto sexual realizado, desde la estricta perspectiva de la libertad sexual, que es el bien jurídico protegido».

## 2.1. En cuanto al engaño como posible medio comisivo de las agresiones sexuales

La primera cuestión de las dos planteadas es respondida en sentido negativo por el Tribunal Supremo. Según la Sala, «no son actos típicos, por existir anuencia, aquéllos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual. Cuando el Código habla en estos preceptos de *consentimiento* lo hace en su sentido *débil*, según expresiva terminología manejada por algún estudioso; es decir, le basta la anuencia, la aceptación, aunque esa decisión esté viciada por un conocimiento errado de la realidad provocado o aprovechado por el otro sujeto. Consentir es sencillamente aceptar; no aceptar libre, e informadamente y con conocimiento de todos los factores y circunstancias concernidas. Estos preceptos (arts. 178 y ss CP), a diferencia de otros, no incluyen una referencia a un consentimiento obtenido por engaño (*vid.*, v.gr., el art. 177 bis o, singularmente, el art. 144.2 CP: el legislador prevé expresamente el consentimiento obtenido a través de un engaño; lo que no hace en el actual art. 178, ni hacía en el precedente 180). Cuando la ley quiere referirse a un consentimiento plenamente informado, libre de error, lo aclara normalmente de forma taxativa: art. 156 –*consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido*–. Cuando solo habla de consentimiento, sin más calificativos, piensa ordinariamente en ese sentido *débil*» (cursivas en el original).

Prosigue el Tribunal señalando que, «justamente por eso, el reformado art. 178 CP estaría incompleto si junto al primer párrafo que enuncia la ausencia de consentimiento, no especificase que quedan asimilados aquéllos supuestos en que media violencia o intimidación (consentimiento arrancado coactivamente), o prevalimiento de superioridad (consentimiento no libre por concurrencia de una presión o ascendiente). Si se entendiese de otra forma, sobraría esa especificación». A juicio de la Sala, «en la misma línea, se ve obligado a tipificar expresamente los abusos sexuales sobre menores, aunque carezcan de capacidad legal para consentir y, por tanto, no pueda hablarse de consentimiento libre. Es más, en el seno de tal tipicidad (art. 181 actual) diferencia implícitamente entre algunos casos en que media consentimiento (entendido como simple aceptación o anuencia) y otros en que no lo hay. Aunque, ciertamente, la autonomía de las tipicidades del art. 181 CP obedece también a razones de diferenciación punitiva. Aún con esa aclaración, una y otra consideración confluyen erigiéndose en señal inequívoca de que esa expresión –consentimiento– es [*sic.*] está usando como equivalente a aceptación; no como consentimiento totalmente libre (*vid.* art. 183 bis que, por el contrario, sí adjetiva), y no aquejado por algún vicio del conocimiento».

Partiendo de tales premisas, concluye el Tribunal afirmando que «las relaciones sexuales en que el consentimiento se ha obtenido mediante un engaño solo estaban tipificadas como abuso sexual en el art. 182 CP (abuso fraudulento de menores) cuando la edad de la víctima se movía entre 16 y 18 años. Tal tipicidad ha sido suprimida por la reforma de 2022, lo que significa necesariamente que se ha despenalizado esa conducta». A tal efecto argumenta la Sala que «el engaño sobre el propio estado civil (dice ser soltero/a), sobre las condiciones personales (simula ser un famoso), sobre los sentimientos (hace protestas [*sic.*] de amor y fidelidad cuando simultanea varias relaciones clandestinas), la condición personal estable (alega ser infértil; oculta que es un transexual) o coyuntural (asegura que ha tomado anticonceptivos), la situación financiera (se jacta de ser millonario/a), o la promesa de recompensa o precio (promete falsamente que pagará una cantidad si mantiene relaciones sexuales) ... no son supuestos típicos, aunque se alcance la certeza de que el engañado no hubiese accedido a la relación de conocer el ardid o la simulación. Y es que hay conductas que pueden ser inmorales, desleales, reprobables



e, incluso, despreciables, pero que no necesariamente son delictivas. Por esta vía, podríamos llegar al absurdo de un acto sexual en que ambos son a la vez agresores (ha engañado) y víctima (ha sido engañado)».

En tal sentido, concluye la mayoría que «un consentimiento obtenido mediante engaño no abre las puertas a una condena por los delitos de los arts. 178 y ss actuales; como no las abría antes a las tipicidades equivalentes, con la única salvedad de los casos de sujeto pasivo con edad comprendida entre 16 y 18 años. Solo se otorga relevancia penal al consentimiento viciado si se obtuvo con intimidación, o prevalimiento o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad (art. 178)». Tras descartar que esta conclusión genere una incoherencia por dejar desprotegida la libertad sexual frente a los engaños, si se la compara con los delitos patrimoniales, el Tribunal Supremo argumenta que, «si convertimos un consentimiento prestado por engaño en la base de un delito de agresión sexual llegaríamos a una insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos. No hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables. Nos adentraríamos en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites».

## 2.2. En cuanto a la existencia de consentimiento respecto del acto realizado

Tras negar la relevancia típica del engaño, el Tribunal pasa a responder a la segunda pregunta planteada, a saber, si en casos como el señalado «se puede hablar realmente de consentimiento respecto de ese concreto acto». Según la Sala, «hay casos en que el engaño, no solo desencadena un consentimiento viciado (inidóneo para colmar la tipicidad); sino que se traduce en una ausencia de consentimiento respecto de la concreta conducta. No es consentimiento existente pero inválido por error; sino ausencia de consentimiento. El médico que realiza tocamientos ajenos a la *lex artis* simulando que son los actos propios de una exploración sanitaria; o unos masajes terapéuticos o prescritos médicamente, no se limita a obtener un consentimiento mediante su engaño (el consentimiento se prestó pensando en el plano puramente sanitario), sino que realiza acciones –con contenido sexual– no cubiertas por ese consentimiento (*vid.* STS 647/2023, de 27 de julio)». Según el Tribunal, en tales casos «no estamos ante un engaño *motivacional*, terminología que tomamos prestada de algún acercamiento académico, es decir, aquel que influye sobre las motivaciones o circunstancias que presumiblemente hubiesen excluido la anuencia; sino sobre el *qué*, sobre la misma acción (*fraud in the inducement* frente a *fraud in the factum*). Son conductas encajables en el anterior art. 181 y en el actual art. 178. No hay consentimiento para actos de contenido sexual, aunque se presenten disfrazados de palpaciones terapéuticas o de diagnóstico».

En esta misma línea, sigue argumentando la sentencia que «una penetración anal cuando solo se consintió la vaginal; o introducir en la cavidad genital un objeto, cuando solo se consintió el acceso digital, constituyen actos sexuales in consentidos. Por eso encajan en los arts. 178 y 179; y no porque el consentimiento estuviese viciado por el engaño previo. Cuando la acción sexual desplegada desborda o se aparta de lo consentido hay agresión sexual. No fue lo consentido. También cuando se suplanta la identidad –algún supuesto de ese tenor ofrecen los repertorios– se produce una actuación no consentida. No es que haya un consentimiento arrancado por engaño; es que no hay consentimiento para actos sexuales o para esos actuales sexuales, o para la interacción con esa persona que se hace pasar por otra».

En correspondencia con la anterior afirmación, añade el Tribunal que, «bien vistas las cosas, aquí radica el núcleo de la cuestión –si hay consentimiento o no–. La concurrencia de un previo engaño no añade nada penalmente. La respuesta penal será la misma si en lugar de una argucia preexistente, nos enfrentamos a una idea surgida de improviso, sin maquinación previa: retirada no planificada del preservativo, sino determinada por un impulso sobrevenido; o, para acudir a otra situación parificable, el médico que carecía de dolo antecedente, y, mientras examina a la paciente, cede a su pulsión sexual y comienza tocamientos lascivos que sin ajustarse a la *lex artis* o las exigencias del tratamiento, tienden en exclusiva a satisfacer su libido. En esos supuestos no se identifica un engaño previo y es que lo decisivo no es eso. Las elucubraciones sobre la validez de un consentimiento viciado por el engaño resultan superfluas a los fines de abordar la relevancia penal de estos casos. Lo determinante es comprobar si el consentimiento –viciado o no por una simulación o maquinación antecedente: eso es lo menos– abarcaba esos actos neutralizando su relevancia típica. La cuestión no estriba en la eficacia o naturaleza del engaño, sino en el alcance del consentimiento prestado. La pregunta a formular no es *¿el consentimiento estaba viciado por un error esencial provocado?* Son otras: *¿el acto sexual concreto estaba consentido?* *¿se apartó esencialmente de lo que se había aceptado?* Indagar sobre los vicios del consentimiento al modo de una relación contractual civil es camino infecundo a estos efectos. Lo que hay que explorar es el contenido del consentimiento prestado. Si éste es desbordado de forma esencial; no accidental, o accesorio, habrá delito contra la libertad sexual, se haya producido engaño o no» (cursivas en el original).

No obstante, el propio Tribunal matiza que «es obvio que no basta cualquier divergencia en el *cómo* (no se respetó la exigencia de esperar al orgasmo simultáneo, se cambió la postura acordada...), o en circunstancias no esenciales (se consumó el acto en un tiempo breve en contra de la reclamación de la pareja, frustrando deliberadamente las expectativas convenidas...). Es necesario que haya un *qué* distinto; un *aliud*. No solo un *cómo* diferente del acordado. No es fácil fijar los linderos entre unos casos y otros. Hay supuestos claros; otros, fronterizos”. Y a continuación precisa la misma Sala que “hay que advertir que a estos efectos debemos manejar en exclusiva la dimensión estrictamente sexual o corporal, física, del acto y no otros aspectos igualmente importantes (móvil de puro disfrute o manifestación de amor comprometido; potencialidad reproductiva; riesgo sanitario) pero irrelevantes a estos fines. Entre esos factores no determinantes están la apertura o no a la reproducción, o los riesgos sanitarios. Esas perspectivas no están involucradas en estos tipos. No hay agresión sexual –sí, en su caso, lesiones dolosas– en quien oculta la enfermedad venérea que le aqueja; o en quien hace protestas falsas de ser fértil para lograr el acceso con quien busca, por encima de todo, su maternidad».

Pasando a los detalles del caso concreto –es decir: al empleo o no de preservativo– señala el Tribunal que «identificamos, en esa dimensión estrictamente sexual a que hemos de atender, un *aliud* que constituye una diferencia esencial, ajena al consentimiento, en una penetración con preservativo cuando se exigió que se usase de ese medio y se eludió esa barrera; o cuando se impuso como condición excluirla y furtivamente se incumplió el compromiso». A juicio de la Sala Segunda, «la conducta merece reproche como consecuencia de las lesiones causadas. Sin duda. Pero no agota ahí su desvalor. Se ha producido un contacto sexual que desborda, también en su proyección puramente corporal, lo que se aceptó. Hay un contacto corporal distinto (por exceso o, en su caso, por defecto) del consentido. Muta la dimensión sexual del acto y no solo su potencialidad generadora o el eventual riesgo sanitario, ajenos a estas tipicidades. Sucede igual cuando se consintió el acceso con el órgano genital masculino, y, sin autorización, se introducen los dedos».

### 2.3. En cuanto a la posible aplicación de la modalidad agravada por acceso carnal

Una vez sentada la existencia de un atentado penalmente relevante contra la libertad sexual de la víctima, el Tribunal Supremo pasa a analizar la concreta modalidad delictiva aplicable. En tal sentido sostiene que no puede aplicarse a estos casos la modalidad agravada por la concurrencia de acceso carnal (actual art. 179 CP), por cuanto «cuando el legislador fija esas altas penalidades, está pensando en una penetración, por cualquiera de las vías establecidas, no consentida, no aceptada, rechazada. No se quiere la penetración. En un caso como el examinado la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, –acceso por vía vaginal y con el miembro viril–; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril. Intuitivamente se capta que el nivel de antijuricidad es muy distinto. Es no solo desproporcionada, sino también forzada la equiparación con el acceso no consentido. La penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento (como puede suceder en casos de eyaculación deliberada en el interior de la cavidad vaginal, pese al rechazo anterior exteriorizado por la mujer –o viceversa– u otras hipótesis imaginables). El acceso no desborda el consentimiento otorgado. La ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal (...)». Por este concreto motivo, el Tribunal decide que la norma más favorable aplicable a los hechos es el antiguo art. 181.1 de abusos sexuales sin penetración, procediendo a rebajar la pena impuesta a un solo año de prisión.

### 3. Argumentos del voto particular

Los cinco magistrados que suscriben el voto particular –formulado por el Sr. Martínez Arrieta y al que se adhieren los Sres. Palomo del Arco, Ferrer García, Polo García y Hernández García– discrepan de los dos principales argumentos de la mayoría del Tribunal y sostienen tanto la relevancia penal del engaño como que los casos de *stealth* deben encuadrarse en los abusos (ahora agresiones) con acceso carnal. Antes de exponer sus argumentos, no obstante, los magistrados discrepantes parecen reprochar veladamente a la mayoría que haya tratado de construir algo así como una teoría general del engaño en los delitos sexuales en vez de limitarse a resolver en caso concreto. En tal sentido afirman que, «en casos como el presente en que nos pronunciamos por primera vez, sobre estas conductas, es necesario ir fijando la interpretación del precepto de forma prudente, señalando principios básicos de los que partir y, poco a poco, conforme se planteen supuestos concretos, desarrollar los principios precedentemente señalados y así analizar en la inteligencia de los tipos penales».

a) En cuanto a la primera cuestión –relevancia penal del engaño en los delitos contra la libertad sexual– los cinco magistrados señalan que la sentencia de la mayoría presenta «una clara contradicción interna, pues tras negar la virtualidad del engaño para rellenar la tipicidad de la agresión sexual, entiende que hay supuestos en los que el engaño es relevante, aquellos en los que la doctrina penalista conviene en reconocer relevancia del engaño como presupuesto típico de una falta de consentimiento». Entre estos se cita el engaño sobre la naturaleza sexual de la actividad consentida (caso del sanitario) y los supuestos en los que el sujeto activo simula ser otra persona. Según el voto, «si el principio de autonomía sexual implica el derecho a decidir el cómo, cuándo y con quién se consiente mantener una relación sexual, el error en la persona derivado del engaño, tiene toda la relevancia en la tipicidad afirmando la ausencia de consentimiento (caso de novación de intervinientes, suplantaciones); un tercer supuesto,

referido al grado de injerencia corporal, que es relevante cuando el sujeto pasivo ha consentido una determinada injerencia, y no otra, que es realizada sin consentimiento, pues el consentimiento sobre la forma de la relación es relevante, al consentir una determinada relación y no otra».

En tal sentido, puntualizan que «la definición del consentimiento contenida en el actual art. 178 CP, también aplicable a la redacción anterior, parte de la necesidad de que el consentimiento sea manifestado libremente, por lo tanto, el engaño, cuando el sujeto pasivo no manifiesta libremente su voluntad accediendo a la relación, puede rellenar la tipicidad del delito de agresión sexual. Los ejemplos que sitúan el engaño en situaciones hilarantes tienen solución, negando la subsunción en la agresión sexual, desde consideraciones sobre la relevancia penal del engaño, bien porque se vierte sobre apariencias, no realidades, bien porque la relevancia del error ha de ser examinada desde la perspectiva del bien jurídico protegido, que no es otro que la libertad de mantener una relación sexual en la forma, con quien quiera y cuando quiera, es decir, el principio de autonomía sexual». Según los firmantes del voto, corresponde distinguir entre «aquel engaño referido a la motivación del consentimiento, de aquel otro que versa sobre el hecho de la relación –el acto de contenido sexual, como precisa la norma–. En otros términos, es preciso distinguir el engaño motivacional, los motivos que llevaron a una persona a consentir una relación sexual, – respecto de los cuales el engaño no tiene relevancia penal, al jugar otros principios como el de autorresponsabilidad, de aquel engaño que se cierne sobre el hecho de la propia relación consentida–».

Concluye en este punto el voto particular que, en el fondo, «no hay desacuerdo en que existen supuestos en los que el engaño tiene relevancia penal, los anteriormente referidos, pero mientras que en la sentencia de la mayoría se niega la relevancia penal del engaño para rellenar la tipicidad en el delito de agresión, por un temor a una desmesura en la aplicación del tipo penal, admitiendo los tres supuestos referidos, en nuestra disensión afirmamos que el engaño puede rellenar la tipicidad y la restricción vendrá dada por el examen, en cada caso, de su relevancia, su causalidad con la relación y la afectación del bien jurídico, en los términos señalados. En definitiva, para la sentencia de la mayoría se parte, como postulado básico, de la irrelevancia del engaño en la conformación de la exigencia típica de la ausencia de consentimiento, para luego admitir que esa afirmación, categórica, tiene excepciones: las anteriormente referidas. En nuestra opinión, por el contrario, la argumentación parte de una afirmación básica, el engaño, si es relevante, puede viciar y anular el consentimiento, y su relevancia resulta clara y patente en los tres supuestos anteriormente referidos, la naturaleza sexual de la acción consentida, los casos de suplantaciones y los referidos al grado y forma de la injerencia consentida que se ve alterada por la acción del sujeto activo que truca lo autorizado».

b) Pasando al supuesto concreto enjuiciado, los Magistrados discrepantes señalan que «el engaño del sujeto respecto de la utilización del preservativo, simulando su llevanza conforme a lo acordado, para quitárselo, o no llegar a ponérselo, afecta a la forma de la injerencia, al grado de injerencia en la relación consentida, por lo que tiene la relevancia precisa para afirmar la tipicidad en el delito de agresión sexual. También convenimos en que el examen de la tipicidad ha de realizarse desde una dimensión pura y estrictamente sexual, sin atender a otros criterios que pueden surgir de la potencialidad lesiva a la integridad física o de potencialidad de embarazos, pues su concurrencia podría dar lugar a otras tipicidades concurrentes, en su caso, bajo las normas reguladoras de los concursos».

c) En cambio, existe discrepancia respecto de la mayoría en cuanto a la aplicación de la modalidad agravada de acceso carnal. Así, según la opinión minoritaria, «la víctima accedió a mantener relaciones sexuales penetrativas de una determinada manera que incluía el uso de condón. El recurrente al retirarlo sin su conocimiento o consentimiento lesionó gravemente la libertad sexual de aquella pues el acto de contenido sexual no se llevó a cabo de la manera que la víctima había consentido. Hubo penetración no consentida y ello conduce, indefectiblemente, a las consecuencias normativas antes precisadas. Los problemas derivados de la proporcionalidad de las penas, a los que se refiere la sentencia mayoritaria, tienen otras salidas en el propio Código penal, art. 4 CP». Dicha conclusión discrepante se basa en la idea de que es «difícilmente mantenible, como sostiene la sentencia mayoritaria, que pueda existir consentimiento válido para el acto sexual penetrativo y, al tiempo, falta de consentimiento para el contacto físico entre las membranas que implique intercambio de fluidos corporales. Esta disociación solo sería posible si se parte de que la utilización de condón es una suerte de condición accesorio del acto de contenido sexual consentido cuya vulneración es menos significativa y, por tanto, lesiona menos el bien jurídico protegido. Conclusión que, por las razones expuestas, rechazamos frontalmente. El acuerdo sobre el uso de preservativo constituye una parte esencial del consentimiento prestado para mantener un acto de contenido sexual penetrativo».

## *Stealth* y legalidad penal

Antoni Gili Pascual\*  
Universitat de les Illes Balears  
antoni.gili@uib.edu

### 1. Preliminar

Aunque el lenguaje periodístico, siempre más incisivo y vistoso, anunciara el pasado mes de mayo en los diferentes medios (pendiente aún la publicación de la sentencia) que el Tribunal Supremo habría finalmente «declarado delictivo» el *stealth*, pareciendo dar a entender con ello, por tanto, que habrían existido iguales posibilidades de que hubiese declarado lo contrario<sup>1</sup>, lo cierto es que, a la vista de los fundamentos de la resolución, la casación tenía asumida ya de partida la relevancia penal de esta conducta<sup>2</sup>, y como delito sexual<sup>3</sup>. El dilema real no estaba, en suma, en decidir si era o no delito, o si era o no agresión sexual, sino solo en precisar qué clase de agresión sexual era: la del tipo básico, actual art. 178.1 (abuso sexual del art. 181.1 en la fecha de los hechos<sup>4</sup>) o la agravada por el «acceso carnal» (violación) del vigente art. 179.1 (181.4 anterior).

Por ello, centraré especialmente este comentario en la valoración de las dos opciones indicadas (apdo. 2), que se corresponden, además, con el único punto de disensión real entre el parecer suscrito por la mayoría de la Sala y el expresado en el voto particular de la sentencia. Pues el otro punto de desacuerdo que manifiesta el voto discrepante, relativo al papel que en general cabe conferir al engaño en la tipicidad de los actuales delitos sexuales, refleja un desacuerdo más aparente que real. En efecto, aunque este punto es el que recibe una atención más extensa en el voto mencionado (y es amplia también la que le dedica la decisión mayoritaria<sup>5</sup>), aquél viene a reflejar solo, más bien, un reproche hacia la contradicción interna en la argumentación de la

---

\* Esta publicación se enmarca en el proyecto PID2021-123441NB-I00 (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

<sup>1</sup> El enfoque periodístico indicado venía ciertamente auspiciado por el propio titular elegido por la nota de prensa de la Oficina de Comunicación del Poder Judicial: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-declara-delictivo-el--stealth>- (29 de mayo de 2024).

<sup>2</sup> Pese a sus disquisiciones sobre la relevancia típica del engaño en el ámbito de los delitos sexuales: aunque se afirma con carácter general su irrelevancia como medio de comisión, se mantiene después la tipicidad del *stealth* porque la conducta –FJ 8– «desborda lo que se aceptó» (no se olvide, por engaño).

<sup>3</sup> Sin considerar en *obiter dicta* cualquier otra posible calificación, como la de delito contra la integridad moral.

<sup>4</sup> Figura que acabó aplicando la STS 603/2024 (al no ser en el caso más favorable la actual), en sustitución de la agravada (181.4 ACP) por la que venía condenado el recurrente.

<sup>5</sup> FFJJ 4 a 8.

opinión mayoritaria (no hacia la opción acogida por ésta –relevancia del *stealththing*–) a la vez que, y sobre todo, un reproche a la posible precipitación del parecer mayoritariamente sostenido, por haber éste entrado a teorizar en exceso sobre el engaño en general (y, en consecuencia, sobre la dimensión del conocimiento en el consentimiento sexual), abrazando ya con ello determinadas opiniones que acaso –cabría añadir– podrían hipotecar en demasía decisiones futuras. Ello cuando –sostiene el voto particular– «la jurisprudencia debe estar caracterizada por la prudencia», de modo que «en casos como el presente en los que nos pronunciamos por primera vez sobre estas conductas, es necesario ir fijando la interpretación del precepto de forma prudente, señalando los principios básicos de los que partir y, poco a poco, conforme se planteen supuestos concretos, desarrollar los principios precedentemente señalados y así avanzar en la inteligencia de los tipos penales».

En realidad, como se decía, aunque formalmente la mayoría de la Sala niega con carácter general la aptitud del engaño como medio de comisión típica (con argumentos sistemáticos, históricos y relativos a la propia génesis parlamentaria<sup>6</sup> –especialmente, FJ 4–)<sup>7</sup>, con ello resulta referirse solo al engaño en los motivos que propician el contacto sexual (al engaño *motivacional*, en la terminología de CASTELLVÍ MONSERRAT), aceptando en la práctica la relevancia típica de los que afectan a la propia significación sexual de la conducta (a la naturaleza del acto, la identidad nominal de la pareja sexual y el grado de injerencia corporal, en la interesante propuesta de COCA VILA). Coincide así en esto, materialmente, con la posición expresada por el voto particular, aunque éste le reproche por ello «una clara contradicción interna» en su razonamiento. Ambas posturas, en suma, no hacen sino hacerse eco de una distinción ya existente en la doctrina tanto española como comparada y que, a fin de cuentas, discrimina entre engaños relevantes (entre los que se contaría el *stealththing*) y otros que no lo son.

En cualquier caso, pese a la menor atención que por las razones expresadas se dedicará al déficit de conocimiento provocado por engaño en el marco de la teoría del consentimiento sexual, debe subrayarse que es precisamente la compleción y consolidación de esta dimensión (hay más<sup>8</sup>) de la teoría de dicho consentimiento el trasfondo necesario para abordar adecuadamente no solo los supuestos de *stealththing* –que por razones muy específicas han irrumpido con fuerza en el panorama jurídico no solo español sino internacional desde 2017<sup>9</sup>–, sino otros supuestos materialmente próximos y hasta equivalentes (como la eyaculación inconsciente en el marco de una penetración autorizada).

Este flanco de la cuestión, de todos modos, no quedará en absoluto desatendido, sino todo lo contrario, en este comentario a varias manos. Pues en él participan también, precisamente, los

---

<sup>6</sup> Estos argumentos pueden verse ampliamente contestados en este mismo número de la *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* por VALVERDE-CANO, «Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

<sup>7</sup> Los auténticos argumentos para negar (o, en su caso, sostener) la relevancia del engaño residirían, en realidad, en la eventual apreciación de una distinta antijuridicidad material y en consideraciones político criminales (véase COCA VILA, «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, pp. 437 ss., citando a PUNDIK).

<sup>8</sup> Pues existen otras situaciones de *consentimiento imperfecto*: véase, RAGUÉS I VALLÈS, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022», en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, 2023*, pp. 95 ss., 100 ss.

<sup>9</sup> Sobre tales razones puede verse GILI PASCUAL, «*Stealththing*. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de Política Criminal*, (135), 2021, pp. 95 ss.

autores que en la doctrina española se han ocupado con mayor atención de la relevancia típica del engaño sexual en los últimos años, y que con seguridad darán buena cuenta de este aspecto de la sentencia comentada. Quede en todo caso apuntado que se prescinde de la profundización en el engaño como vicio del consentimiento sexual por entender que éste no constituye una vía alternativa para decidir sobre la concreta calificación del *stealth* conforme al derecho positivo, sino (amén de un paso necesario para un adecuado enfoque global de futuro) solo un *prius* para determinar de presente la relevancia penal (o no) del comportamiento<sup>10</sup>. Pero tal análisis deja la cuestión, por así decir, a las puertas de esa decisión sobre la calificación exacta, que deberá resolverse con otro tipo de argumentos (a mi juicio, de estricta legalidad). Por aquella vía, en otros términos, se nos dirá que, efectivamente, el *stealth* debe situarse en la estantería de los delitos sexuales (por afectar al bien jurídico o, si se prefiere, a las pretensiones de veracidad de las normas que tutelan la libertad sexual<sup>11</sup>); pero no se nos indicará el estante (básico o agravado) en el que debe colocarse.

## 2. Una sentencia esperada, que se aparta de la tendencia judicial y doctrinal mayoritarias. ¿Agresión sexual (art. 178.1 CP) o violación (art. 179.1 CP)? Argumentos y valoración

### 2.1. En el ámbito judicial

1. En España, tras la irrupción del *stealth* como fenómeno con un *nomen* específico en el panorama jurídico internacional<sup>12</sup>, solo la primera sentencia que se pronunció sobre él condenó

---

<sup>10</sup> Por ello, no pueden compartirse determinadas aseveraciones genéricas de la sentencia comentada, como la que asegura que «las elucubraciones sobre la validez de un consentimiento viciado por el engaño resultan superfluas a los fines de abordar la relevancia penal de estos casos» (FJ 6). El supuesto «camino alternativo» que, una vez «taponada la vía del engaño» (*ibidem*) emprende la sentencia comentada, centrándose en determinar *qué* se ha consentido realmente, no es más que otra faceta del engaño, reverso del consentimiento (fraude en el hecho, en lugar de fraude en la inducción o en los motivos).

Tampoco es compartible, en fin, la rotunda afirmación de que «no hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables» (FJ 5). Ciertamente, la convicción de que la referencia legal expresa al consentimiento sexual no cambiaba nada respecto de la situación anterior ha sido común (véase, sin ir más lejos, el propio ponente de la STS 603/2024: DEL MORAL GARCÍA, «Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales», en AGUSTINA SANLEHÍ [coord.], *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 110); tal sensación deriva del hecho de que tampoco antes existían comportamientos in consentidos que, siendo lesivos para la libertad sexual, resultaran atípicos. Pero uno de los efectos positivos de la reforma ha sido, precisamente, la activación del debate sobre aspectos necesarios del consentimiento sexual, como este del engaño (en lo que el *stealth* ha sido solo un detonante), y que por razones históricas (destacadamente, la vinculación de la cuestión con un trasnochado estupro fraudulento) no se había actualizado. Las propuestas doctrinales que en poco tiempo han surgido en este campo sí parecen ofrecer, pues, fórmulas satisfactorias para seleccionar los engaños relevantes, en contra de lo categóricamente afirmado en la sentencia objeto de este comentario.

<sup>11</sup> En relación con un bien disponible como la libertad sexual, la profundización en los confines del consentimiento (y en uno de sus reversos, el engaño) no es otra cosa que la profundización en la propia comprensión del bien jurídico, en sus aspectos realmente dignos, merecedores y necesitados de protección. Comparto, no obstante, que el enfoque desde las pretensiones de veracidad de la norma puede resultar más eficiente que operar con una más imprecisa referencia al bien jurídico a la hora de discriminar lo penalmente relevante (COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 445).

<sup>12</sup> Con anterioridad había existido alguna otra decisión enfrentada a esta misma problemática, pero la relevancia penal de la conducta como delito sexual simplemente pasó desapercibida o fue directamente despreciada. Paradigmática en este sentido resulta la SAP-Madrid, Sección 7ª, de 29 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:APM:2009:17885), que expresamente consideró (FJ 2) que «no pod[ía] decirse que en este caso el acusado



–y por conformidad de las partes<sup>13</sup>– por el tipo básico, del entonces art. 181.1 CP. Todas las demás resoluciones –sentencias o autos– posteriores a la mencionada habían manejado, asumido o aplicado invariablemente la calificación agravada del art. 181.4<sup>14</sup>. Hasta la aquí comentada del TS, que ha cambiado de criterio.

2. No obstante, ninguna de tales resoluciones (que reproducen entre sí el mismo argumentario) ha aportado en realidad motivos específicos que sustenten el salto a la calificación agravada que sostienen (hoy violación). Sino que, consciente o inconscientemente, tal calificación se ha venido a fiar, simplemente, a los mismos razonamientos con los que fundamentan la propia relevancia general del *stealth* en el ámbito penal sexual. De hecho, son los mismos manejados también por la STS 603/2024, que opta precisamente por la subsunción opuesta, en el tipo básico, lo que es indicativo de la exactitud de esta observación. Tales argumentos se concretan en tres: uno que podríamos llamar nuclear, y otros dos de apoyo o de refuerzo. Todos ellos son ciertos, solo que ninguno justifica, en mi opinión, la opción agravada que pretenden. Expuestos resumidamente:

El argumento nuclear destaca que la penetración con preservativo es un acto distinto de la penetración sin preservativo; un *aliud*, como recoge la jurisprudencia menor y ahora también la STS 603/2024 (FJ 8). Ello es evidentemente así, tanto desde el punto de vista del contacto físico que implica (aspecto en el que han insistido y basado especialmente su posición, entre nosotros, CASTELLVÍ MONSERRAT y MÍNGUEZ ROSIQUE, en cuyas apreciaciones se apoyan en buena medida varias de las sentencias recaídas<sup>15</sup>, incluida la del TS ahora comentada), como desde el punto de vista del desvalor que entraña el comportamiento. No creo necesario extenderme en este punto, sobre el que, por lo demás, existe una amplia coincidencia tanto judicial como doctrinal, igual que la hay sobre el hecho de que, a la hora de calibrar la lesividad del *stealth*, debe hacerse abstracción del peligro que la no utilización del preservativo pueda entrañar tanto para la integridad física (que, en su caso, debería apreciarse en concurso) como para la libertad

---

penetrara a la víctima sin su consentimiento y que [fuese] por ello autor de un delito de abuso sexual y ello aun cuando supiera que la víctima quería que utilizara preservativo y él no se lo hubiera puesto». En este contexto, previo a la eclosión del *stealth* como fenómeno con un *nomen* específico y potenciado por determinados colectivos sociales, es dudoso que el caso, si no hubiese ido acompañado de otro episodio de posible (entonces) abuso sexual –que no se consideró acreditado– hubiese superado siquiera la fase de instrucción, o incluso que se hubiese interpuesto denuncia por tales hechos. El Fiscal no acusó, y solicitó la libre absolución.

<sup>13</sup> Razón por la que, pese a ser pionera, no necesitó de una motivación pormenorizada de la calificación aplicada (181.1 ACP), que tampoco pudo ofrecernos (de nuevo, al mediar conformidad) un pronunciamiento en segunda instancia.

<sup>14</sup> SAP-Barcelona, Sección 3ª, de 14 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:10218), (aunque absolutoria por falta de prueba); SAP-Sevilla, Sección 4ª, de 29 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APSE:2020:1459), confirmada en apelación por la STSJ-Andalucía, Penal, de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396), y de la que trae causa la STS 603/2024, ahora comentada; SAP-Madrid, Sección 15ª, de 12 de enero de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:1), en breve tiempo confirmada en apelación por la STSJ-Madrid, de 7 de mayo de 2024 (ECLI:ES:TSJM:2024:5495). La misma calificación ha venido siendo la asumida por los diferentes autos de apelación dictados en fase de instrucción por diversas Audiencias Provinciales que, aunque han evitado lógicamente pronunciarse de manera directa, han confirmado, por ejemplo, la prosecución de la tramitación por sumario ordinario por mor de la pena prevista en el art. 181.4 ACP, de hasta diez años de prisión (p. ej., AAP Almería, Sección 3ª, de 13 de abril de 2022 [ECLI:ES:APAL:2022:553A]).

<sup>15</sup> Cita incluso expresamente su trabajo, por ejemplo, la SAP-Madrid, Sección 15ª, de 12 de enero de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:1) (FJ 4).

reproductiva<sup>16</sup> (que en este caso no tiene previsión penal específica<sup>17</sup> –*vid.* actualmente en este terreno, solo, el art. 161 CP–)<sup>18</sup>.

Como inmediato complemento y refuerzo de lo anterior, y en prueba de la necesidad de contar, siendo comportamientos distintos, con un consentimiento específico, se recurre invariablemente en la jurisprudencia a comparar la situación con la diferencia que existe, por ejemplo, entre una penetración vaginal y otra anal (situando así, subrepticamente, la cuestión al mismo nivel del tipo cualificado). Indica, por ejemplo, la reciente SAP Madrid 27/2024, de 12 de enero, reproduciendo lo ya argumentado por la SAP Sevilla 375/2020, de 29 de octubre (de la que a la postre trae causa la STS 603/2024), que «Es una constante de nuestra Jurisprudencia que el consentimiento otorgado para una determinada actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro u otros actores a distintas prácticas o relaciones, que dejarían de ser consentidas (...)» de modo que «así como, por ejemplo, parece obvio que el consentimiento para la penetración vaginal no permite presumir consentida también la penetración anal (o que el consentimiento prestado para mantener contacto sexual con una persona de un grupo no es extensivo a otros presentes), estimamos que el prestado para el acceso carnal con una muy específica condición cual es el uso de preservativo, no permite presumir que, retirando tal medio la penetración sigue, no obstante, siendo consentida» (FJ 4).

En tercer y último lugar, y en línea con lo anterior, se suele apuntalar el argumento nuclear indicando que la diferencia entre la relación con y sin preservativo es de carácter *esencial* o sustancial, no pudiendo considerarse simplemente *accesoria*. Así lo recoge la STS 603/2024 (FJ 8)<sup>19</sup>, o las sentencias de las Audiencias antes mencionadas, que categóricamente afirman, aunque sin acompañar mayor justificación, que «no cabe entender que [la víctima] consintió en todo caso la penetración y que el acusado modificó tan sólo una condición accesoria de ésta».

---

<sup>16</sup> La STS 603/2024 recoge también esta idea en su FJ 8, señalando que son «factores ligados con lo sexual pero ajenos a las tipicidades examinadas».

<sup>17</sup> Apunta a su tratamiento como tentativa de lesiones COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 456.

<sup>18</sup> De todos modos, en esta cuestión de los riesgos indicados entiendo que caben algunos matices en la medida en que la idoneidad para causar angustia y sufrimiento psicológico en la víctima debidos a ellos debe ser considerada para calibrar la gravedad de la conducta y, consiguientemente, la extensión de la pena. A menos que quiera convertirse el *stealth* en un simple delito formal (o asumir una acrítica protección homogeneizante de la autonomía sexual), valorativamente hablando no es lo mismo la retirada del preservativo en el marco de una relación en la que la víctima puede ostentar absoluta tranquilidad sobre tales riesgos, que la agresión producida siguiendo las más abyectas instrucciones de la *manosfera*, capaces de sumir en una profunda incertidumbre y sufrimiento psicológico a la víctima. A la postre, son precisamente estos riesgos los que singularizan el *sentido* de esta conducta frente a otras posibles variaciones en lo acordado. En este sentido, coincido con VALVERDE-CANO en que el referente de la integridad física podría estar siendo descartado de la ecuación con demasiada rapidez (VALVERDE-CANO, «*Stealth* y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para decidir sobre su castigo», *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 5). Pues, a la postre, si en los casos de *stealth* «tendemos a considerar que el engaño es relevante, se debe a que se ven afectados ámbitos relacionados con lo sanitario o la salud», donde el estándar del consentimiento es distinto.

<sup>19</sup> Que añade en su explicación que sería, en cambio, no esencial, «por llegar a un ejemplo absurdo (...) pensar que el uso de unos guantes de látex sin conocimiento de la pareja determina la ausencia de consentimiento. Eso no supone una *mutación esencial* del contenido sexual del acto, aunque el contacto corporal no coincida (...)». Las SSAP de Sevilla y de Madrid citadas indican en este sentido que el preservativo se habría «pactado como *condición esencial* del consentimiento» (FJ 3, Sevilla), y que «no cabe entender que [la víctima] consintió en todo caso la penetración y que el acusado modificó tan solo una *condición accesoria* de ésta» (FJ 3 Sevilla; FJ 4, Madrid) (sin cursivas en el original).

3. Pues bien: todo ello, como avanzaba, es cierto. Y nadie lo niega. Justifica, de hecho, que la retirada del preservativo sin consentimiento tenga relevancia penal, pues es un acto con significación sexual y no consentido<sup>20</sup>. Pero mi observación, que de ser igualmente cierta se convierte en una importante objeción, es la siguiente: tal distinción, que equipara la distancia entre el sexo con y sin preservativo con la que media entre una penetración vaginal y otra anal, ¿la hace la Ley? ¿O se limita, en cambio, a mencionar el «acceso carnal», sin adjetivos sobre la forma del contacto físico (lubricado o no, protegido o no, etc.), diferenciando solo en virtud de la vía de acceso (o de si éste lo es con miembros corporales u objetos)? Por otra parte, ¿distingue la Ley entre modificaciones *esenciales* y *accesorias* del mismo acceso carnal? Porque parece oportuno recordar que el principio de legalidad prohíbe distinguir, contra reo, donde la Ley no distingue. Al igual que prohíbe que cualquier conducta, por execrable que sea (y el *stealth* lo es) pueda ser castigada sin ley previa y cierta que lo establezca, o serlo en forma distinta de la prevista en ella. Al respecto, la Ley vigente –que a pesar de las últimas reformas en ningún momento ha considerado específicamente el *stealth* (como tampoco el engaño sexual en general, salvo para aplicar los patrones ya doctrinalmente asentados que llevaron a suprimir el art. 182 CP)–, trata de forma homogénea, en un mismo cajón de sastre, todos los actos que tengan una *significación sexual general* («actos que atenten contra la libertad sexual», dice el art. 178), desgajando en el art. 179 solo cinco actuaciones como actos *con significación sexual específica*, de modo que, en el aspecto aquí relevante, la estructura sigue siendo la tributaria del esquema de 1989.

Así las cosas, para reforzar la enjundia del comportamiento y su ya aludido carácter execrable podrá acudir a proposiciones grandilocuentes, como la rescatada por la jurisprudencia menor<sup>21</sup> de la que ella misma califica como «paradigmática» STS 1667/2002, de 16 de octubre, y exponer así otra obviedad como es el hecho de que «a pesar de que haya existido un acuerdo previo para mantener relaciones sexuales, es indudable que la víctima mantiene el derecho a poner límites a sus prestaciones (o a negarlas, en atención al comportamiento de la otra parte) dado que –resulta redundante decirlo– en el acuerdo no enajena su condición de persona y, por ello, el autor no puede tratarla como un objeto». ¡Quién puede oponerse a semejante afirmación! Pero –y al margen de que la cita sea desacertada en cuanto a los hechos que la motivan<sup>22</sup>–, no cambia un ápice lo afirmado desde el punto de vista de la legalidad penal.

Así pues, no hay nada que objetar a que se le abra la puerta a un nuevo anglicismo (*stealth*) con el que seguir amueblando la Parte Especial, pero siempre que para ello no deban salir por la ventana latinismos jurídicos básicos (*lex praevia*, *lex certa*). Fundamentalmente por ello defendí en un trabajo previo<sup>23</sup> que, una vez aceptada la relevancia de la conducta en el ámbito de los delitos sexuales<sup>24</sup>, la calificación procedente *de lege lata* era la del 181.1 ACP (agresión sexual del

---

<sup>20</sup> Aunque caben, a mi juicio, consideraciones sobre su posible mejor acomodo en el ámbito de los delitos contra la integridad moral.

<sup>21</sup> SAP-Sevilla, Sección 4ª, de 29 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APSE:2020:1459), FJ 3; SAP-Madrid, Sección 15ª, de 12 de enero de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:1), FJ 4.

<sup>22</sup> Pues eran claramente constitutivos de una violación de la anterior redacción, por el uso de violencia: los autores acordaron una relación sexual con las víctimas, negándose éstas posteriormente a mantenerla al no recibir anticipadamente el pago, siendo entonces obligadas a ello con violencia.

<sup>23</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 124 ss.

<sup>24</sup> Igual que nota 20.

art. 178), si bien considerando que la solución ideal pasaría en todo caso por unas pocas líneas de atención específica por parte del legislador, *de lege ferenda*.

Otra interpretación puede verse en el comentario a la STS 603/2024 de CASTELLVÍ MONSERRAT<sup>25</sup>. El autor entiende, en sentido diametralmente opuesto al que sostengo en el texto, que la opción que conculcaría la legalidad sería justamente la aplicación del art. 178, en lugar del 179. A su juicio, la sentencia estaría «reescribiendo» el art. 179.1 CP al añadirle que el acceso carnal debe ser *sin consentimiento*, por lo que, entiende, «la posición de la sentencia debe[ría] rechazarse por ser contraria al principio de legalidad». No comparto esta apreciación. A mi juicio, resulta obvio que para estar en el ámbito del art. 179 se requiere un acceso carnal sin consentimiento (en eso consiste la agresión sexual específica que se tipifica en él). En el caso del *stealth* ocurre, sencillamente, que la agresión sexual no consiste, en términos jurídicos, en el acceso carnal, aunque tenga lugar en su contexto (como lo pueden tener otras circunstancias).

4. El voto particular de la STS 603/2024 que, como se dijo, se suma al posicionamiento judicial hasta ahora mayoritario, adscrito a la modalidad agravada, tampoco contiene nuevos ni mejores argumentos para sostenerla<sup>26</sup>. Se limita a señalar apodícticamente que «hubo penetración no consentida y ello conduce, indefectiblemente, a las consecuencias normativas antes precisadas» (esto es, al 181.4 ACP). Con ello, se presenta como conclusión de una supuesta argumentación lo que es solo la hipótesis de partida que habría que fundamentar, en especial tratándose de una interpretación perjudicial para el reo. Entiendo, pues, que en relación con este punto de la resolución no pueden más que hacerse extensivas las reflexiones críticas arriba expresadas con carácter general (legalidad) respecto de esta habitual calificación jurídica en el ámbito judicial. Acaso añadir, ahora en favor del voto discordante, que sí le asiste la razón, resultando en esto comprensible su desazón, al señalar que la sentencia de la mayoría tampoco aporta, en propiedad, argumentos técnicos para excluir la subsunción típica en el antiguo art. 181.4, sino que se concentra para descartar su aplicación en consideraciones más atentas a la proporcionalidad de la pena (que en tal caso encontrarían su cauce más adecuado a través del art. 4 CP). No obstante, hay que recalcar que la falta de argumentación de los primeros en el aspecto señalado no valida sin más la opción de los segundos, sin que se justifique, a mi juicio, la breve atención que el voto particular presta a esta (sin embargo trascendental) cuestión de la sentencia comentada.

---

<sup>25</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, «Engaño, consentimiento y acceso carnal», *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

<sup>26</sup> Sino que insiste en los ya indicados; en particular, en la negación del carácter *accesorio* de la condición consistente en la utilización del preservativo.

## 2.2. En el ámbito doctrinal

1. También en la literatura jurídica española la calificación del *stealthing* como abuso sexual agravado (181.4 ACP), hoy violación (art. 179), debe considerarse mayoritaria<sup>27</sup>, habiendo sido ya la sostenida en la primera aportación aparecida en la materia<sup>28</sup>.

2. Parte de las contribuciones que han defendido esta calificación agravada lo han hecho considerándola una consecuencia automática de la existencia de acceso carnal, sin necesidad de mayor argumentación<sup>29</sup>. Sin embargo, esta forma de leer el Código Penal a modo de *check-list* de los artículos concernidos en función solo de los términos que en ellos aparecen (y, dicho sea de paso, con indiferencia práctica respecto de las penas resultantes –por más que formalmente puedan lamentarse por excesivas–), no es la única posible. Y, afortunadamente, el Tribunal Supremo ha demostrado de forma constante –no solo ahora– que no es ajeno a esta cuestión. Que exista un muerto no significa que haya que calificar por homicidio. Que exista, por ejemplo, una estafa, y que los hechos objeto de análisis impliquen bienes de primera necesidad como los medicamentos, no significa que el precepto aplicable deba ser irremisiblemente el agravado del 250.1.1º CP (en lugar del 248), como tuvo ocasión de argumentar el Alto Tribunal en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006. Del mismo modo, *mutatis mutandis*, que exista una agresión sexual y que los hechos objeto de análisis incluyan un «acceso carnal» no significa *indefectiblemente*<sup>30</sup> que el precepto aplicable deba ser el art. 179 CP. La agresión sexual puede que no haya consistido, en términos jurídicos, en el acceso carnal. Pues, a fin de cuentas, para poder calificar como antijurídica cualquier conducta es preciso que reúna los caracteres ónticos descritos en el precepto que le va a resultar aplicado, pero que realice también, a la vez, el injusto tipificado en él, sin conformarse con una antijuridicidad formal. A estas ideas viene a hacer referencia la sentencia de la mayoría cuando, en su FJ 9, señala que «se antoja una visión extremadamente superficial, que no penetra en la realidad última de la conducta, concluir que, como ha existido acceso carnal, hay que estar a lo dispuesto en el art. 181.4 CP».

<sup>27</sup> COCA VILA, «El stealthing como delito de violación: Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *InDret*, (4), 2022, pp. 306 ss.; COCA VILA, «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, p. 457, en relación con 459; CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el stealthing», *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13; CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, p. 206; se adhiere a la posición de este último autor RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ, (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 169 ss., si bien debe significarse que se pronuncia claramente solo a favor del carácter de agresión sexual del *stealthing*, pero no precisa si se trataría del delito del art. 178 o del 179 CP (sostenido este último por CASTELLVÍ MONSERRAT), al no ser tampoco el objeto directo de su aportación; MARTÍNEZ DE ABREU, «Una aproximación a la relevancia penal del stealthing en el ordenamiento español», *Revista Penal México*, (22-1), 2023, p. 132; GUTIÉRREZ MAYO, «Comentario de la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 de Salamanca de 15 de abril de 2019, que condena por abuso sexual del artículo 181.1 del Código Penal un caso del denominado stealthing», *Boletín Digital Penal*, (33), 2019, p. 12; LA MISMA, «Análisis del denominado stealthing (retirada del preservativo sin consentimiento durante las relaciones sexuales) como ataque contra la libertad sexual» en ORTEGA BURGOS/OCHOA MARCO, *Derecho Penal*, 2021, p. 355. La autora ha insistido en esta calificación también tras la STS 603/2024, en <https://elderecho.com/el-delito-de-stealthing-en-el-analisis-de-la-seccion-jurisprudenciatuitatuit>.

<sup>28</sup> Debida a la Fiscal E. GUTIÉRREZ MAYO, *Boletín Digital Penal*, (33), 2019, p. 12.

<sup>29</sup> GUTIÉRREZ MAYO, *Boletín Digital Penal*, (33), 2019, p. 12; LA MISMA, *Derecho Penal*, 2021, p. 355; MARTÍNEZ DE ABREU, *Revista Penal México*, (22-1), 2023, p. 132.

<sup>30</sup> Usando el término elegido por el voto particular.

3. Conscientes de la necesidad de ese plus de argumentación, otros defensores de la calificación agravada sí han intentado aportarla por caminos distintos, a la postre confluyentes. Es el caso de CASTELLVÍ MONSERRAT, cuya tesis viene caracterizada, en general, por una especial atención al aspecto físico como criterio dirimente de la calificación jurídica, situando la clase de contacto corporal como fiel de la balanza. Con estas premisas, en el caso del *stealth* observa que existe un déficit en el consentimiento a la vez que un único acto sexual (una sola penetración) donde proyectarlo, con lo que se desemboca en la tesis simplificada, calificando como violación. En palabras del autor «el “no uso del preservativo” delimita el contacto corporal que implica el (único) acto sexual que sufre la víctima en el *stealth*: la penetración vaginal (sin preservativo). Y, obviamente, dicho acto sexual realizado “sin su consentimiento” (art. 178.1 CP) consiste en un “acceso carnal” (art. 179.1 CP). Es decir, que dicha agresión sexual constituye una violación»<sup>31</sup>.

En cambio, y paradójicamente aunque en consonancia con lo anterior, la no existencia de un único acontecimiento físico —que es, como decía, lo que determina la calificación en este planteamiento— lleva al autor a sostener un tratamiento bien distinto en supuestos valorativamente análogos, como la eyaculación no consentida en el marco de una penetración autorizada. Aquí sí se estiman diferenciables dos actos sexuales distintos, por tener una base física —léase espacio-temporal— separada (la eyaculación y la penetración que la precede), por lo que a su juicio sí podría efectuarse la «disociación del objeto del consentimiento»<sup>32</sup>, dejando impune la penetración (consentida) y tratando solo la eyaculación (no consentida) a través del 178. Las consecuencias son notables. Pues, como reconoce el autor, mientras que estos comportamientos (tratados por la vía del 178) podrían tener acceso a la cláusula atenuatoria del art. 178.3 CP y castigarse con pena de multa, tal opción quedaría vetada para el *stealth*, que partiría irremisiblemente de una pena de prisión de cuatro años. Pero esta sería cuestión que, atrapados en la tiranía del mundo físico, correspondería solo a decisiones *de lege ferenda* solucionar.

A mi juicio, este apego a la realidad física, que relega a un segundo plano (o simplemente desecha) las consideraciones axiológicas necesarias para la valoración jurídica (cuando no se trata de explicar la realidad, sino justamente de valorarla), deja al intérprete sin argumentos externos al propio contacto sexual para poder proceder a su adecuada evaluación, de modo que el planteamiento lleva a equiparar comportamientos que son valorativamente distintos (como el *stealth* inverso<sup>33</sup>) a la vez que encuentra dificultades para explicar por qué no son violaciones otros contactos corporales diferentes. Tal situación, de hecho, ha llevado a esta postura a introducir precisiones por otras vías que —y esto es lo realmente importante— no aportan mayor seguridad jurídica.

Por ejemplo: usar el contacto físico como criterio dirimente llevó a esta posición a apelar a la escasa incidencia (física) de determinadas características del contacto sexual (grosor del preservativo,

<sup>31</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 206; EL MISMO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4: consiéndolo la agresión sexual del *stealth* en un acceso carnal, «ello debería bastar para apreciar un delito de violación».

<sup>32</sup> A la que me he referido en el trabajo previo citado: GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 115, 121.

<sup>33</sup> Que también sería constitutivo de violación en este planteamiento: CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 7. Esta opinión resulta expresamente compartida por la STS 603/2024 (FJ 7), pese a no ser el posicionamiento sobre esta cuestión estrictamente necesario para la resolución del asunto planteado (contribuyendo así a uno de los reproches que le formula el voto particular). En contra, acertadamente en mi opinión, se han pronunciado COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, pp. 305 ss.; EL MISMO, *InDret*, (3), 2023, pp. 458 ss., por constituir un *minus* en términos de afectación a la libertad sexual; también, VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 6.

ocultación de la menstruación<sup>34</sup> —podrían imaginarse otras— para poder estimar tales contactos (que son físicamente distintos) como, sin embargo, irrelevantes. Precisamente en ese grupo de supuestos (irrelevancia por incidir «poco en la delimitación física del contacto sexual») se incluía también, en una primera aportación<sup>35</sup>, la antes aludida eyaculación inconsentida en el marco de una penetración autorizada, lo que da idea de la posible inseguridad del criterio.

4. En sus trabajos sobre la materia, también COCA VILA ha defendido la calificación agravada como consecuencia lógica inevitable, aislándola de las repercusiones punitivas que comporta (aunque expresando su incomodidad con ellas). «Si a fin de denegar la tipicidad ex art. 179 CP asumiéramos que el acceso carnal como tal fue consentido —se pregunta—, ¿dónde reside el injusto del hecho consistente en una única penetración por quien finge estar utilizando preservativo? Es decir, ¿cuál es el hecho de naturaleza sexual que no ha sido consentido por la víctima y que atenta contra la libertad sexual?»<sup>36</sup>.

En relación con ello, tal vez quepan algunas reflexiones, entendiendo que ciertos espejismos del lenguaje pueden estar actuando aquí como factores de distorsión. Uno: naturalmente, desde el uso común del lenguaje diremos, con COCA VILA (y en esto con otros autores y resoluciones judiciales), que «dado que la víctima no consiente un acceso carnal sin preservativo, la penetración no puede entenderse como consentida»<sup>37</sup>. Pero esta misma afirmación puede efectuarse rellenándola con diferentes *engaños sexuales periféricos* (por emplear la acertada terminología del propio autor<sup>38</sup>) o *motivacionales*. En este concreto sentido, se trata, en mi opinión, de una afirmación hueca, pendiente de contenido. A ello podrán aferrarse precisamente, por ejemplo, las tesis subjetivistas para afirmar que también otros contactos —aunque sean propios de una visión solipsista de la libertad sexual, carente de correctores normativos— son inconsentidos y, por tanto, también constitutivos de agresión<sup>39</sup>. Y es que el poder seductor de la lógica reside en la aparente asepsia de sus conclusiones, pero su validez depende del contenido de sus premisas. Y desde el punto de vista de la lógica proposicional la afirmación resulta meramente tautológica (dado que la víctima no consiente el acceso carnal, el acceso carnal no es consentido). Reclama pues, con urgencia, un contenido normativo y axiológico, que bien puede ser justamente el que de forma solvente nos aporta la teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual propuesta por el propio COCA VILA, que identifica correctamente, a partir del principio de autorresponsabilidad, las pretensiones de veracidad de la víctima que deben entenderse garantizadas por el delito de agresión sexual<sup>40</sup>. Pasado ello por el tamiz (éste sí inexorable) de la legalidad (que en relación con el grado de injerencia corporal diferencia solo entre contactos consistentes y no consistentes en un acceso carnal, pero sin hacer nuevas distinciones dentro los primeros), la víctima accede en los términos legales al acto en el que participa, lo que debe ser forzosamente descontado de la factura de la desvaloración del hecho. El segundo factor de distorsión radica en la existencia de una «única penetración»; un único sustantivo. Pero el hecho de que la vida del adjetivo (*desprotegida*) no se conciba sin un sustantivo del que predicarse, no debe inducir tampoco a confusión desde el momento en que la

<sup>34</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 6.

<sup>35</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 6.

<sup>36</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 307.

<sup>37</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 307.

<sup>38</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 458-459.

<sup>39</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, p. 123.

<sup>40</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, pp. 303 ss.; EL MISMO, *InDret*, (3), 2023, pp. 452 ss.

acción no es el *sustrato* físico o conductual, sino el *sentido* que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos.

5. *Réplica a: COCA VILA, «Stealthing: ¿violación o agresión sexual?», InDret, (4), 2024.*

En su comentario a la STS 603/2024, en este mismo número de la *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, COCA VILA aporta, adhiriéndose expresamente a razones expuestas por CASTELLVÍ MONSERRAT, nuevas consideraciones para reforzar la tesis del 179 que ha venido defendiendo. Ello ha de permitir, en este dinámico formato de comentario propuesto por el Profesor RAGUÉS I VALLÈS, entablar un breve diálogo con el autor a los meros efectos dialécticos y con la única pretensión de intentar explicar mejor la postura, distinta, que sin embargo creo más adecuada (art. 178).

En esencia, las objeciones planteadas en el indicado comentario a la tesis del 178 son dos. La primera, sin duda la central y más importante, la relaciona el autor con el principio de legalidad. La segunda se refiere a posibles efectos expansivos perniciosos que podría tener la tesis del 178 sostenida en los términos que comparto.

A estas dos reflexiones se añade una tercera relativa a las posibles vías para paliar las elevadas consecuencias punitivas que resultan de la aplicación del art. 179<sup>41</sup>. Estas observaciones podrían oponerse (lo hace, de hecho, el Voto Particular) a la línea argumental seguida por la sentencia comentada para llegar a la solución del art. 178, en tanto que descansa en argumentos de proporcionalidad, y no de tipicidad (subsunción)<sup>42</sup>, en proceder que también he cuestionado *supra* (2.1). Pero no constituyen en propiedad una crítica a la solución del 178 sostenida desde la línea argumental que defiendo, por lo que, en interés de la brevedad, no me detendré en ellas<sup>45</sup>.

Vayamos, pues, a las objeciones planteadas. Empezando por la segunda, más sencilla: se indica, siguiendo lo observado también por CASTELLVÍ MONSERRAT, que esta tesis (178) «debería conducir a dejar de castigar como violaciones un número no despreciable de supuestos que, tradicionalmente, se han considerado violaciones» como, por ejemplo, «los casos de facultativos que simulan exploraciones consistentes en un acceso carnal previamente consentidas por el paciente engañado». Este temor es del todo infundado. Pues en casos como el indicado se desconoce la naturaleza sexual del acto (agravado) en el que se participa, lo que no ocurre, hasta donde exige la Ley, en el *stealthing*. En palabras de VALVERDE-CANO: en el caso de tocamientos

<sup>41</sup> Oportunamente recordadas por la sentencia objeto de análisis (FJ 9), que subraya como, por ejemplo, ciertas combinaciones legales (pareja y reiteración) llevarían *ex lege* a una pena mínima de once años y seis meses.

<sup>42</sup> A esto entiendo que se refiere el reproche del voto discordante cuando manifiesta que «el razonamiento expresado en la sentencia de la mayoría no es puramente de subsunción» (sino, añadido, de falta de proporcionalidad). Otra lectura de esta afirmación en CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4, últ. párr.

<sup>43</sup> Quede rápidamente dicho, en todo caso, que ni la aplicación del art. 179 me parecería inconstitucional, –al igual que parece improbable que un eventual precepto que específicamente impusiera para este caso penas elevadas fuese declarado tal por el TC, que en general se ha mostrado *deferente* con las cuestiones de proporcionalidad (vid., LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, [3], 2012, pp. 1-33)– ni, por otra parte, entiendo que para poder aplicar el 178 se esté produciendo una reducción teleológica del 179 que se materialice en una interpretación derogatoria del mismo. Cada precepto conserva, con la interpretación propuesta, su ámbito de aplicación. *Cfr.*, en cambio, COCA VILA, «Stealthing: ¿violación o agresión sexual?», *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.



ajenos a la *lex artis* «sí se han infringido las pretensiones de veracidad sobre el acceso penetrativo, ya que se ocultó que era de naturaleza sexual. En este caso, sí debería aplicarse el art. 179»<sup>44</sup>.

La objeción esencial es la primera. En su abordaje de la cuestión, COCA VILA da por sentado que en el *stealth* la agresión «consiste» (art. 179) en el *acceso carnal*. De ser así, llevaría razón lógicamente en que se haría «difícil negar que el responsable debe ser castigado como reo de violación»<sup>45</sup>, y también en que aplicando el 178 se estaría incurriendo en un contrasentido lógico en el que el injusto básico estaría absorbiendo al cualificado<sup>46</sup>. Sin embargo, no sostengo la aplicación del 178 subsumiendo en dicho precepto un *acceso carnal*, sino la no utilización de preservativo<sup>47</sup>. Y este es nuestro punto de discrepancia en esta materia. Evidentemente, en términos físicos (ya me he referido a ello) el *stealth* coincide (espaciotemporalmente) con el acceso carnal, pero eso no significa que jurídicamente deba valorarse *como si fuese él*. Simplemente, la conducta objeto de valoración jurídica (ausencia de preservativo) tiene lugar físicamente asociada a la penetración (como pueden imaginarse otras circunstancias denigrantes simultáneas a ella). Para estar en el ámbito del 179, como indica VALVERDE-CANO, «lo que debe conocerse abarca dos extremos: que sea un acto penetrativo y que tenga carácter sexual. Todo ello lo conocía la víctima de *stealth*». Si se considera que debería conocer otros elementos que habrían de constituir también la base de la volición neutralizadora del tipo agravado (consentimiento), deberán incluirse en el futuro, pues hoy (y es lo único que he querido significar) no están en la Ley.

Por tanto, a la pregunta sobre dónde reside el injusto de quien finge estar usando preservativo (o «¿en qué consiste el atentado contra la autonomía sexual de la víctima que rellena el tipo del art. 178, sino en el hecho de accederla carnalmente?»<sup>48</sup>), debe responderse que lo hace justamente en el *plus* de injerencia corporal que comporta aquella conducta<sup>49</sup>, menoscabando con ello la dignidad e intimidad de la víctima. Y solo ese *extra* debe valorarse (y no, de nuevo, la magnitud de desvalor neutralizada por el consentimiento), sin que el temor a la infravaloración penal del *stealth* —que puede ciertamente resultar impopular—, deba conducir a cambio (sin la preceptiva modificación legal, que podría compartir) a una sobrevaloración (o doble valoración). No contiene el mismo desvalor (a menos que se adapte todo el articulado a la protección indiferenciada —y no gradual— de la autonomía sexual) la penetración sin preservativo en el marco de una relación consentida que la penetración no consentida (y eventualmente, además, sin preservativo).

Soy consciente, finalmente, de que la tesis del 178 resulta más antiintuitiva (además de, como he dicho, seguramente más impopular), pero creo que, si la conducta se estima que ostenta relevancia sexual, es la acorde con el principio de legalidad y con la interpretación *pro reo* que de él deriva. Si se estima, en cambio, que no ostenta tal relevancia, la opción acorde con el principio

---

<sup>44</sup> VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4, n. 19.

<sup>45</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

<sup>46</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 307.

<sup>47</sup> No de diferente forma procede CASTELLVÍ MONSERRAT, por ejemplo, en los casos de eyaculación no consentida (en los que no se centra en la penetración —que considera atípica por consentida— sino en la eyaculación —178—, en disociación que le permite, en su planteamiento, la posibilidad de concebir estos actos como físicamente diferenciables).

<sup>48</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

<sup>49</sup> Como recoge el propio COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 457, citando a Elisa HOVEN. Sobre la afectación de la libertad sexual (en lugar de la integridad moral) entiendo, no obstante, que pueden caber ulteriores reflexiones.

de legalidad no es desde luego la de subsumir los hechos por elevación en el art. 179, sino la de aceptar sencillamente su atipicidad (como delito contra la libertad sexual). Esta última consideración puede reclamar alguna reflexión adicional, que esbozaré a continuación en forma de excursus.

6. *Excursus. Reflexiones (heréticas) más allá de los márgenes de la sentencia: ¿y si no hubiese que considerar el *stealth* como un delito sexual?*

En línea con lo acabado de indicar, soy también consciente de que queda esa segunda cuestión por contestar, cuestión que hasta aquí se ha rehuído más allá de alguna llamada de atención a pie de página referida a la posible consideración del *stealth* como delito contra la integridad moral, antes que como delito contra la libertad sexual.

En el planteamiento que he intentado refutar, la opción favorable a la aplicación del 179 se presenta como el resultado de una elección forzosa entre dos únicas alternativas posibles: o la falta de preservativo determina un atentado contra la libertad sexual del art. 179 por el acceso carnal, o el *stealth* debe ser considerado penalmente irrelevante (por entender que el acceso carnal habría sido consentido). Como he reiterado, creo que el dilema no se plantea en esos estrictos términos, sino que efectivamente existe un hecho distinto del acceso carnal (la no utilización inconsciente del preservativo) capaz de implementar el 178. Pero la pregunta que queda en pie es la siguiente: ¿de verdad constituye el no uso del preservativo un acto de naturaleza sexual? Pues al igual que habría que optar desde la tesis del 179 por la atipicidad si no se apreciase acceso carnal inconsciente, lo mismo habría de concluirse (atipicidad) desde la del 178 si el hecho de no usar preservativo no ostentara dicha significación sexual.

Al respecto, en un trabajo previo sostuve que la afectación de la autodeterminación sexual, entendida como la libertad de la persona para decidir a su discreción el momento, el tipo, la forma y la pareja de una actividad sexual, debía llevar a atraer hacia el Título VIII esta conducta, sustrayéndola al VII pese a afectar a la dignidad e integridad moral de la víctima (valores también tomados en consideración en el Título posterior)<sup>50</sup>. Por su parte, cabe suponer que la esperada STS 603/2024, que en su fallo acoge también la solución del 178 (aunque usando otra línea argumental), iluminará la pista de aterrizaje para los asuntos pendientes en esa dirección. El hecho de que la horquilla punitiva del 178 confiera mayor margen de maniobra<sup>51</sup> a Jueces y Tribunales que la del 173 no hace sino reforzar esta suposición<sup>52</sup>.

Sin embargo, albergo dudas sobre el hecho de que en esta cuestión se pueda haber dicho la última palabra. Expresaré solo algunas reflexiones, muy provisionales, en voz alta. De entrada, no nos debe cegar el hecho de que la conducta se produzca en un contexto eminentemente sexual. Como señala VALVERDE-CANO, «no todo lo que tiene que ver con el sexo o lo sexual debe castigarse recurriendo al régimen agravado de los delitos sexuales»<sup>53</sup>. Sino que en el marco de la actividad sexual pueden ocurrir, y ser independizados en su valoración jurídica, otros atentados como los

<sup>50</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 102 ss., 106.

<sup>51</sup> Tanto en el margen inferior (multa de dieciocho meses) como superior (cuatro años).

<sup>52</sup> Sin pautas jurisprudenciales claras sobre el tratamiento del engaño sexual no sabemos, en cambio, si con la citada sentencia estamos más cerca de la pacificación de esta cuestión o de la próxima denuncia por otro comportamiento inconsciente (distinto del *stealth*) en el marco de una relación sexual autorizada.

<sup>53</sup> VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 6.

que pueden producirse contra la integridad física (lesiones), contra la libertad reproductiva (éstos no tipificados), o contra la integridad moral, por ejemplo. En relación con estos últimos recuérdese la pasarela jurisprudencial tendida desde regulaciones anteriores entre los delitos sexuales y el atentado leve a la integridad moral representado por la falta de vejaciones injustas (art. 620 ACP).

Por otro lado, el sentido que le es propio al profiláctico aparece indisolublemente ligado a los riesgos que pretende prevenir (ETS, embarazos no deseados). Desprovisto de ese sentido instrumental (que es –como se sostiene de forma unánime– como debe ser analizado en el *stealththing*), su significación empieza a desdibujarse. Esta realidad puede advertirse entre líneas en la literatura jurídica sobre la materia. CASTELLVÍ MONSERRAT, por ejemplo, apunta expresamente que «quitarse el preservativo (...) en ningún caso constituye por sí mismo un acto sexual» y que «al fin y al cabo, el “no uso del preservativo” no es un acto sexual (y, por tanto, no puede constituir una agresión sexual)»<sup>54</sup>. También COCA VILA se ha preguntado, en algún pasaje<sup>55</sup>, si dicha práctica afecta al bien jurídico (libertad sexual) como tal, y su impresión de que no lo hace es, asimismo, la manifestada por CUGAT MAURI<sup>56</sup>.

Todo ello puede estar sugiriendo que lo que debe mantenerse en primer plano en este análisis, más que el contexto sexual en el que se produce la conducta de *stealththing*, es el hecho de que la trascendencia de este *no-uso* solo emerge (si está despojado de los riesgos indicados) por la cosificación y alienación de la víctima que entraña; por el atentado a su dignidad como persona, así como, en su caso, por el sufrimiento psicológico que el temor a aquellos riesgos puede comportar (todo ello, pues, en el entorno de la *integridad moral*). No se olvide que la propia gestación del fenómeno *stealththing* partió de los tintes denigrantes con los que determinados colectivos se jactaban, en EE.UU., de practicar estas conductas, provocando una respuesta reactiva que llegó a los tribunales de todo el mundo y que cogió desprevenida no solo a la legislación española sino a las demás legislaciones europeas. Perder estos referentes de vista puede llevar, tal vez, a un análisis desenfocado de esta nueva realidad, en particular de cara a una regulación futura.

No es este, en fin, el espacio adecuado para adentrarse en el intento de dar una respuesta definitiva a esta cuestión. Pero este tipo de consideraciones, habitualmente ausentes en nuestro abordaje judicial y doctrinal de la materia (no así en el ámbito comparado<sup>57</sup>), a lo mejor podrían ayudar a afinar el camino hacia aquella respuesta, en especial *de lege ferenda*.

7. De momento, entre las dos opciones manejadas por la STS 603/2024, la acogida en el fallo (art. 178), aunque se alcance desde una línea argumental distinta a la aquí defendida, resulta coherente –y esto es lo importante– con la dimensión del desvalor de estas conductas, que en todo caso deberá tasarse sin rebasar lo que la Ley, que no pensó en ellas, nos permita. La víctima

---

<sup>54</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 206.

<sup>55</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 445.

<sup>56</sup> CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP. Vigencia del abuso fraudulento y consecuencias de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, 2022, p. 237.

<sup>57</sup> En el derecho alemán, por ejemplo, se ha manejado la opción de canalizar la conducta como vejación (*Beleidigung*, §185 StGB).

de *stealth* se ve sometida a un trato degradante y, potencialmente, tanto a daños psicológicos inmediatos como a otros derivados de los sentimientos de culpa y pérdida de dignidad que, si nos atenemos a lo manifestado por las personas entrevistadas por BRODSKY, muchas de ellas –no se olvide– víctimas de violación, son similares, pero en todo caso inferiores, a esta última clase de agresión; «adyacentes» a ella (*rape-adjacent*)<sup>58</sup>. A estas ideas viene a referirse la STS 603/2024 cuando señala que «*intuitivamente*<sup>59</sup> se capta que el nivel de antijuridicidad es muy distinto», procediendo así a la disociación del objeto del consentimiento<sup>60</sup>: «La ausencia de consentimiento –indica– no puede predicarse de esa acción, –acceso por vía vaginal y con el miembro viril–; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril». E insiste: «la ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal» (FJ 9).

---

<sup>58</sup> Reproduciendo el mismo término manejado por alguna de esas víctimas y que la investigadora norteamericana aprovechó para dar título a su trabajo, publicado en *Columbia Journal of Gender and Law* en 2017.

<sup>59</sup> Sin cursiva en el texto de la sentencia.

<sup>60</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 115, 121. Esta disociación también ha sido defendida por VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 6, quien opta igualmente por la aplicación del art. 178 actual.

## *Stealth*ing: ¿violación o agresión sexual?

Ivó Coca Vila\*  
Universitat Pompeu Fabra  
ivo.coca@upf.edu

### 1. Introducción

La mayoría de la Sala 2ª da respuesta en la sentencia aquí en comentario a dos cuestiones sustantivas. Por un lado, a si el *stealth*ing constituye o no un delito de agresión sexual (o de abuso sexual antes de la reforma). Por el otro, a si tal hecho debe ser ahora tipificado como un delito de agresión sexual (art. 178 CP) o como un delito de violación (art. 179 CP)<sup>1</sup>. La mayoría de la Sala responde afirmativamente la primera cuestión y de forma negativa la segunda. En mi opinión, está en lo cierto cuando sostiene que el *stealth*ing rellena el tipo del delito de agresión sexual. Discrepo sin embargo en el camino emprendido para otorgar relevancia al engaño. Por el contrario, entiendo incorrecto negar la tipificación de la práctica del *stealth*ing como delito de violación (art. 179 CP) en el modo en el que se hace. Posiblemente sea excesivo el castigo mínimo previsto (cuatro años) para estos supuestos, pero negar la tipicidad ex art. 179 CP tras afirmar que la relación sexual (penetrativa) no ha sido consentida rebasa en mi opinión los límites de la interpretación restrictiva admisible. La interpretación conforme a la Constitución como modalidad de reducción teleológica puede ser admisible en circunstancias excepcionales, pero es dudoso que en este supuesto el Tribunal Supremo haya de arrogarse tal función cuasilegislativa para inaplicar el art. 179 CP. Como advertirá el lector, mis argumentos, ya presentados al lector de *InDret Penal*<sup>2</sup>, son esencialmente coincidentes con los del voto particular formulado por el magistrado Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, y al que se adhirieron otros cuatro magistrados.

---

\* Este comentario se enmarca en la ejecución de los proyectos PID2023-147308NB-I00/RYC2018-025174-I.

<sup>1</sup> Tomando en cuenta el Derecho vigente en el momento de los hechos, la cuestión es si el *stealth*ing debía tipificarse como un abuso sexual simple o con penetración.

<sup>2</sup> En detalle, COCA VILA, «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, pp. 430 ss.; y antes, *vid.* mi comentario a las dos sentencias de instancia en el supuesto de *stealth*ing ahora enjuiciado por el Tribunal Supremo, COCA VILA, «El *stealth*ing como delito de violación. Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *InDret*, (4), 2022, pp. 294 ss.

## 2. *Stealthing* como delito de agresión sexual (art. 178 CP)

El Tribunal aborda la primera de las dos cuestiones referidas en su FJ 3. En su opinión, el análisis de esta cuestión demanda «dos prismas diferenciados y escalonados de examen». En primer lugar, se trata de «determinar si el consentimiento sexual obtenido mediante una argucia o engaño rellena la tipicidad del art. 181 (o la del actual art. 178.1)». En segundo lugar, de «indagar si en supuestos como el analizado se puede hablar de “consentimiento” respecto del concreto acto sexual realizado».

En opinión de la mayoría del Tribunal, el primero de los interrogantes merece una respuesta negativa. El acto sexual viciadamente consentido es siempre penalmente atípico. «No son actos típicos, por existir anuencia, aquéllos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual. Cuando el Código habla en estos preceptos de consentimiento lo hace en su sentido débil, [...] es decir, le basta la anuencia, la aceptación, aunque esa decisión esté viciada por un conocimiento errado de la realidad provocado o aprovechada por el otro sujeto. Consentir es sencillamente aceptar, no aceptar libre, e informadamente y con conocimiento de todos los factores y circunstancias concernidas». Con ello el Tribunal Supremo opta por apartarse expresamente de la tesis dominante en el Derecho comparado según la cual el engaño vicia el consentimiento sexual de manera penalmente relevante<sup>3</sup>.

La mayoría de la Sala funda esta tesis (figuradamente) restrictiva del tipo del art. 178 CP recurriendo a tres de los «cánones» interpretativos clásicos. En primer lugar, recurre a un argumento de naturaleza *lógico-sistemática*<sup>4</sup>: cuando el legislador quiere otorgar relevancia al engaño, lo aclara de forma específica. Entre otros, se cita el art. 156 CP, en donde se exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos ante un «consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido»; y el art. 183 bis CP, en donde se alude al «libre consentimiento» del menor de dieciséis años. En segundo lugar, se recurre a un argumento de naturaleza *histórica*<sup>5</sup>: el legislador español del siglo XXI no cree merecedor de pena una práctica sexual consentida gracias a un engaño, por muy determinante que sea éste. El legislador reformista, en suma, cuando «solo habla de consentimiento, sin más calificativos, piensa ordinariamente en ese sentido *débil*», en «sencillamente aceptar». Este argumento es completado con uno de naturaleza *genética*: durante la tramitación parlamentaria de la LO 10/2022 se rechazaron algunas enmiendas que invitaban a reconsiderar la no previsión del engaño como uno de los supuestos que legalmente habían de ser asimilados a la ausencia de consentimiento. Finalmente, en tercer lugar, se presenta un argumento *teleológico* para ensanchar la noción de consentimiento excluyente del injusto en el marco del art. 178 CP. Negar relevancia a la aceptación dada por la víctima de un engaño conculcaría «el principio de intervención mínima invadiendo el derecho penal ámbitos que no reclaman la activación de la más poderosa herramienta de presión que maneja el Estado». Todavía más, se llegaría a «una insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos». La

---

<sup>3</sup> Cfr. p. ej., HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, 2023, Parte 2.

<sup>4</sup> En profundidad, en este mismo sentido, *vid.* ya CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, pp. 180 ss.

<sup>5</sup> Así ya, RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 172.

mayoría de la Sala aviva el temor a una insoportable expansión del Derecho penal recurriendo a los ejemplos clásicos de engaños sexuales considerados por la doctrina penal –de manera prácticamente unánime– como irrelevantes (p. ej., el engaño sobre el propio estado civil). «No hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables. Nos adentraríamos en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites».

No obstante, una vez descartada la relevancia del consentimiento viciado por engaño en materia sexual, el Tribunal abraza la tesis del «objeto del consentimiento» como vía para afirmar la tipicidad ex art. 178 CP del *stealthing*<sup>6</sup>. «[H]ay casos en que el engaño, no solo desencadena un consentimiento viciado (inidóneo para colmar la tipicidad); sino que se traduce en una ausencia de consentimiento respecto de la concreta conducta». Es decir, el *stealthing* sería punible ex art. 178 CP, pero no porque la víctima aceptara engañada, sino porque la relación sexual mantenida, al ser diferente a la inicialmente acordada, no fue en absoluto consentida. «Es necesario que haya un *qué* distinto; un *aliud*. No solo un *cómo* diferente del acordado». Si lo entiendo bien, el Tribunal trata de concretar la teoría del «objeto del consentimiento» a partir de un doble filtro: en primer lugar, se trata de apreciar si el acto sexual *concreto* estaba o no consentido. En caso de que no lo estuviera, si el acto practicado se apartó *esencialmente* de lo que se había aceptado. «Lo que hay que explorar es el contenido del consentimiento prestado. Si éste es desbordado de forma esencial; no accidental, o accesoria, habrá delito contra la libertad sexual, se haya producido engaño o no». El Alto Tribunal no concreta por qué en el caso del *stealthing* estamos ante un *aliud*, y no solo frente a un *cómo* diferente al acordado. Aunque sostiene que lo relevante es la dimensión estrictamente sexual o corporal, física, del acto, deja en el aire por qué es distinta una penetración con preservativo a una sin él. En particular, nada se dice sobre el por qué es *esencial* el apartamiento en este caso. En este sentido, se afirma únicamente que hay «un contacto corporal distinto [...] del consentido. Muta la dimensión sexual del acto». Insiste en todo caso en que esta conclusión nada tiene que ver con los riesgos sanitarios o la dimensión reproductiva del acto sexual sin preservativo<sup>7</sup>.

Aunque, al igual que el resto de colegas participantes en este comentario, comparto la primera conclusión a la que llega el Tribunal, el camino argumental transitado por la mayoría no es convincente. En primer lugar, no es cierto que el art. 178 CP se conforme con un consentimiento «débil»<sup>8</sup>. La mayoría se deja en el tintero en su solvente manejo de los «cánones» interpretativos el criterio central, esto es, el semántico<sup>9</sup>. El nuevo art. 178 CP, en su primer numeral, afirma

<sup>6</sup> Cfr. CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealthing*», *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 193 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 174; MÍNGUEZ ROSIQUE, «Sexo, mentiras y preservativos (o de la llegada del *stealthing* al Tribunal Supremo). Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio», *Diario La Ley*, (24333), 2024, pp. 1-11.

<sup>7</sup> De otra opinión, *vid. sin embargo* VALVERDE-CANO, «Stealthing y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para decidir sobre su castigo», *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 7: el engaño es relevante en el *stealthing* porque está en juego la integridad física de la víctima. Esta es la dimensión que eleva las exigencias para considerar válido el consentimiento prestado –también desde la óptica del art. 178 CP–. En esta misma línea, *vid.* BGH, Beschluss v. 13.12.2022 - 3 StR 372/22 (LG Düsseldorf), BeckRS 2022, 41459.

<sup>8</sup> Cfr. COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 300. Asimismo, persuasiva, VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 5.

<sup>9</sup> Sobre la primacía del «canon» semántico, cfr. por todos MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 5ª ed., 2023, pp. 138 ss.

literalmente que «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado *libremente* mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la *voluntad* de la persona». Es decir, que el consentimiento debe ser *libre* y expresar claramente la *voluntad* de la persona. Es, pues, inexacta la afirmación según la cual el «consentimiento» en el art. 178 CP no está adjetivado. Lo está, y por partida doble: debe ser libre y expresar de forma clara la voluntad de la persona. Que un consentimiento viciado por un engaño no es *libre* o no expresa de forma clara la *voluntad* de la persona es difícilmente rebatible. El Tribunal, de hecho, no lo hace. Recurriendo a un argumento a contrario de naturaleza sistemática afirma que los vicios del consentimiento sí serían relevantes en el marco del art. 183 bis CP, pues allí se dice que «el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad». Entre un «libre consentimiento» y uno «manifestado libremente» no media sin embargo la diferencia que advierte el Tribunal<sup>10</sup>. Neutralizar este argumento gramatical recurriendo a la —siempre elástica— supuesta voluntad del legislador reformista resulta, cuanto menos, paradójico. El preámbulo de la LO 10/2022 pone a las claras que el legislador no quería garantizar una pura declaración, sino «el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exenta de coacciones, discriminación y violencia». Dicho preámbulo alude asimismo en repetidas ocasiones al Convenio de Estambul, en cuyo art. 36.2 se establece expresamente que: «El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes». No creo plausible afirmar que el legislador español reformista asumiera un concepto «débil» de consentimiento. Sea como fuere, no es necesario especular en este caso sobre qué tenía en mente el legislador, pues el art. 178 CP es meridianamente luminoso. *In claris non fit interpretatio*.

Un Derecho penal sexual respetuoso con la autonomía sexual de la víctima no puede asumir la irrelevancia de todo acto sexual en el que la víctima ha pronunciado un «sí». Lo realmente sustancial es si ese «sí» es expresión de una decisión autorresponsable de la persona que participa en la relación sexual. Que la noción de autonomía es gradual es incuestionable, como lo es que el Derecho penal no debe exigir un *consentimiento entusiasta* para excluir el injusto penal<sup>11</sup>. También quien consiente una relación sexual con su pareja para no defraudarla y poder acostarse lo antes posible lo hace de manera libre y acorde a su voluntad en el sentido del art. 178 CP<sup>12</sup>. Sin embargo, afirmar que todo vicio del consentimiento es irrelevante supone abandonar ya la lógica de la autonomía sexual en la interpretación del art. 178 CP.

La mayoría de la Sala está en lo cierto cuando afirma que no todo engaño causalmente decisivo para obtener el consentimiento sexual debe dar lugar a un delito de agresión sexual. Esta tesis

<sup>10</sup> Cfr. sin embargo en este mismo número de la RCJ, CASTELLVÍ MONSERRAT, «Engaño, consentimiento y acceso carnal», *InDret*, (4), 2024, apdo. 3, quien trata de distinguir entre un consentimiento libre y uno autónomo. También en este número, *vid.* sin embargo VALVERDE-CANO, «Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.2, replicando el argumento sistemático-derogatorio adelantado por CASTELLVÍ MONSERRAT y asumido por el TS.

<sup>11</sup> *Vid.* sin embargo HERRING, «Rethinking Sexual Crimes: From Women's Consent to Men's Responsibility», *Anatomia Do Crime*, (17), 2023, p. 26. Como en el texto, *vid.* p. ej. GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 29 ss. Asimismo, recientemente, *vid.* RAGUÉS I VALLÈS, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 96 ss.

<sup>12</sup> Desde una perspectiva filosófico-política, en esta línea, SERRA SÁNCHEZ, *El sentido de consentir*, 2024, Cap. 4.



(subjetivista radical), pese a contar con algunos defensores<sup>13</sup>, ha sido objeto de múltiples y certeras críticas. Nadie la ha defendido en nuestro país, por lo que el Tribunal Supremo por momentos parece incurrir en la falacia del hombre de paja. Como señala con razón GILI PASCUAL<sup>14</sup>, es desmedido afirmar que no hay «fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables». El Tribunal Supremo rechaza de plano las teorías de la diferenciación del engaño sexual, mayoritarias en la doctrina penal contemporánea. Aunque por momentos parece recurrir a la clásica distinción anglosajona entre *fraud in the inducement* y *fraud in the factum*<sup>15</sup>, concluye que abrir la puerta al engaño supondría adentrarse «en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites». Este temor es infundado. En la doctrina (y jurisprudencia comparada) existe un acuerdo amplio en que, básicamente, son tres los engaños penalmente relevantes en el marco del delito de agresión sexual, a saber: aquellos relativos a la naturaleza sexual de la actividad (conocer si uno está o no participando en una actividad de naturaleza sexual); a la identidad personal de los participantes (con qué persona se mantiene una relación sexual); y, finalmente, al grado de injerencia corporal. La discusión científica más prometedora gira en torno a la definición exacta de los límites de estas formas de engaño penalmente relevantes. ¿Comete una agresión sexual, en tanto que engaño sobre la identidad personal, quien engaña a su pareja «activista libertaria» sobre su condición de agente de policía<sup>16</sup>? ¿Y si el engaño recae sobre el sexo biológico? Sin duda, como muestra CASTELLVÍ MONSERRAT<sup>17</sup>, son muchas las cuestiones particulares que deben ser todavía discutidas y resueltas, algunas de ellas incluso con relevancia práctica penal. Ahora bien, derivar de ahí la inutilidad de todas las teorías diferenciadoras y, por extensión, la insignificancia del engaño en el Derecho penal sexual español, resulta desafortunado.

No es solo que las teorías diferenciadoras ofrecen ya criterios sólidos de delimitación de los engaños penalmente relevantes. Resulta que, paradójicamente, la aproximación adoptada por el Tribunal Supremo, ni ofrece más certidumbre que las teorías reiteradamente descalificadas, ni evita la tan temida pendiente resbaladiza. Es más, la sentencia en comento entiende cubiertos por el tipo del art. 178 CP más supuestos de engaño que muchas de las teorías diferenciadoras que tanto critica (!)<sup>18</sup>. Es su tesis, en definitiva, la más sobreinclusiva, o en las propias palabras del Alto Tribunal, la que «desboca el principio de intervención mínima invadiendo el derecho penal ámbitos que no reclaman la activación de la más poderosas herramienta de represión que maneja el Estado». Veamos por qué.

De acuerdo con la opinión de la mayoría de la Sala, se trata en los casos aquí relevantes de decidir: (1) si el acto sexual *concreto* estaba consentido; (2) si en caso de no estarlo el apartamiento fue *esencial* respecto de lo que se había aceptado. No pretendo reproducir las objeciones que se le

<sup>13</sup> Un resumen (crítico) de estas perspectivas, con referencias, en COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 440 ss.

<sup>14</sup> GILI PASCUAL, «*Stealth*ing y legalidad penal», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2, n. 8.

<sup>15</sup> Esta distinción colapsa, pues una misma circunstancia puede ser reformulada como relativa al hecho o al motivo de manera indistinta. Cfr. al respecto COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 446 ss.

<sup>16</sup> La respuesta es negativa para quien asuma un concepto estricto de «identidad personal». En este sentido, COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 455, n. 121; y ahora también, AAP Barcelona, Sección 5ª, de 25 de julio de 2024.

<sup>17</sup> En este mismo número de la RCJ, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

<sup>18</sup> Por ejemplo, el Alto Tribunal considera constitutivo de agresión sexual el *stealth*ing inverso, esto es, mantener una relación sexual con preservativo cuando se había pactado lo contrario. En este sentido ya CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 201 ss. Críticamente, COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 458; y ahora, *vid.* en este mismo número de la RCJ, VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

han formulado a la teoría del «objeto del consentimiento» asumida ahora por el Alto Tribunal<sup>19</sup>. Sin embargo, como sus propios defensores reconocen, determinar qué es exactamente lo que las partes habían consentido resulta extraordinariamente complejo. Los participantes en relaciones sexuales no acostumbran a firmar contratos en los que se detalla lo consentido. Y tales contratos tampoco serían la solución: *rebus sic stantibus*. Cuando (A) y (V) pactan mantener una relación sexual con penetración a cambio del pago de un precio, ¿consiente (V) que su cliente le bese en los labios? O en la formulación del Tribunal Supremo, cuando (A) besa a (V), ¿estamos ante un *qué* distinto; un *aliud*, o solo un *cómo* diferente? Los defensores de la aproximación abrazada por la mayoría reconocen que para determinar el objeto de lo consentido es imprescindible recurrir a la metasemántica y a las convenciones sociales<sup>20</sup>, que operarían como factores defectivos de determinación del exacto objeto de lo consentido. Sin embargo, el recurso a las convenciones sociales, además de no amortiguar la incertidumbre sobre los límites de lo consentido, abre la puerta a la determinación del consentimiento con base en convenciones moralmente cuestionables. Dado que la convención social establece que en la mayoría de contextos el sexo biológico de una persona es relevante, no revelar dicho dato conduciría a afirmar que la relación sexual no ha sido consentida, cometiendo la persona transgénero un delito de agresión sexual. El Alto Tribunal afirma que lo relevante es «en exclusiva la dimensión estrictamente sexual o corporal, física, del acto», pero tampoco aclara qué es corporal o físico a tales efectos<sup>21</sup>. Esto es especialmente criticable pues, como afirman las teorías de la diferenciación que tanto censura, el Tribunal Supremo entiende que hay agresión sexual cuando se suplanta la identidad<sup>22</sup>. «No es que haya un consentimiento arrancando por engaño [ICV: ¿cómo si no, se arrancó entonces el consentimiento?]; es que no hay consentimiento para actos sexuales o para esos actuales sexuales, o para la interacción con esa persona que se hace pasar por otra».

En mi opinión, la sentencia en comento ha errado el tiro. Ha concentrado sus esfuerzos en descalificar una tesis que, en realidad, conduce a una interpretación del tipo más previsible y restrictiva, al tiempo que alcanza la misma conclusión de subsunción acogida por la Sala. Lo paradójico es que lo hace en la creencia de que solo excluyendo el engaño de los medios comisivos del art. 178 CP podrá evitar una expansión descontrolada del Derecho penal sexual. En la medida en que no concreta ni cuándo estamos ante una relación distinta a la pactada ni cuando la diferencia debe ser considerada esencial, queda en el aire la resolución de un buen número de supuestos con mucha mayor trascendencia práctica que los hilarantes ejemplos con los que inicia sus elucubraciones. Y todo ello, apartándose del tenor literal del art. 178 CP, que demanda ahora un consentimiento libre y expresivo de la voluntad de quien lo otorga.

### 3. *Stealth*ing como delito de violación (art. 179 CP)

En la sentencia en comento se defiende que el *stealth*ing, pese a ser punible ex art. 178 CP, no constituye un delito de violación (art. 179 CP). Es decir, aunque existe una agresión sexual, pues estamos ante una relación sexual (con penetración) no consentida, no habría violación. «La

---

<sup>19</sup> Vid. COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 447 ss.

<sup>20</sup> Cfr. TILTON/JENKINS ICHIKAWA, «Not What I Agreed To: Content and Consent», *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 139 ss.

<sup>21</sup> O en palabras de MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (24333), 2024, p. 5: «es precisamente en este punto en el que se echa en falta una mayor densidad argumentativa por parte del Tribunal, que, si bien aporta algún ejemplo para ilustrar su postura (con ramificaciones no del todo claras), no ofrece un razonamiento sólido en relación con el concreto caso planteado».

<sup>22</sup> En un sentido parecido, *vid.* en este mismo número de la RCJ, VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal». Según el Tribunal Supremo, «[i]ntuitivamente se capta que el nivel de antijuridicidad es muy distinto». La penetración como tal sí habría sido consentida, no lo habría sido sin preservativo, por lo que estaríamos ante un atentado contra la libertad sexual de menor entidad que la violación.

Esta interpretación, por loable que sea el intento por mitigar el castigo en estos supuestos, no resulta convincente. La disociación del objeto del consentimiento (penetración vs. penetración con preservativo) es incongruente con la previa tipificación del *stealthing* como un delito de agresión sexual<sup>23</sup>. Si resulta que el engaño en estos casos es penalmente relevante porque la víctima había consentido una relación sexual en condiciones distintas a las que finalmente determinan la relación sexual, en particular, había condicionado su consentimiento al uso de preservativo, el acceso carnal como elemento constitutivo de la relación sexual queda también condicionado al uso de preservativo. ¿O es que no se advertiría una violación en el supuesto en que autor y víctima pactan una penetración vaginal con preservativo y el autor acaba penetrando analmente a su víctima con un objeto de plástico? El que se haya consentido una penetración no otorga patente de corso al autor para llevar a cabo cualquier penetración imaginable, incluso con violencia, de manera atípica ex art. 179 CP. O la falta de preservativo determina un atentado contra la libertad sexual que ha de sancionarse ex art. 179 CP al producirse un acceso carnal, o el *stealthing* debe ser considerado penalmente irrelevante<sup>24</sup>, en la medida en que la víctima consintió, aunque fuera de forma «débil».

GILI PASCUAL ha objetado a mi punto de vista, esencialmente coincidente con el de CASTELLVÍ MONSERRAT, que en los casos de *stealthing*, «la víctima accede en los términos legales al acto en el que participa, lo que debe ser forzosamente descontado de la factura de la desvaloración del hecho»<sup>25</sup>. Expresado en términos materiales: el injusto del hecho no reside en un ataque a la autonomía sexual de la víctima, pues aquel quedaría neutralizado por el consentimiento, sino por el ataque a la «dignidad e intimidad de la víctima» vinculado al plus de injerencia corporal que comporta una penetración sin preservativo. Es decir, «no contiene el mismo desvalor [...] la penetración sin preservativo en el marco de una relación consentida que la penetración no consentida y, además, sin preservativo». Esta disociación del objeto de lo consentido es también defendida por VALVERDE-CANO, quien avala la tipificación de la mayoría de la Sala en la sentencia en comentario<sup>26</sup>.

CASTELLVÍ MONSERRAT presenta en su comentario de manera elaborada las razones por las que creo que el *stealthing* es típico ex art. 179 CP<sup>27</sup>. Me limito por lo tanto en lo que sigue a recuperar un argumento, en mi opinión, el central, en favor de considerar el acceso carnal consentido por

---

<sup>23</sup> En el panorama alemán, en este sentido, cfr. MAKEPEACE, «„I’m not sure this is rape, but...“ Zur Strafbarkeit von „Stealthing“ nach dem neuen Sexualstrafrecht», *KriPoZ*, (1), 2021, pp. 14 ss. De otra opinión, *vid.* sin embargo GILI PASCUAL, «Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, pp. 114 ss.; o VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 9.

<sup>24</sup> Expresa sus dudas sobre la relevancia penal del *stealthing* CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP. Vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, 2022, pp. 234 ss.

<sup>25</sup> *Vid.* en este mismo número de la RCJ GILI PASCUAL, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.2.

<sup>26</sup> VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

<sup>27</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

engaño como una forma de violación. Me refiero al principio de legalidad. El art. 179 CP establece lo siguiente:

«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años».

Dicho precepto contiene una norma de sanción accesoria o auxiliar, se trata de un subtipo agravado que entra en consideración única y exclusivamente cuando se ha cometido el tipo básico del art. 178 CP. Pues bien, a la hora de valorar la tipicidad del *stealthing* la primera pregunta es si encaja o no en la descripción del art. 178 CP, es decir, ¿se ha realizado un acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento? Tanto GILI PASCUAL como VALVERDE-CANO coinciden con la sentencia en comentario en que, efectivamente, el *stealthing* rellena la tipicidad del art. 178 CP. Esto supone admitir que el autor ha sometido a su víctima a una relación sexual no consentida. El autor, pues, ha cometido una «agresión sexual» penalmente típica.

A partir de aquí, resulta obligado avanzar en el juicio de subsunción y preguntarse si el hecho, además, encaja en alguna de las modalidades agravadas, en particular, en la del art. 179 CP. Pues bien, si resulta que ha existido una «agresión sexual» y que esta agresión ha consistido en un «acceso carnal», parece difícil negar que el responsable debe ser castigado como reo de violación. Recordemos, el art. 179 CP establece que «[c]uando la agresión sexual consista en acceso carnal [...] el responsable será castigado como reo de violación». Quizá todavía podría afirmarse que en los casos de *stealthing* la agresión sexual no consiste en un acceso carnal, sino que simplemente se materializa o realiza en un acceso carnal; o que el acceso carnal sí había sido consentido, aunque en unas condiciones distintas. Sin embargo, la pregunta central en los casos de *stealthing* sigue siendo la misma: ¿en qué consiste el atentado contra la autonomía sexual de la víctima que rellena el tipo del art. 178 CP, si no en el hecho de accederla carnalmente en contra de su voluntad? MÍNGUEZ ROSIQUE afirma que dicho atentado no consiste «en la penetración en sí misma, sino en la forma y contexto de la penetración»<sup>28</sup>. Pero es que precisamente la forma y el contexto son decisivas para afirmar si aquella se ajusta o no a lo consentido. El que la víctima hubiera consentido una penetración quizá determina un menor injusto, en la medida en que el autor somete a una relación sexual no querida a quien estaba dispuesta a mantener una relación sexual (aunque distinta), pero no creo que ello permita obviar el art. 179 CP. Como señala además CASTELLVÍ MONSERRAT, la disociación del objeto del consentimiento pretendida por GILI PASCUAL debería conducir a dejar de castigar como violaciones un número no despreciable de supuestos que, tradicionalmente, se han considerado supuestos incontrovertidos de violación. Piénsese, por ejemplo, en los casos de facultativos que simulan exploraciones consistentes en un acceso carnal previamente consentidas por el paciente engañado<sup>29</sup>.

A tenor de la regulación vigente, el *stealthing* es típico ex art. 179 CP. Si la pena mínima a imponer (ahora cuatro años) es inconstitucional, por desproporcionada, se le presentan al aplicador tres opciones: una primera es atribuir al art. 178.4 CP fuerza atenuante tanto de las agresiones sexuales no penetrativas como de las penetrativas. El tenor literal de dicho precepto no lo impide,

---

<sup>28</sup> MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (24333), 2024, p. 7.

<sup>29</sup> En detalle, *vid.* CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

aunque su ubicación sistemática sí parece un obstáculo infranqueable<sup>30</sup>. Esta opción interpretativa ya ha sido expresamente descartada en la STS 647/2023, de 27 de julio<sup>31</sup>: la cláusula atenuatoria rige exclusivamente respecto de las agresiones sexuales que no comportan penetración o acceso. La segunda opción es la establecida en el art. 4.3 CP: el Juez o tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, cuando la pena a imponer sea notablemente excesiva. Dado que el art. 178.3 CP expresamente aísla la tipificación de las agresiones sexuales cometidas con violencia, intimidación o sobre persona con voluntad anulada, parece razonable replicar la distinción penológica en el marco del delito de violación (art. 179 CP)<sup>32</sup>. En fin, quien esté convencido que castigar el *stealth* con una pena de cuatro años es inconstitucional, por suponer una respuesta desproporcionada, todavía puede abogar por inaplicar el art. 179 CP con base en una interpretación (reducción teleológica) del precepto conforme con la Constitución<sup>33</sup>. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, ello sería posible cuando la resolución judicial, aun respetando el sentido literal posible de los términos de la ley, conduce a «soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios»<sup>34</sup>. La exigencia de una «previsibilidad axiológica» incluso *contra legem* traería causa del derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE). Por su parte, el art. 5.1 LOPJ establece que la Constitución, en tanto que norma suprema del ordenamiento jurídico, vincula a todos los Jueces y Tribunales, «quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Pues bien, en el caso del *stealth*, la reducción teleológica habría de materializarse en una interpretación derogatoria del art. 179 CP. Aunque esta posibilidad es objeto de contundentes críticas por influyentes teóricos del Derecho<sup>35</sup> y no pocos penalistas<sup>36</sup>, hay quien, como SILVA SÁNCHEZ, defiende que los tribunales ordinarios sí están legitimados y deben —en circunstancias excepcionales— operar a modo de cuasi-legislador a fin de subsanar (a favor del reo) graves deficiencias del Derecho positivo<sup>37</sup>.

No puede ser este el lugar en el que tematizar los límites a la reducción teleológica admisible por parte de tribunales ordinarios. Me conformo aquí con apuntar lo siguiente: quien pretenda inaplicar el art. 179 CP con base en la Constitución debe, en primer lugar, reconocer la naturaleza creadora (o derogatoria) de su actividad (*verfassungskonforme Rechtsfortbildung*) que, por

<sup>30</sup> Apunta a esta posibilidad ya GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 131 ss.

<sup>31</sup> STS 647/2023, Penal, de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3488).

<sup>32</sup> En favor de una cláusula atenuadora equivalente a la del art. 178.4 CP en el marco del delito de violación, *vid.* CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 206-207.

<sup>33</sup> Sobre la interpretación conforme a la Constitución como forma cualificada de interpretación restrictiva de naturaleza sistemático-teleológica, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 46 ss.; o ALCÁCER GUIRAO, «El Derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional», en MIR PUIG *et al.* (eds.), *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales*, 2010, pp. 53 ss.

<sup>34</sup> STC 129/2008, de 27 de octubre (BOE núm. 281, de 21 de noviembre de 2008).

<sup>35</sup> Un iluminador panorama de la discusión alemana en MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 5ª ed., 2023, pp. 430 ss. Especialmente crítico, JESTAEDT, «The Constitution Conformant Interpretation», en VON HEIN *et al.* (eds.), *Relationship between the Legislature and the Judiciary*, 2017, pp. 25 ss.

<sup>36</sup> Cfr. p. ej., ALCÁCER GUIRAO, en MIR PUIG *et al.* (eds.), *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales*, 2010, p. 57: «menos plausible me resulta la posibilidad de hacer brotar del art. 25.1 CE un mandato de *prohibición de exceso* al juez».

<sup>37</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 49 ss.

definición, rebasa los límites de la pura interpretación (restrictiva). Y, en segundo lugar, debe exponer con claridad qué derecho fundamental determina la inconstitucionalidad del art. 179 CP aplicado al supuesto concreto. Aunque creo que el castigo mínimo (cuatro años) para el caso objeto de la sentencia en comento puede ser excesivo, dudo que estemos ante un supuesto de desproporción (cardinal) manifiesta que justifique la admisión de una forma de pseudo-control difuso de constitucionalidad como a la que nos aboca autorizar a tribunales ordinarios a inaplicar el art. 179 CP.

#### 4. Conclusión

Como muestra la disparidad de pareceres y matices reunidos en este comentario conjunto, el tratamiento penal del *stealth* es y seguirá siendo objeto de profunda controversia. Mis diferencias con la STS 603/2024, de 14 de junio, no deberían empañar el mérito de una resolución que, enfrentada a un complejo problema, es capaz de hallar en la discusión académica los mejores argumentos disponibles para defender una tesis político-criminalmente laudable. A su vez, es incuestionable que esta resolución, incluido su voto particular, enriquece la discusión académica. Todo ello, con independencia del mayor o menor acuerdo con el sentido de la resolución, ha de ser motivo de satisfacción para cualquier participante de la «comunidad de expertos profesionales del Derecho penal»<sup>38</sup>. Y es que, como señala el filósofo del Derecho penal Michael PAWLIK, en «el juego conjunto de legislación, jurisprudencia y ciencia del Derecho, las cuales se observan entre sí, hacen referencia las unas a las otras y se corrigen recíprocamente en caso de ser necesario, se manifiesta el mayor grado posible de *razón jurídica*»<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, 2019, p. 75.

<sup>39</sup> PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, 2019, p. 75.

## Engaño, consentimiento y acceso carnal

Carlos Castellví Monserrat\*  
Universitat de Barcelona  
carloscastellvi@ub.edu

### 1. Las discrepancias del voto particular

El voto particular de la STS 603/2024, de 14 de junio, contiene dos discrepancias con la opinión mayoritaria. La primera de ellas es «exclusivamente argumental»: aunque existe acuerdo en que los únicos engaños relevantes en el ámbito sexual son los que afectan a «la naturaleza sexual de la acción consentida, los casos de suplantaciones y los referidos al grado y forma de la injerencia consentida», la sentencia y el voto particular discrepan al fundamentar por qué esto es así; es decir, discrepan al explicar por qué dichos engaños son relevantes y el resto no. En este sentido, la sentencia considera que la diferencia entre unos engaños y otros es el *consentimiento*: los engaños mencionados provocarían actos sexuales inconsistentes y el resto no. En cambio, el voto particular identifica dicha diferencia en el *bien jurídico*; desde esta perspectiva, cualquier engaño podría provocar un acto sexual inconsistente, pero solo los mencionados afectarían a la libertad sexual de la víctima.

La segunda discrepancia no es meramente argumentativa, sino que afecta al fallo. Así, la sentencia califica el *stealthing* como un delito de agresión sexual, pero descarta apreciar una violación porque «la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción (...); tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril». Por el contrario, el voto particular estima que debería aplicarse el tipo agravado de violación, pues «la penetración no fue consentida en los términos convenidos».

Este breve comentario se centrará en las dos discrepancias del voto particular. Al abordar la primera, se defenderá la postura de la sentencia<sup>1</sup>; esto es, se defenderá que la diferencia entre los engaños relevantes y los irrelevantes es el consentimiento (y no el bien jurídico). En cambio, al

---

\* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-125718NB-I00, financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER “Una manera de hacer Europa”.

<sup>1</sup> En este punto, la sentencia se aproxima a lo defendido en CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño?», *InDret*, (4), 2023; concretamente, pp. 178-188: FJ 4; pp. 212-214: FJ 5; pp. 193-194, 210-211: FJ6; pp. 195-201: FJ 7. En todo caso, las ideas a las que se acerca este último fundamento jurídico ya se plasmaron en CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo», *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13. Al respecto, MÍNGUEZ ROSIQUE, «Sexo, mentiras y preservativos (o de la llegada del *stealthing* al Tribunal Supremo)», *Diario La Ley*, (10565), 2024, p. 5

tratar la segunda discrepancia se cambiará de bando y se argumentará a favor del voto particular; es decir, se argumentará a favor de calificar el *stealth* como un delito de violación.

En todo caso, la posición esbozada (a favor de la sentencia en una discrepancia y del voto particular en otra) muestra algo que merece ser destacado: que no existe ninguna relación entre la primera discrepancia y la segunda; esto es, que no existe ninguna relación entre, por un lado, emplear el criterio del consentimiento o del bien jurídico y, por el otro, calificar el *stealth* como una agresión sexual o una violación. Ni el criterio del consentimiento obliga a calificar el *stealth* como una mera agresión sexual, ni el criterio del bien jurídico obliga a calificarlo como una violación. Por ello, aunque todos los magistrados del Tribunal Supremo se hayan agrupado en torno a la posición de la sentencia (consentimiento y agresión sexual) o a la del voto particular (bien jurídico y violación), podrían haberse sostenido dos posiciones adicionales que son igual de plausibles: la que correspondería a un voto concurrente (bien jurídico y agresión sexual) y la propia de otro voto particular más restringido (consentimiento y violación). Esta última será la que se defiende a continuación.

## 2. ¿Por qué solo son relevantes algunos engaños?

Tanto la sentencia como el voto particular coinciden en lo siguiente: en el ámbito sexual solo son relevantes los engaños que afecten al contacto físico involucrado, a la persona que lo protagoniza, o a su naturaleza sexual. En cambio, el resto de «engaños motivacionales» resultan irrelevantes; así, por ejemplo, no cometerá una agresión sexual quien logre una relación haciéndose pasar por «una persona adinerada, (...) famosa, o una soltera o no comprometida».

Lo anterior, sin embargo, puede fundamentarse de dos formas distintas. La sentencia lo hace afirmando que los engaños motivacionales dan lugar a relaciones sexuales consentidas, mientras que los engaños relevantes se caracterizan por provocar un acto sexual sobre otra persona «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). En cambio, el voto particular sostiene que ambos engaños hacen que otra persona sufra un acto sexual «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP), aunque después excluye la relevancia penal de los engaños motivacionales «a partir de consideraciones nacidas de la afectación al bien jurídico».

Obviamente, la sentencia y el voto particular interpretan de un modo distinto la palabra «consentimiento» del art. 178.1 CP. La sentencia entiende dicha palabra en sentido débil; es decir, como *aceptación*<sup>2</sup>. De este modo, quien logra que otro acepte una relación sexual gracias a un engaño motivacional (por ejemplo, mintiendo sobre su estado civil o su capacidad económica) realiza una conducta «consentida»; al fin y al cabo, dicha conducta ha sido aceptada (aunque ciertamente, no hubiera sido aceptada con la debida información). Por el contrario, el voto particular estima que el «consentimiento» del art. 178.1 CP equivale a *aceptación libre y consciente*. Lo cual hace que dicho consentimiento deba darse «darse sin mediar coacción, engaño o fraude». Pues, desde esta perspectiva, lograr que otro acepte una relación sexual mediante un engaño motivacional supone realizar una conducta «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP); después de todo, dicha conducta no ha sido aceptada con la debida información.

---

<sup>2</sup> Con más detalle, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 176-178.



Debido al concepto de consentimiento asumido, la sentencia y el voto particular se enfrentan a obstáculos distintos. La sentencia, para evitar ser *infra-inclusiva*, debe fundamentar por qué los engaños relevantes (los que afectan al contacto físico, a la persona implicada o a la naturaleza sexual del acto) dan lugar a actos sexuales in consentidos. En cambio, el voto particular, para no ser *supra-inclusivo*, debe explicar por qué los engaños motivacionales resultan atípicos pese a provocar actos sexuales in consentidos.

¿Cómo puede argumentar la sentencia que los engaños relevantes dan lugar a actos sexuales in consentidos? Pues afirmando que, en dichos casos, el engaño no sirve para lograr que otro acepte una relación sexual, sino para ocultarle la realización de un acto sexual que no ha sido aceptado en absoluto. De este modo, los engaños relevantes se caracterizarían por dar lugar a un acto sexual que, al ser desconocido por la víctima, no ha sido aceptado por esta. Lo cual ocurre, precisamente, cuando el engaño recae sobre el contacto físico o la persona involucrada en él (dado que, entonces, se acepta un acto sexual distinto al realizado) o sobre la naturaleza sexual del acto (pues, en ese caso, no se acepta ningún acto sexual, sino, como máximo, uno médico). En estos supuestos, lo aceptado es algo distinto al acto sexual realizado y, por ello, el engaño «se traduce en una ausencia de consentimiento respecto de la concreta conducta».

Contra lo anterior podría replicarse que, en función de cómo se definan los actos sexuales, cualquier engaño puede convertir lo aceptado en algo distinto a lo realizado. Pues el objeto de un engaño motivacional —la soltería, la capacidad económica, etc.— siempre puede (re)definir el acto consentido, transformándolo en un acto sexual diferente al que se ha realizado («yo no había consentido mantener relaciones sexuales con un casado pobre, sino con un soltero rico»). Sin embargo, un acto sexual no puede definirse de cualquier modo, sino únicamente a partir de dos elementos; concretamente, a partir de los dos elementos que resultan imprescindibles para apreciar un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178.1 CP): el *contacto corporal* que implica y su *naturaleza sexual*<sup>3</sup>. El resto de elementos sobre los que puede recaer un engaño no definen qué se consiente (sino por qué se consiente). Precisamente por ello, los engaños motivacionales no convierten el acto consentido en uno distinto al realizado. Dado que, en estos casos, el contacto corporal (de naturaleza sexual) aceptado se corresponde con el contacto corporal (de naturaleza sexual) realizado.

¿Y cómo argumenta el voto particular que los engaños motivacionales resultan atípicos? Pues afirmando que estos no afectan al bien jurídico protegido: «Partimos de la relevancia del engaño para rellenar la exigencia típica de la ausencia del consentimiento y restringimos la desmesura de los ejemplos que se exponen a partir de consideraciones nacidas de la afectación al bien jurídico»<sup>4</sup>. Sin embargo, tal y como indica COCA VILA, lo «que es “relativo a un bien jurídico” respecto de un bien tan etéreo como la libertad o autonomía sexual resulta altamente

---

<sup>3</sup> De forma más desarrollada, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 193-195.

<sup>4</sup> El voto particular también emplea otros argumentos para esto último. En primer lugar, descarta algún engaño porque «se vierte sobre apariencias, no realidades». En segundo término, sostiene que «el engaño motivacional (...) no tiene relevancia penal, al jugar otros principios como el de autorresponsabilidad». Y, finalmente, también afirma que «el consentimiento debe recaer, como se precisa en el artículo 178.2 CP vigente, sobre los actos de contenido sexual, no sobre los motivos o las motivaciones del mismo». Sin embargo, todo engaño transmite una apariencia que no se corresponde con la realidad. Además, el principio de autorresponsabilidad no explica por sí mismo la exclusión de los engaños motivacionales. Y, en todo caso, el art. 178.2 CP no precisa que el consentimiento deba recaer sobre actos de contenido sexual.

controvertido»<sup>5</sup>. En efecto, cuando se afirma que solo afecta a la libertad sexual el «engaño que se cierne sobre el hecho de la propia relación consentida-, y del que forman parte la novación del sujeto, el que recae sobre el propio contenido de la relación y el referido a la forma, el grado de injerencia», la pregunta que surge inmediatamente es: ¿por qué?, ¿por qué esa clase de engaños afectan a la libertad sexual y los otros no?

El voto particular no puede ofrecer una respuesta satisfactoria a esta pregunta. Y no puede hacerlo porque cualquier respuesta que ofrezca acabará siendo tan abstracta que no solo podrá fundamentar dicha delimitación de los engaños penalmente relevantes, sino también cualquier otra. Así, por ejemplo, aunque COCA VILA concreta de forma muy convincente el concepto de libertad sexual (recurriendo para ello a las nociones de autonomía corporal, intimidad y dignidad), su argumentación incurre en un salto al intentar derivar de ella el contenido de los engaños penalmente relevantes. Pues no es evidente por qué afectan a dicho bien jurídico los engaños sobre la naturaleza sexual (por ejemplo, el del «proctólogo que se inventa un motivo médico para llevar a cabo una exploración anal»<sup>6</sup>) y, en cambio, no hacen lo propio los engaños que inciden sobre la privacidad del acto sexual (por ejemplo, el de quien oculta que está grabando la relación sexual o el del «médico que engaña a su víctima sobre la condición de médico asistente de un amigo *voyeur* que contempla una exploración médica indicada»<sup>7</sup>)<sup>8</sup>. Es más, desde el punto de vista de la intimidad (uno de los elementos que, según COCA VILA, permite «capturar la dimensión sexual de la autonomía»<sup>9</sup>), parece más lesivo lo segundo que lo primero<sup>10</sup>. Igualmente, tampoco es fácil explicar por qué afectan a la libertad sexual los engaños sobre la identidad personal (por ejemplo, el de quien se cuela en un dormitorio oscuro para hacerse pasar por la pareja de quien está en la cama) y, por el contrario, no ocurre lo mismo con los engaños sobre la posibilidad de provocar un embarazo (por ejemplo, el del *tiktoker* que miente sobre su fertilidad). Incluso podría decirse que, desde la perspectiva de la autonomía corporal y de la dignidad (elementos que, de acuerdo con COCA VILA, también delimitan la «noción de autonomía sexual protegida»), los segundos son más graves que los primeros<sup>11</sup>.

La fundamentación del voto particular abre la puerta a castigar prácticamente cualquier engaño. Pues el vaporoso concepto de *libertad* sexual no obliga a delimitar los engaños relevantes del mismo modo que el Tribunal Supremo, sino que permite hacerlo razonablemente de muchas formas distintas. En este sentido, tiene razón la sentencia cuando afirma que «Si convertimos un

---

<sup>5</sup> COCA VILA, «Agresión sexual por engaño», *InDret*, (3), 2023, p. 445.

<sup>6</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 454.

<sup>7</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 454.

<sup>8</sup> Con una crítica similar, VALVERDE-CANO, «*Stealth*ing y otras relaciones sexuales en las que media engaño», *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 10, proponiendo una delimitación alternativa de los engaños relevantes.

<sup>9</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 450.

<sup>10</sup> En cambio, desde la perspectiva de la sentencia, resulta sencillo explicar por qué la «naturaleza sexual» es un elemento que define los actos sexuales y su «incidencia en la privacidad» no lo es: lo primero es un elemento consustancial a las agresiones sexuales y lo segundo no. En este sentido, toda agresión sexual implica un acto de naturaleza sexual, pero pueden cometerse agresiones sexuales sin atentar contra la intimidad de la víctima (por ejemplo, realizando un tocamiento sorpresivo por encima de la ropa).

<sup>11</sup> En cambio, vuelve a resultar sencillo explicar por qué el «contacto corporal» es un elemento que define los actos sexuales y su «incidencia en la libertad reproductiva» no lo es: lo primero es un elemento consustancial a las agresiones sexuales y lo segundo no. A estos efectos, toda agresión sexual implica el contacto con el cuerpo de una determinada persona, pero pueden cometerse agresiones sexuales sin atentar contra la libertad reproductiva (por ejemplo, realizando una penetración anal o con un objeto).

consentimiento prestado por engaño en la base de un delito de agresión sexual llegaríamos a una insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos. No hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables. Nos adentraríamos en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites».

Pero la posición del voto particular no solo tiene problemas de fundamentación, sino también de legalidad. Desde el momento en que se interpreta la palabra «consentimiento» del art. 178.1 CP como «aceptación libre y consciente», cualquier acto sexual aceptado a causa de un engaño debería ser típico. En realidad, dicha interpretación tendría los mismos efectos que ampliar el art. 178.2 CP para que dijera: «Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen (...) *empleando engaño*». Y, si esto es así, resulta muy poco respetuoso con el legislador que, luego, el intérprete niegue la tipicidad de la inmensa mayoría de los engaños<sup>12</sup>. Sobre todo, si lo hace sobre la base de una noción tan indeterminada como la de libertad sexual.

### 3. ¿Libertad o autonomía?

Para defender su postura, el voto particular afirma que «la definición del consentimiento contenida en el actual art. 178 CP, también aplicable a la redacción anterior, parte de la necesidad de que el consentimiento sea manifestado libremente, por lo tanto, el engaño, cuando el sujeto pasivo no manifiesta libremente su voluntad accediendo a la relación, puede rellenar la tipicidad del delito de agresión sexual»<sup>13</sup>. Desde este punto de vista, todos los engaños (también los motivacionales) harían que el consentimiento resultante no «se haya manifestado libremente» (art. 178.1 *in fine* CP). Y, por ello, la desmesura de dichos engaños debería restringirse «a partir de consideraciones nacidas de la afectación al bien jurídico».

Sin embargo, el argumento del voto particular debe rechazarse por el siguiente motivo: el art. 178.1 *in fine* CP no alude a la «consciencia» o al «conocimiento» de quien consiente, sino, únicamente, a su «libertad». Es cierto que, tal y como indica COCA VILA, «la toma de una decisión autónoma, además de la ausencia de coacción externa y de la competencia mental de quien consiente, depende también de la información de la que dispone quien consiente»<sup>14</sup>. No obstante, el art. 178.1 *in fine* CP no exige autonomía, sino libertad (es decir, lo que COCA VILA denomina «ausencia de coacción externa»). En este sentido, alguien que carece de la suficiente competencia (un menor) o de la debida información (la víctima de un engaño) puede tomar una decisión libre. Pues ello solo dependerá de que dicha decisión no haya sido coaccionada.

---

<sup>12</sup> Algo así equivaldría a que el antiguo delito de estupro (que sancionaba al que «interviniendo *engaño*, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis») se hubiera restringido a los engaños sobre la naturaleza sexual, la identidad y el contacto físico. Sobre la derogación de este delito RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 173.

<sup>13</sup> Argumento esgrimido por COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 438 y VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 8.

<sup>14</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 439.

La exigencia de que el consentimiento «se haya manifestado libremente» permite subsumir en el art. 178.1 CP (y no solo en el art. 178.2 CP) los actos sexuales obtenidos mediante intimidación<sup>15</sup>. Pues, obviamente, un consentimiento arrancado con amenazas no se manifestará libremente. Sin embargo, el consentimiento de alguien «de cuya situación mental se abusare» (art. 178.2 CP) puede manifestarse libremente. De modo que el acto sexual resultante no podrá subsumirse en el art. 178.1 CP, sino, únicamente, en el art. 178.2 CP<sup>16</sup>. Y algo parecido ocurrirá con el consentimiento derivado de un engaño: en tanto que dicho consentimiento se manifieste libremente (aunque se otorgue sin la debida información), el acto sexual subsiguiente no encajará en el tenor literal del art. 178.1 CP.

Contra lo anterior podría replicarse que las palabras «libertad» y «autonomía» a veces se usan como sinónimos. Y que, por ello, el requisito de que el consentimiento «se haya manifestado libremente» podría interpretarse como una exigencia de que este «se haya manifestado *autónomamente*». Sin embargo, el Código Penal no utiliza la palabra «libertad» en ese sentido. Y ello no solo lo prueban los preceptos que exigen un consentimiento libre y consciente (art. 156 CP), o libre e informado (art. 156 bis CP) –cuyo contenido sería redundante si libertad equivale a autonomía–, sino, sobre todo, el tenor literal del art. 183 bis: «el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad (...) cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo». Adviértase que, de acuerdo con este precepto, el *libre consentimiento* del menor no excluirá la responsabilidad cuando el autor sea una persona alejada del menor por edad y grado de desarrollo (por ejemplo, cuando este tenga cuarenta años). Lo cual implica que algunas agresiones sexuales se cometerán con el libre consentimiento de la víctima. De modo que, para el Código Penal, libertad no equivale a autonomía. Pues, de acuerdo con sus propios términos, una persona puede consentir libremente un acto sin la suficiente competencia (y, por tanto, sin plena autonomía).

#### 4. ¿Acceso carnal consentido?

La sentencia no califica el *stealthing* como un delito de violación porque «la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, -acceso por vía vaginal y con el miembro viril-; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril»<sup>17</sup>. Desde esta perspectiva, el *stealthing* constituiría una simple agresión sexual y se equipararía a los «casos de eyaculación deliberada en el interior de la cavidad vaginal, pese al rechazo anterior exteriorizado por la mujer».

Sin embargo, el *stealthing* no es asimilable a los supuestos de eyaculación interna in consentida. Pues, en estos últimos, la eyaculación implica un contacto físico distinto a la penetración que la precede y, por ello, lo uno y lo otro deben considerarse actos sexuales distintos: uno consentido (la penetración) y otro no consentido (la eyaculación). Así, puede afirmarse que el acto sexual realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) se ciñe al contacto físico (de naturaleza sexual)

<sup>15</sup> O los obtenidos mediante abuso superioridad, pues, en ellos, la víctima también carece de libertad. Así, CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25), 2023, p. 21.

<sup>16</sup> Por ello, no comparto la afirmación de VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 8, de que, en el art. 178 CP, existe «una relación de menos a más en la que el apartado 2 presupone en todo caso el apartado 1».

<sup>17</sup> Se muestran favorables a esta solución tanto GILI PASCUAL, «Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, p. 125, como VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 15. También, MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley* (10565), 2024, p. 7.

que implica la eyaculación y que, por el contrario, la penetración que supone el «acceso carnal» sí ha sido consentida. En cambio, en el *stealth* no concurren dos actos sexuales distintos, sino uno solo: una penetración sin preservativo; esto es, una penetración que se define por el contacto físico que implica (el contacto directo entre membranas mucosas). Y, obviamente, dicho acto inconsciente (al contrario de lo que ocurría con el acto inconsciente que implica la eyaculación) consiste en «acceso carnal».

El *stealth* constituye una agresión sexual. Y dicha agresión sexual consiste en acceso carnal. Ello debería bastar para apreciar un delito de violación. Pues el art. 179.1 CP solamente dice que:

«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal (...) el responsable será castigado como reo de violación».

Sin embargo, cuando la sentencia afirma que el art. 179 CP «está pensando en una penetración, por cualquiera de las vías establecidas, no consentida, no aceptada, rechazada», en realidad, está añadiendo un requisito a dicho precepto; concretamente, está añadiendo el requisito de que el acceso carnal sea inconsciente. De este modo, la sentencia reescribe el art. 179.1 CP en los siguientes términos:

«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal *sin consentimiento* por vía vaginal (...) el responsable será castigado como reo de violación».

Con este tenor literal, una violación no sería cualquier acto sexual inconsciente que consista en un acceso carnal, sino, únicamente, un acto sexual inconsciente que consista en un acceso carnal *inconsciente*. De esta forma, un acto sexual inconsciente que consista en un acceso carnal *consentido* solo constituiría una agresión sexual simple.

Adviértase que el objeto de este nuevo consentimiento no será el acto sexual que consiste en acceso carnal (pues, por definición, dicho acto sexual no estará consentido), sino *el acceso carnal en sí mismo*. Y, obviamente, dicho acceso carnal podrá definirse de forma más o menos amplia. Así, por ejemplo, si el acceso carnal se define de forma genérica (como la introducción de cualquiera de los elementos del art. 179 CP por cualquiera de las vías previstas) no cometerá una violación quien penetra analmente a una persona que solo ha consentido una penetración vaginal; pues, en este caso, se habría consentido un acceso carnal. En cambio, si el acceso carnal se define por la vía de acceso (vaginal, anal o bucal) no cometerá una violación quien penetra vaginalmente con el miembro viril a quien solo había consentido la introducción de los dedos en su vagina; a fin de cuentas, aquí se habría consentido el acceso carnal por esa vía. Y, finalmente, si el acceso carnal se define por la vía de acceso (vaginal, anal o bucal) y el elemento introducido (pene, miembros corporales u objetos) solo quedarán fuera del art. 179 CP supuestos como el *stealth*; es decir, supuestos en que «la ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, –acceso por vía vaginal y con el miembro viril–; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril».

No obstante, lo anterior debería conllevar que tampoco se castiguen como violaciones otros supuestos que, tradicionalmente, nuestra jurisprudencia ha considerado como tales. Me refiero, por un lado, a los engaños médicos que comportan una penetración digital. Por ejemplo, el que

recoge la SAP Madrid 611/2016<sup>18</sup>: «sin justificación médica alguna, indicó a la paciente que se bajara la falda, que se quitara la ropa interior y que se tumbara en la camilla (...) Acto seguido y con intención libidinosa introdujo dos dedos de la mano sin guantes en la vagina de la paciente». Dado que, en este caso, la introducción de los dedos en la vagina estaba consentida (pese a que no se hubiera consentido acto sexual alguno), la sentencia debería descartar la concurrencia de una violación. Y lo mismo debería hacer con todos los engaños sobre la identidad personal que implican acceso carnal. Por ejemplo, el que relata la SAP Cáceres 209/2020<sup>19</sup>: «Instantes después de que Andrés saliera de la habitación, Lázaro entró en el dormitorio, se desnudó y se introdujo en la cama en la que Socorro dormía (...) y pensando que se trataba de Andrés, consintió (...) facilitar la penetración y participar de aquel acto sexual». Teniendo en cuenta que, aquí, también se consintió una penetración vaginal (aunque fuera una penetración vaginal distinta), la sentencia no podría apreciar una violación, sino, únicamente, una agresión sexual simple.

En todo caso, dejando de lado lo contraintuitivo que resulta esto último, la posición de la sentencia debe rechazarse por ser contraria al principio de legalidad. En este sentido, tiene razón el voto particular cuando afirma que «el razonamiento expresado en la sentencia de la mayoría no es puramente de subsunción». En efecto, el art. 179.1 CP podría haber tenido otra redacción distinta (que exigiera que el acceso carnal no esté consentido). Pero no la tiene. Y, desde mi punto de vista, los problemas de proporcionalidad que dicha redacción comporta no debe solucionarlos el intérprete, sino el legislador.

## 5. Réplica a Coca Vila

Uno de los lemas del #MeToo fue: «no es sexo, es violación»<sup>20</sup>. Obviamente, dicho concepto de «sexo» prejuzga su licitud. Y es incompatible con afirmar que una violación es «sexo ilícito» (pues, si es ilícito, no puede considerarse «sexo»).

Algo similar ocurre con el concepto de consentimiento. A veces, dicho concepto se emplea de un modo que prejuzga su validez<sup>21</sup>. Y que es incompatible con afirmar que en una violación concurre un «consentimiento inválido» (pues, si es inválido, no puede considerarse «consentimiento»).

La ambigüedad de las palabras «sexo» y «consentimiento» puede generar algunas confusiones. Así, por ejemplo, alguien podría protestar porque se ha calificado como «acto sexual» lo que, a todas luces, constituye una violación. Sin embargo, dicha protesta sería impertinente si el concepto de «acto sexual» empleado no es el propio del lema transcrito, sino el del art. 181.4 CP: «Cuando el *acto sexual* consista en acceso carnal (...) el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años». En este sentido, toda violación presupone un acto sexual (ilícito). Y, en consecuencia, sostener que algo es un «acto sexual» no impide calificarlo como violación, sino que resulta necesario para ello.

---

<sup>18</sup> SAP-Madrid, Sección 16ª, de 10 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:15363).

<sup>19</sup> SAP-Cáceres, Sección 2ª, de 24 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APCC:2020:934).

<sup>20</sup> [https://www.eldiario.es/cultura/victoria-harvey-weinstein-placido-domingo\\_1\\_1117290.html](https://www.eldiario.es/cultura/victoria-harvey-weinstein-placido-domingo_1_1117290.html)

<sup>21</sup> Con más profundidad, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 176, nota 5.

COCA VILA favorece una confusión similar cuando se apoya en el preámbulo de la LO 10/2022 para decir: «No creo plausible afirmar que el legislador español reformista asumiera un concepto “débil” de consentimiento»<sup>22</sup>. Evidentemente, sería absurdo que el que el legislador asumiera un concepto débil de «consentimiento válido». Pues ello supondría «la irrelevancia general de todo acto sexual en el que la víctima ha pronunciado un “sí”»<sup>23</sup>; es decir, supondría la atipicidad de todos los actos sexuales que hayan sido aceptados (con independencia de si dicha aceptación se ha logrado con violencia, intimidación, abuso de superioridad, etc.). Sin embargo, nadie sostiene algo así. Lo que asume la sentencia es un concepto débil de «consentimiento». Y dicho concepto no prejuzga su validez. Pues la validez del consentimiento depende de los requisitos (positivos) del art. 178.1 *in fine* CP y de los (negativos) del art. 178.2 CP; es decir, depende de que el consentimiento (débil) se haya manifestado libremente mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona (art. 178.1 *in fine* CP<sup>24</sup>) y de que no haya sido obtenido mediante violencia, intimidación, abuso de superioridad, etc. (art. 178.2 CP)<sup>25</sup>. De modo que no es cierto que, de acuerdo con la sentencia, «todo vicio del consentimiento es irrelevante»<sup>26</sup>. El único vicio del consentimiento irrelevante es el que no está previsto en los arts. 178.1 *in fine* y 178.2 CP: el engaño.

Por otro lado, COCA VILA critica que, de acuerdo con el planteamiento de la sentencia, «para determinar el objeto de lo consentido es imprescindible recurrir a la metasemántica y a las convenciones sociales, que operarían como factores defectivos de determinación del exacto objeto de lo consentido. Sin embargo, el recurso a las convenciones sociales, además de no amortiguar la incertidumbre sobre los límites de lo consentido, abre la puerta a la determinación del consentimiento con base en convenciones sociales moralmente cuestionables. Dado que la convención social establece que en la mayoría de contextos el sexo biológico de una persona es relevante, no revelar dicho dato conduciría a afirmar que la relación sexual no ha sido consentida, cometiendo la persona transgénero un delito de agresión sexual»<sup>27</sup>. No obstante, creo que COCA VILA mezcla dos planos en su razonamiento: por un lado, cómo definir un acto sexual (una cuestión material) y, por el otro, cómo determinar los actos sexuales consentidos mediante una determinada expresión (una cuestión procesal). Las convenciones sociales son imprescindibles para lo segundo, pero no para lo primero. Así, por ejemplo, dichas convenciones determinan que, en circunstancias normales, quien dice «quiero acostarme contigo» consiente un beso previo. O que, normalmente, quien pone un preservativo a su pareja consiente una penetración (con preservativo). Sin embargo, las convenciones sociales no definen los actos sexuales. Una muestra de ello es que el exhibicionismo no constituye un «acto que atente contra la libertad sexual de

<sup>22</sup> COCA VILA, «Stealth: ¿violación o agresión sexual?», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2, indicando que el «preámbulo de la LO 10/2022 pone a las claras que el legislador no quería garantizar una pura declaración, sino “el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exenta de coacciones, discriminación y violencia”».

<sup>23</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

<sup>24</sup> Sobre la relevancia de este requisito, CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2024, en prensa.

<sup>25</sup> Adviértase que este concepto de «consentimiento válido» sí garantiza el derecho al que aludía el preámbulo de la LO 10/2022 a «decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exenta de coacciones, discriminación y violencia».

<sup>26</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

<sup>27</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

otra persona sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) aunque las convenciones sociales digan lo contrario. Al fin y al cabo, los actos sexuales a los que se refiere el art. 178.1 CP se definen por el contacto corporal (de naturaleza sexual) que implican. Precisamente por ello, aunque las convenciones sociales establezcan que el sexo biológico de una persona es relevante, no concurrirá ninguna agresión sexual si el contacto corporal (de naturaleza sexual) consentido se corresponde con el contacto corporal (de naturaleza sexual) realizado.

Teniendo en cuenta que COCA VILA también debe recurrir a las convenciones sociales –pues, de lo contrario, ¿cómo determinará si ha existido un engaño sobre el grado de injerencia corporal cuando no se ha explicitado lo pactado?–, su planteamiento no ofrece más certidumbre que el de la sentencia. Y tampoco lleva a consecuencias necesariamente distintas. Pues solo hay un caso que parece resolverse de forma distinta con un planteamiento u otro: el del *stealth* inverso<sup>28</sup>. Sin embargo, creo que el tratamiento de dicho supuesto no depende del criterio empleado para distinguir entre engaños relevantes e irrelevantes (el del consentimiento o el del bien jurídico), sino, únicamente, de si se admite la relevancia del criterio de «disminución del riesgo»<sup>29</sup>; esto es, de si se admite que, en el ámbito sexual, «quien consiente lo más también consiente lo menos». Aceptar este criterio permite dejar impune el *stealth* inverso, pero también obliga a absolver al cliente que «roba un beso» a una trabajadora sexual que ha dejado claro que solo consiente una determinada penetración. En cambio, rechazar dicho criterio permite castigar al cliente en cuestión, pero también obliga a castigar el *stealth* inverso. COCA VILA estima preferible lo primero. Yo, en cambio, creo que es mejor lo segundo<sup>30</sup>. Sin embargo, ni el criterio del bien jurídico obliga a aceptar que «quien consiente lo más también consiente lo menos», ni el criterio del consentimiento obliga a sostener lo contrario.

En realidad, la única diferencia entre el criterio del consentimiento y el del bien jurídico es su capacidad para fundamentar la delimitación de los engaños penalmente relevantes. Y aquí el criterio del consentimiento gana la partida. Pues puede explicar perfectamente por qué solo son relevantes los engaños que afectan al contacto corporal, a la persona involucrada en él y a la naturaleza sexual. En cambio, el criterio del bien jurídico no obliga a delimitar así los engaños relevantes, sino que permite hacerlo razonablemente de muchas formas distintas. Una muestra de ello es que VALVERDE-CANO y GILI PASCUAL emplean dicho criterio para delimitar los engaños relevantes de una forma distinta a la defendida conjuntamente por la sentencia y el voto particular del Tribunal Supremo<sup>31</sup>.

## 6. Réplica a Valverde-Cano

VALVERDE-CANO sostiene que interpretar el art. 178.1 CP de una forma que abarque los engaños (tal como hace el voto particular) no entraña un riesgo de *vis expansiva*. Pues en otros preceptos del Código Penal «se incluye expresamente el engaño como uno de los medios comisivos posibles, pero esto no significa que cualquiera sea relevante, o que lo vaya a ser de cualquier

---

<sup>28</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

<sup>29</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 438.

<sup>30</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 202.

<sup>31</sup> VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 10; GILI PASCUAL, «*Stealth* y legalidad penal», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.1, coincidiendo con ella «en que el referente de la integridad física podría estar siendo descartado de la ecuación con demasiada rapidez».



manera»<sup>32</sup>. Como ejemplos, dicha autora alude a los delitos de explotación laboral (art. 311 CP), estafa (art. 248) y prostitución forzada (187.1 CP). Sin embargo, aunque es cierto que la inclusión del engaño en dichos delitos no comporta que cualquiera sea relevante, creo que ello se debe a otros requisitos típicos (distintos del engaño) que no aparecen en el delito de agresión sexual. Así, por un lado, el delito de explotación laboral exige que «mediante engaño» se «impongan» (art. 311 CP) determinadas condiciones ilegales. De modo que la razón por la cual no es típica la conducta de quien «dice ser un empresario de éxito, cuando se encuentra sistemáticamente en pérdidas»<sup>33</sup> no es que falte el requisito del «engaño», sino el de la «imposición»; al fin y al cabo, aunque concurre un «engaño», este no «impone» nada. Y algo similar ocurre con la estafa: dicho delito exige que el «engaño» se utilice para inducir a un «acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». Así, la razón por la cual es atípica la conducta del vendedor que miente sobre un aspecto económicamente irrelevante del bien (por ejemplo, su color) no es la ausencia de un «engaño», sino el hecho de que no se induzca a realizar un «acto de disposición en perjuicio propio o ajeno»<sup>34</sup>. Adviértase que, en ambos casos, la atipicidad no deriva de la interpretación de la palabra «engaño», sino de otros requisitos típicos adicionales. Y, teniendo en cuenta que el delito de agresión sexual carece de esa clase de requisitos adicionales —pues solo exige un «acto que atente contra la *libertad* sexual de otra persona sin su consentimiento»—, interpretar el art. 178.1 CP de un modo que abarque los engaños entraña necesariamente un riesgo de *vis expansiva*<sup>35</sup>.

Por otro lado, VALVERDE-CANO afirma que la sentencia incurre en un *non sequitur*: «si lo único fundamental es el acto físico concreto acordado, que normalmente se limita a ciertas partes del cuerpo, ¿por qué es importante que se pueda percibir el rostro u otros elementos que permitan la identificación del sujeto? Desde la perspectiva del paradigma esbozado por COCA VILA, y que suscribo, esta pregunta es fácil de responder: porque los delitos sexuales también protegen una dimensión relacionada con la intimidad, y esta tiene un componente intersubjetivo que puede dañarse mediante un engaño que afecte a tales extremos»<sup>36</sup>. Sin embargo, no me parece evidente que la intimidad pueda fundamentar la relevancia de los engaños sobre la identidad personal. ¿Por qué un engaño sobre la identidad personal afecta a la intimidad y un engaño sobre la grabación del acto sexual no lo hace? En todo caso, el planteamiento de la sentencia sí puede explicar por qué los engaños sobre la identidad personal son relevantes: en tanto que los actos sexuales se definen por el contacto corporal que implican, y dicho contacto corporal siempre involucra a otra persona, la persona involucrada en el contacto corporal también definirá el acto sexual en cuestión. Ahora bien, con independencia del criterio empleado para fundamentar la relevancia de los engaños sobre la identidad personal, lo complejo en este ámbito es determinar *con qué persona se consiente un acto sexual*: ¿con la que uno tiene en la cabeza o con la que percibe directamente? Si se opta por lo primero debe castigarse a quien finge ser Brad Pitt para mantener relaciones sexuales con una admiradora que, en realidad, nunca lo ha visto en carne y hueso<sup>37</sup>. En cambio, si se opta por lo segundo deberá absolverse a la mujer que se hace pasar por su gemela para cenar con su cuñado y, tras una velada romántica, mantener relaciones sexuales con él

<sup>32</sup> VALVERDE-CANO, «Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.3.

<sup>33</sup> VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.3.

<sup>34</sup> Más dudas me genera el delito de prostitución forzada (art. 187.1 CP). En dicho delito, o se interpreta el verbo «determinar» en un sentido análogo al de «imponer», o se admite que cualquier engaño es relevante.

<sup>35</sup> Además de implicar el problema de legalidad señalado en la nota 12.

<sup>36</sup> VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

<sup>37</sup> Algún matiz en COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 457; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 208, n. 94.

(pensando el cuñado que mantiene relaciones sexuales con su esposa). Obviamente, tanto lo uno como lo otro resulta contraintuitivo. Y, precisamente por ello, las propuestas anglosajonas de (solo) castigar a quien se hace pasar por alguien «conocido» por la víctima me parecen, *de lege ferenda*, un modelo a seguir (pues permiten absolver al falso Brad Pitt y condenar a la gemela). De acuerdo con dichas propuestas, la pregunta de antes debería contestarse del siguiente modo: se consiente con la persona que uno tiene en la cabeza cuando esta se conoce personalmente, y con la que uno percibe directamente cuando no existe ningún vínculo personal previo.

Finalmente, VALVERDE-CANO defiende que el *stealth* no constituye una violación porque, en él, la víctima conoce la realización de un acto penetrativo que tiene carácter sexual. En cambio, «no ocurriría lo mismo en un supuesto como el del sanitario que realiza tocamientos ajenos a la *lex artis* simulando que son los propios de una exploración sanitaria, porque en este caso sí se han infringido las pretensiones de veracidad sobre el acceso penetrativo, ya que se ocultó que era de naturaleza sexual. En este caso, sí debería aplicarse el art. 179 CP»<sup>38</sup>. Sin embargo, dejando de lado los problemas de legalidad que comporta añadir al 179 CP la exigencia de que el acceso carnal no esté consentido<sup>39</sup>, me parece arbitrario que, para consentir dicho acceso, la víctima deba conocer su naturaleza sexual, pero no el contacto físico que implica. ¿Por qué lo uno y no lo otro? ¿Y por qué no al revés?

## 7. Réplica a Gili Pascual

GILI PASCUAL también defiende que el *stealth* no constituye una violación argumentando que el Código Penal no debe leerse «a modo de *check-list* de los artículos concernidos en función solo de los términos que en ellos aparecen», pues, en este sentido, «que exista un muerto no significa que haya que calificar por homicidio»<sup>40</sup>. Y, del mismo modo, «que exista una agresión sexual y que los hechos objeto de análisis incluyan un “acceso carnal” no significa *indefectiblemente* que el precepto aplicable deba ser el art. 179 CP. La agresión sexual puede que no haya consistido, en términos jurídicos, en el acceso carnal». Sin embargo, aunque la exigencia de que el autor «matare a otro» (art. 138 CP) deja mucho margen interpretativo para que hayan muertos sin homicidios, el requisito de que la agresión sexual consista en «acceso carnal» no es tan flexible. Obviamente, podría defenderse que solo implica acceso carnal en sentido jurídico aquel que no ha sido consentido. Pero ello supone ir más allá de una interpretación meramente restrictiva. Supone, tal y como indica COCA VILA, una «reducción teleológica» que «habría de materializarse en una interpretación derogatoria del art. 179 CP». Y comparto con este último autor que, aunque castigar el *stealth* con un mínimo de cuatro años de prisión «puede ser excesivo, dudo que estemos ante un supuesto de desproporción (cardinal) manifiesta que justifique la admisión de una forma de pseudo-control difuso de constitucionalidad como a la que nos aboca autorizar a tribunales ordinarios a inaplicar el art. 179 CP»<sup>41</sup>.

Por otro lado, GILI PASCUAL considera que mi planteamiento está muy apegado a la realidad física y «relega a un segundo plano (o simplemente desecha) las consideraciones axiológicas necesarias para la valoración jurídica (cuando no se trata de explicar la realidad, sino justamente de

---

<sup>38</sup> VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

<sup>39</sup> Véase el apartado 4.

<sup>40</sup> GILI PASCUAL, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.1.

<sup>41</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

valorarla)» de modo que «encuentra dificultades para explicar por qué no son violaciones otros contactos corporales diferentes»<sup>42</sup>. Sin embargo, no creo que mi planteamiento deseche las consideraciones axiológicas; precisamente, dicha clase de consideraciones me llevan a definir los actos sexuales por el contacto físico que implican (en vez de hacerlo por sus riesgos para la salud, los reproductivos, su incidencia en la intimidad, etc.). Y, obviamente, el criterio del contacto físico plantea dificultades al establecer el umbral de la insignificancia (cambiar un preservativo más grueso por otro más fino, ocultar la menstruación, eyacular sin consentimiento, etc.). Pero dichas dificultades son las propias de la gradualidad. Y, en mi opinión, son inevitables.

---

<sup>42</sup> GILI PASCUAL, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.2.

## Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos

Ana Belén Valverde-Cano\*  
Universidad Complutense de Madrid  
anabeval@ucm.es

-

### 1. Introducción

Solo se puede criticar con eficacia —aunque no necesariamente con razón— aquello que es sólido o que tiene los contornos definidos. Este es el caso de la STS 603/2024, de 14 de junio, que tengo el honor de comentar. Avanzo que, aunque estoy en desacuerdo con el camino argumentativo de la sentencia, acercándome en muchos puntos al del voto particular, comparto sus conclusiones: que las conductas de *stealth* son atentados penalmente relevantes contra la libertad sexual que deben castigarse como agresión sexual (art. 178 CP) y no como violación (art. 179 CP).

La sentencia responde dos preguntas. La primera, sobre si las conductas de *stealth* constituyen un atentado contra la libertad sexual. Afirma rotundamente que sí, rechazando la otra opción interpretativa posible, que era considerar atípicos este tipo de contactos por no tener significado sexual autónomo, o tratarlos en su caso como delitos contra la integridad física<sup>1</sup>. Tanto la sentencia como el voto discrepante coinciden en esto, y también en que se puede consentir válidamente un contacto sexual, aunque sea con un consentimiento viciado, siempre que el error recaiga sobre los *motivos* para mantener la relación sexual. Discrepan, no obstante, en el papel que se le otorga al engaño como medio comisivo en los delitos sexuales. La segunda pregunta tiene que ver con la subsunción del hecho en el delito de agresión sexual (art. 178 CP, o los antiguos abusos) o en el de violación (art. 179 CP). En la sentencia se defiende que el engaño, que impide consentir el contacto que verdaderamente tiene lugar (uno sin preservativo), no oculta el hecho de la penetración vaginal. Este fue conocido y consentido, lo que impide la aplicación del delito de violación. El voto particular, sin embargo, critica este juicio de subsunción porque considera que, ante una penetración no consentida, esto es, cuando «la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal», el precepto aplicable es el art. 179 CP.

Mi comentario se estructura en tres partes, definidas por mi discrepancia con la sentencia en cuanto al tratamiento de los engaños en las relaciones sexuales (apartado 2), y mi confluencia

---

\* Esta publicación se ha elaborado en el marco de los proyectos RYC2022-037101-I/PID2022-141837OB-I00.

<sup>1</sup> Vid., GILI PASCUAL, «*Stealth*. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de Política Criminal*, (3), 2021, pp. 89-94.

con la aplicación del delito de agresión sexual y no violación (apartado 3). Concluyo con unas réplicas a los comentarios y observaciones de los colegas en este mismo número (apartado 4).

## 2. El engaño como medio típico en los delitos sexuales

### 2.1. Argumentos de la sentencia en contra de la relevancia del engaño como medio típico

La sentencia, muy deferente con la doctrina nacional, se basa en el siguiente planteamiento: no se pueden cometer agresiones sexuales mediante engaño, salvo que este en realidad oculte un contacto físico sexual no consentido<sup>2</sup>. Para excluir la relevancia de los engaños como posibles medios típicos en los delitos contra la libertad sexual, la sentencia utiliza tres argumentos, dos de tipo *sensu contrario* de carácter histórico o sistemático, y otro consecuencialista. Aunque se exponen de manera muy persuasiva, presentan debilidades en varios flancos.

*a. Argumento a maiore ad minus: si se ha descriminalizado el estupro de menores de edad, con más razón debe considerarse atípico el engaño entre adultos.*

Este argumento se ve aparentemente reforzado por el hecho de que se tratara de incluir una referencia expresa al engaño en los trabajos legislativos, y que la moción fuera expresamente rechazada<sup>3</sup>. No obstante, de la destipificación de algunos engaños para lograr mantener relaciones sexuales con menores no se sigue necesariamente que *cualquier* engaño deba ser atípico<sup>4</sup>. La razón es sencilla: las conductas engañosas a las que se refería el estupro constituyen un *aliud* respecto a las que (creo) siguen cabiendo entre adultos. Me explico.

---

<sup>2</sup> Se trata de un planteamiento que ha sido esbozado entre nosotros por autores como CASTELLVÍ MONSERRAT, MÍNGUEZ ROSIQUE, RAMOS VÁZQUEZ, GUTIÉRREZ MAYO y CUGAT MAURI. Vid. CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, pp. 171-220; CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealthing*», *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13; CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP. Vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad e abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, 2022, pp. 227-249; GUTIÉRREZ MAYO, «Comentario de la sentencia del juzgado de instrucción nº 2 de Salamanca de 15 de abril de 2019, que condena por abuso sexual del artículo 181.1 del código penal un caso del denominado *stealthing*», *Boletín Digital Penal*, (33), 2019, pp. 10-13; MÍNGUEZ ROSIQUE, «Sexo, mentiras y preservativos (o de la llegada del *stealthing* al Tribunal Supremo)», *Diario La Ley*, (10565), 2024, pp. 1-11; RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 167-177.

<sup>3</sup> RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, p. 172. El argumento de la «intención del legislador», no obstante, no debe ser decisivo para la interpretación del Derecho penal, sobre todo si disponemos de otros criterios. En sentido parecido: DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, *Fundamentos de los medios comisivos en el tipo de injusto de los delitos compuestos*, 2024, p. 414.

<sup>4</sup> En cualquier caso, no está de más recordar que tomarse demasiado en serio el argumento *sensu contrario* puede tener otros efectos perturbadores en la regulación de los delitos sexuales. Por ejemplo, el artículo 181.1 CP especifica que «los actos de carácter sexual [...] que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor» quedan incluidos en el concepto de agresión sexual. Nada dice al respecto el art. 178.1 CP, lo cual nos llevaría a la inasumible consecuencia de que obligar a un adulto a practicar actos sexuales sobre sí mismo no constituye agresión sexual, sino, a lo sumo, un delito de coacciones o amenazas.

Igual que el concepto de consentimiento se utiliza de manera más o menos adjetivada (a veces requiere más o menos información, a veces más o menos libertad), pudiendo identificarse como mínimo dos conceptos distintos —en sentido «débil» y «fuerte»—, lo cierto que es que también la propia noción de engaño se utiliza en más de un sentido, como, de hecho, se menciona en la sentencia. Uno que se correspondería con el «engaño en el *por qué*» y otro con el «engaño en el *qué*». El primero, más amplio, admite no solo el fraude sobre el hecho en sí, sino también sobre los motivos o la contraprestación (*fraud in the inducement*), como ocurre en los delitos de estafa o de trata<sup>5</sup>. El segundo se circunscribe estrictamente al hecho (*fraud in the factum*), relevante por ejemplo en el delito de aborto del art. 144 CP<sup>6</sup>. Como advierte GILI PASCUAL, puede interpretarse que el antiguo delito de estupro se refería *únicamente* al primer tipo de engaño —recordemos el clásico ejemplo de la oferta de matrimonio para conseguir mantener relaciones sexuales—, que no era punible entre adultos<sup>7</sup>. No lo era entonces, y tampoco ahora. Pero eso no prejuzgaba nada sobre el tratamiento que había de dispensarse al segundo tipo de engaños, que podía (y puede) castigarse conforme al régimen general cuando sea equiparable a otros atentados no aceptados.

*b. Argumento pro vigencia de la norma: el concepto de consentimiento del art. 178.1 CP debe entenderse «en sentido débil» porque, de lo contrario, varios preceptos devienen redundantes.*

Resumidamente: la sentencia mantiene que el entendimiento restringido del art. 178.1 CP salva la vigencia de más preceptos penales y se trata, por tanto, de una interpretación preferible. Este argumento está fundado en la perspicaz observación de que el Código Penal no alude al consentimiento unívocamente. A veces se refiere a un consentimiento en sentido fuerte —p. ej., el consentimiento «válido, libre, consciente y expresamente emitido» al que se refiere el art. 156 CP—, y otras veces en sentido débil, equivalente a aceptación y compatible con situaciones de intimidación, como al que se refiere el art. 144 CP, que castiga al que practica el aborto «habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño». La Sala 2ª sostiene que el consentimiento al que alude el art. 178.1 CP debe entenderse en su sentido débil, esto es, ceñido a conductas sorpresivas o realizadas sobre personas dormidas, y por ello debe completarse necesariamente con el art. 178.2 CP. Si no se hiciese así y se interpretase el consentimiento del art. 178.1 CP en un sentido fuerte —equivalente al consentimiento libre e informado—, el art. 178.2 CP sería casi por completo redundante, como también lo serían el art. 183 bis CP o algunos preceptos relativos a las agresiones sexuales a menores.

Se trata de una interpretación poco compatible con una lectura alternativa y, a mi juicio, más razonable, del art. 178.1 CP *in fine*: «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando *se haya manifestado libremente* mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, *expresen de manera clara la voluntad de la persona*». La sentencia sostiene que el art. 178.1 CP no castiga los actos sexuales intimidatorios porque son actos aceptados, aun en sentido débil. Están cubiertos por el art. 178.2 CP, pero, insisto, no por el artículo anterior. Esto significa que el «de acuerdo, me acuesto contigo» musitado por una persona a la que se le dice «o te acuestas conmigo o mato

<sup>5</sup> También incluyen esta clase de engaños los arts. 144 (aborto); 172 bis.2 (forzar a alguien a abandonar el país para obligarlo a contraer matrimonio); 183 (*grooming*); 312.2 (determinar a abandonar el puesto de trabajo); o 313 (forzar la migración) del Código Penal.

<sup>6</sup> *Id.*, sobre la distinción entre *fraud in the factum* y *fraud in the inducement*, COCA VILA, «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, pp. 445-447.

<sup>7</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 111 ss.

a tu hijo», equivale a un «sí» manifestado libremente, un acto que expresa de manera clara su voluntad<sup>8</sup>. Recuerda agudamente CASTELLVÍ MONSERRAT que hay una diferencia entre decir «consentimiento libre» o «consentimiento manifestado libremente», pero no me parece que la diferencia sea tan radical como el autor parece sugerir<sup>9</sup>, porque parece evidente que la ausencia de un contexto coercitivo es una condición *sine qua non* para manifestar libremente (!) el consentimiento. El contexto coercitivo excluye la libertad de la *formación* de la voluntad, pero también la libertad de su *manifestación*.

Por otro lado, tampoco es cierto que esta sea la única interpretación que mantiene la vigencia de los tipos. Otra lectura que admita que el art. 178.1 CP incluye un abanico amplio de conductas más y menos incisivas con la libertad, entre las que se encuentran las del apartado 2, no hace redundante este precepto porque su función es la de recordar que esas concretas conductas típicas constituyen *en todo caso* agresión sexual<sup>10</sup>. Las conductas engañosas pueden no constituir medios idóneos para atentar contra la libertad sexual en algunos casos, pero no así las enumeradas en el art. 178.2 CP, que habrán de considerarse siempre medios típicos a efectos de la agresión sexual. Esta interpretación tampoco hace redundantes los arts. 183 bis (cláusula Romeo y Julieta) o los que se refieren a las agresiones sexuales a menores, que constituyen cláusulas imprescindibles para especificar qué atentados contra la esfera sexual de los menores son penalmente relevantes<sup>11</sup>.

*c. Argumento de la pendiente resbaladiza: una interpretación restrictiva es la única que puede erradicar una inasumible vis expansiva del Derecho penal sexual.*

Se trata sin duda del argumento más decisivo. Si la inclusión del engaño entre los posibles medios típicos realmente conduce a criminalizar conductas que no merecen ser castigadas, entonces es preferible optar por la interpretación restringida, aunque parezca algo forzada o poco compatible (lingüísticamente) con el precepto. Sin embargo, no creo que este sea el caso. Si se acepta que aludimos al engaño en distintos sentidos, que no cualquiera equivale a *fraud in the inducement* —

---

<sup>8</sup> Creo que este era el sentido en el que podía interpretarse al autor del que procede la distinción entre el consentimiento en sentido débil o fuerte (CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 182 ss.), y por eso le hice esta crítica aquí (cfr., también, VALVERDE-CANO, «*Stealth*ing y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para decidir sobre su castigo», *Diario La Ley*, [10495], 2024, pp. 1-15). No obstante, en su comentario a este número de la RCJ, el propio CASTELLVÍ MONSERRAT aclara que el art. 178.1 CP también engloba los actos sexuales obtenidos mediante intimidación, y como la mejor fuente de interpretación de un autor es el propio autor, mi crítica en este punto se dirige únicamente a la sentencia, que sí parece sostener que el art. 178.1 CP no incluye los actos sexuales realizados mediante intimidación cuando dice que «el reformado art. 178 CP estaría incompleto si junto al primer párrafo que enuncia la ausencia de consentimiento, no especificase que quedan asimilados aquéllos supuestos en que media violencia o intimidación (consentimiento arrancado coactivamente)».

<sup>9</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 189, n. 40.

<sup>10</sup> De todos modos, las conductas típicas deben recaer sobre el modo de obtención del consentimiento (p. ej., violentamente) y no sobre el acto sexual en sí, como se deduciría de una interpretación literal del artículo. De otro modo, se estarían prohibiendo injustificadamente prácticas plenamente consentidas en las que media algún grado de violencia (p. ej., prácticas sadomasoquistas). Cfr. GONZÁLEZ TASCÓN, «El delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, (43), 2023, pp. 32 ss.; PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», *RECPC*, (25), 2023, pp. 22-23.

<sup>11</sup> *Vid.*, FUERTES IGLESIAS, *El nuevo derecho penal sexual español y los menores*, 2024; RAMOS VÁZQUEZ, «La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial», *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 307-360.

engaño sobre los motivos o contraprestación—, sino que es necesario determinar caso por caso cuáles son relevantes en función de a qué afectan y en qué medida, teniendo en cuenta el tipo penal y el bien jurídico, no hay riesgo de que se materialice la temida *vis expansiva*. De esto da cuenta el voto particular cuando afirma que «estas situaciones pueden ser fácilmente apartadas de la tipicidad desde la ausencia de relevancia del engaño, pues la relación se ha consentido con una persona, no con su apariencia. El consentimiento debe recaer, como se precisa en el artículo 178.2 CP vigente, sobre los actos de contenido sexual, no sobre los motivos o las motivaciones del mismo».

Un buen ejemplo de esto lo constituye el tratamiento del engaño en los delitos de explotación laboral (art. 311.1 CP) y en los delitos de prostitución (art. 187.1 CP). En todos estos casos se incluye expresamente el engaño como uno de los medios comisivos posibles, pero esto no significa que cualquiera sea relevante, o que lo vaya a ser de cualquier manera<sup>12</sup>. No lo es, por ejemplo, aquel que versa sobre la condición del empleador (dice ser un empresario de éxito, cuando se encuentra sistemáticamente en pérdidas), pero sí algunos otros que recaigan sobre la contraprestación o sobre algunas características de la relación laboral (promete el pago del salario a fin de mes, pero sistemáticamente retiene algunas cantidades o deja de pagar en algún punto). Podemos efectuar consideraciones muy semejantes sobre el delito de sometimiento a prostitución del art. 187.1 CP. Como puede verse, aunque se admita el engaño como medio comisivo, esto no ha supuesto la criminalización de cualquier conducta fraudulenta.

## 2.2. Inconvenientes de la postura de la sentencia sobre los engaños

La sentencia sostiene que la lesión a la libertad sexual que se produce mediante engaño es atípica. Ahora bien, si la conducta fraudulentamente *encubre* aspectos básicos de la relación sexual, será punible, no por lo engañoso, sino porque desencadena contactos distintos a los acordados: no hay engaño, pero tampoco hay consentimiento. Estos aspectos básicos que se ocultan, impidiendo lógicamente que puedan consentirse, son los siguientes: (1) el contacto sexual *concreto* que está teniendo lugar; (2) la auténtica naturaleza sexual de tal contacto; o (3) la identidad de la contraparte.

De manera muy ilustrativa, la sentencia plantea la necesidad de sustituir una pregunta —«¿el consentimiento estaba viciado por un error esencial provocado?»— por otra: «¿el acto sexual concreto estaba consentido? ¿se apartó esencialmente de lo que se había aceptado?».

Pueden efectuarse dos consideraciones. La primera, sobre la existencia de un *non sequitur*. Se dice que los tres extremos mencionados conforman los elementos esenciales del acto sexual concreto ex art. 178 CP y que, por tanto, deben conocerse. Creo que, al menos en lo relativo a la identidad personal, esto no es evidente. Así, si lo único fundamental es el acto físico concreto acordado, que normalmente se limita a ciertas partes del cuerpo, ¿por qué es importante que se pueda percibir el rostro u otros elementos que permitan la identificación del sujeto? Desde la perspectiva del paradigma esbozado por COCA VILA, y que suscribo, esta pregunta es fácil de responder: porque los delitos sexuales también protegen una dimensión relacionada con la

<sup>12</sup> En realidad, tampoco en los de estafa, a pesar de ser delitos que, paradigmáticamente, castigan los engaños sobre los motivos. *Vid.*, por ejemplo, sobre engaños atípicos o aquellos que constituyen un ilícito civil en las transacciones patrimoniales: DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación», *Dereito*, (21), 2012, pp. 19 ss.



intimidad, y esta tiene un componente intersubjetivo que puede dañarse mediante un engaño que afecte a tales extremos. La persona puede, razonablemente, esperar protección frente a una afectación ilegítima de sus pretensiones de veracidad en este ámbito<sup>13</sup>. No obstante, puesto que el planteamiento de la sentencia o el esbozado por CASTELLVÍ MONSERRAT impiden dar cabida a algo parecido a unas pretensiones de veracidad, excluyendo la punición de cualquier engaño salvo que conforme un *distinto acto sexual concreto*, debería entonces explicarse más detalladamente por qué, si se conocen los concretos contactos sexuales intercambiados con otra persona, estos son distintos si se mantienen con María o si se hace con Lucrecia.

La segunda consideración tiene que ver con algunas contraintuitivas consecuencias (a veces inclusivas de más, a veces de menos) a las que lleva la adopción de este paradigma, como la punición de lo que se conoce como «*stealth*ing inverso» (emplear subrepticamente un preservativo cuando se acordó una relación sin él) u otras variaciones de contacto (se había acordado una relación penetrativa con un miembro masculino y finalmente se utiliza otro artefacto)<sup>14</sup>. Al hablar exclusivamente de contactos conocidos/no conocidos, se dejan de lado herramientas que pueden ser de utilidad para resolver los casos en los que hay un *minus* de afectación a la autonomía sexual, aunque el contacto concreto no se haya podido aceptar porque efectivamente no se conocía. Así, una postura más flexible, que admita la punición de engaños que tengan como foco tanto el contacto sexual concreto como la medida en que este puede afectar a la autonomía sexual, admite la dispensa de soluciones más razonables a estos supuestos.

### 3. ¿Agresión sexual o violación?

A pesar de las discrepancias con el razonamiento, lo cierto es que coincido con el fallo: en el contexto de la relación sexual hay aspectos consentidos (el acceso penetrativo) y otros que no (el relacionado con el uso de preservativo). La sentencia señala que los actos penetrativos no consentidos están más duramente castigados porque son más graves. La conducta de *stealth*ing que se enjuicia no alcanza tal grado de antijuridicidad porque el acceso carnal sí se había consentido (no así el modo concreto de ejecución):

«La penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento [...]. El acceso no desborda el consentimiento otorgado. La ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal».

Esta argumentación encaja perfectamente en un paradigma como el que aquí se asume, basado en las pretensiones de veracidad como delimitadoras del objeto del consentimiento sexual<sup>15</sup>, pero

---

<sup>13</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 452 ss.; EL MISMO, «El *stealth*ing como delito de violación. Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *InDret*, (4), 2022, pp. 299 ss.

<sup>14</sup> En el caso *McNally v. R* [EWCA Crim 1051 (2013)], por ejemplo, (M) accede a mantener relaciones sexuales con McNally, con quien mantenía una relación sentimental a distancia, pensando que era biológicamente hombre y sin saber que era transexual. Se alegó que McNally utilizó un dildo para mantener relaciones sexuales penetrativas con (M), sin que ella se diera cuenta.

<sup>15</sup> Paradigma esbozado por COCA VILA, aun con algunas divergencias, que no es de recibo desarrollar aquí, pero que esbozo muy sucintamente en VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, pp. 1-15. De hecho, el autor citado sostiene que las conductas de *stealth*ing deben castigarse violación ex art. 179 CP: COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, pp. 306-307.

no debería tener espacio en el que adopta la sentencia, donde no hay pretensiones de veracidad, sino actos sexuales sobre los que se tiene o no consciencia. Si no hemos de fijarnos en el engaño, sino en el contacto concreto que se produce, esto debe llevarnos a decir que el *concreto contacto penetrativo no se pudo consentir*. Es decir, que desde esta óptica solo hay una conducta penalmente relevante, no dos, y este acto del que la persona no era consciente resulta que es penetrativo. Esto a su vez nos obliga a aplicar el marco penológico del art. 179 CP, que no permite la atenuación de la pena de una manera equivalente a la del art. 178.3 CP, aunque efectivamente nos parezca menos grave<sup>16</sup>.

No obstante, si partimos de la idea de que hay áreas en las que existen pretensiones de veracidad, y que estas pueden ayudar a delimitar el objeto del consentimiento sexual en algunos casos<sup>17</sup>, llegamos a la misma conclusión que la sentencia sin contravenir el razonamiento previo. Así, a una persona no se le puede exigir que no mienta en su interacción con otro adulto. Puede hacerlo, aunque con ello consiga que este mantenga relaciones sexuales no del todo acordes con su *auténtica* voluntad (se había jurado no salir jamás con una persona casada). Pero si esa otra persona exterioriza de alguna manera los límites a la relación que desea mantener y estos pertenecen al núcleo duro de lo protegido por los delitos sexuales (como la indemnidad corporal y la intimidad), no se pueden soslayar. Estos deberes de veracidad se extenderán hasta donde sea razonablemente necesario para que la persona salvaguarde un grado de autonomía sexual suficiente, configurando así el objeto del consentimiento sexual<sup>18</sup>.

En el caso de los actos penetrativos ex art. 179 CP, lo que debe conocerse abarca dos extremos: que sea un acto penetrativo y que tenga carácter sexual. Todo ello lo conocía la víctima de *stealthing*<sup>19</sup>. Lo único que desconocía era uno de los aspectos de la interacción (el no uso del

---

<sup>16</sup> Para solucionar este problema, el propio CASTELLVÍ MONSERRAT sugiere que se prevea una cláusula atenuatoria equivalente a la del art. 178.4 CP, que permitiría castigar este tipo de agresiones con pena de multa (CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, [4], 2023, pp. 206-207). Cfr., sin embargo, MARTÍNEZ DE ABREU, «Una aproximación a la relevancia penal del *stealthing* en el ordenamiento español», *Revista Penal México*, (22), 2023, pp. 132-133. Este autor considera aplicable la atenuación del art. 178.3 al 179 CP.

<sup>17</sup> Al igual que ocurre, por cierto, con otros delitos que se basan en afectaciones a la autonomía, como las lesiones producidas en el contexto de un tratamiento médico o la estafa. La persona no tiene que ser informada de absolutamente todas las minucias de la intervención médica, pero sí de todos aquellos aspectos o riesgos que puedan afectar a su salud. *Vid.*, GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*, 2012, pp. 230 ss.; PASTOR MUÑOZ, «El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, pp. 82 ss. Sobre la relevancia de otros condicionantes de carácter ético-social para la evaluación del consentimiento, cfr. ÍÑIGO CORROZA, «El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», *ADPCP*, (LXXV), 2022, pp. 181 ss.

<sup>18</sup> El objeto del consentimiento, así definido, se hace cargo de la dimensión gradual de la autonomía (COCA VILA, *InDret*, [3], 2023, pp. 450 ss.). El punto de partida es, por tanto, que la persona que mantiene relaciones sexuales que no se ajustan a su voluntad es responsable de su acto de disposición, salvo que exista una razón normativa para desplazar la responsabilidad al que ha generado el error. Y esta razón se impone para conservar un, perdón por la horripilante metáfora, «mercado sexual» que garantice un adecuado balance entre las vertientes positivas y negativa de la autonomía sexual, que no pueden optimizarse al mismo tiempo. Advierten sobre esto, WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2003, p. 3; HÖRNLE, «The Challenges of Designing Sexual Assault Law», *Current Legal Problems*, (XX), 2024, pp. 4 ss. En cualquier caso, aun contraviniendo la dimensión negativa de la autonomía sexual, estas conductas deben alcanzar un mínimo de lesividad. Cfr. PÉREZ ALONSO, «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *InDret*, (3), 2019, pp. 38 ss.

<sup>19</sup> No ocurriría lo mismo en un supuesto como el del sanitario que realiza tocamientos ajenos a la *lex artis* simulando que son los propios de una exploración sanitaria, porque en este caso sí se han infringido las

preservativo), que importa a efectos de la aplicación del régimen de delitos sexuales porque implica un *plus* de injerencia en la libertad sexual. Como apuntaba tempranamente GILI PASCUAL, el hecho de no usar el preservativo es un acto de significado sexual específico (lo llama «sexo seguro»), distinto de las prácticas en las que se utiliza profiláctico, generalmente menos arriesgadas<sup>20</sup>. La razón seguramente tenga que ver con la dimensión social de la autonomía sexual, y el hecho de que la percepción social sobre la gravedad de un atentado contra la autonomía está al menos parcialmente definida por las consecuencias o daños que puede conllevar tal interacción de este tipo.

#### 4. Réplica

Después de haber leído los comentarios de los compañeros, constato lo siguiente: estamos de acuerdo con que el juicio de subsunción de las conductas de *stealth* en el art. 178 CP es correcto, es decir, que son agresiones sexuales, pero seguimos discrepando en el razonamiento. Y, sobre si, además, deben castigarse como violación, COCA VILA y CASTELLVÍ MONSERRAT dicen que sí, que el mandato normativo es claro e ineludible, alineándose así con el voto particular, mientras que GILI PASCUAL y yo misma sostenemos que la interpretación de la sentencia, que no aplica el art. 179 CP, no solo es plausible, sino más adecuada. Mantengo esta opinión en lo esencial, aunque creo conveniente realizar algunas matizaciones e, incluso, conceder algún punto a las críticas que se me han hecho.

##### a. *Stealth* como delito de agresión sexual

CASTELLVÍ MONSERRAT comienza su comentario delineando las dos grandes posturas que llegan a la misma conclusión, etiquetándolas como «tesis del bien jurídico» y «tesis del consentimiento»: «la sentencia considera que la diferencia entre unos engaños y otros es el *consentimiento*: los engaños mencionados provocarían actos sexuales in consentidos y el resto no. En cambio, el voto particular identifica dicha diferencia en el *bien jurídico*; desde esta perspectiva, cualquier engaño podría provocar un acto sexual in consentido, pero solo los mencionados afectarían a la libertad sexual de la víctima».

No tengo claro que los que firman la sentencia o el voto particular se vean adecuadamente retratados en estas categorías. Ni la sentencia prescinde de criterios relacionados con el bien jurídico, ni el voto particular es ajeno a la delimitación del objeto del consentimiento. Así, para indagar si hay un apartamiento esencial de lo que se había aceptado, esto es, para determinar si hay un *aliud* —que es uno de los dos escalones de análisis que propone la sentencia «¿el acto sexual concreto estaba consentido? ¿se apartó esencialmente de lo que se había aceptado?»—, indica que es «imprescindible explorar si se identifica una diversidad que interfiere en la libertad sexual, que es lo tutelado, el bien jurídico en juego». Por otro lado, la delimitación del objeto del consentimiento también es un elemento central en la tesis mantenida por el voto discrepante: «es preciso distinguir el engaño motivacional, los motivos que llevaron a una persona a consentir una relación sexual, —respecto de los cuales el engaño no tiene relevancia penal, al jugar otros principios como el de autorresponsabilidad, de aquel engaño que se cierne sobre el hecho de la

---

pretensiones de veracidad sobre el acceso penetrativo, ya que se ocultó que era de naturaleza sexual. En este caso, sí debería aplicarse el art. 179 CP.

<sup>20</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, p. 113.

propia relación consentida—, y del que recae sobre el propio contenido de la relación y el referido a la forma, el grado de injerencia, de la relación consentida».

Darme cuenta de esto me hizo pensar que, en cierta medida, hay algo de disputa meramente terminológica en este punto. Por un lado, la sentencia dice que no son punibles los engaños, salvo que oculten contactos sexuales no consentidos. Por el otro, el voto particular sostiene que sí se castigan los engaños, pero solo cuando den lugar a contactos que sean equivalentes, en *quantum* de antijuridicidad material, a aquellos inconsentidos. Lo cierto es que ambas posturas coinciden en que hay un hecho sexual y debe determinarse si se ha consentido o no, siguiendo caminos aparentemente distintos. No obstante, al coincidir en la radical importancia de la distinción entre el engaño sobre el hecho o sobre los motivos como punto de partida —en el caso de la sentencia, entre el engaño que oculta unos hechos y aquel que no—, no es de extrañar que las decisiones de ambas posturas sobre si un contacto constituye agresión sexual o no tiendan a coincidir, como se ha visto en este caso, y que las discrepancias se limiten a supuestos muy concretos (p. ej., posiblemente en los casos de *stealth* inverso).

Esto seguramente deba quitar algo de hierro a los reproches de *supra* o *infra-inclusividad* que nos achacamos recíprocamente unos a otros en este comentario de la STS 603/2024, de 14 de junio. COCA VILA, GILI PASCUAL y yo misma, hemos criticado que la argumentación de la sentencia conduce al castigo de conductas que no merecen serlo, como el *stealth* inverso, al menos en el marco de los delitos sexuales. En este mismo comentario, sostengo que, siguiendo el razonamiento de la sentencia, no se explica por qué son punibles los engaños sobre la identidad concreta de la contraparte (por ejemplo, se piensa que se están manteniendo relaciones sexuales con el marido, y es su gemelo), si la persona es consciente de lo único aparentemente esencial, que es que hay un contacto sexual con otro individuo. Me parece que es imposible responder esta pregunta (¿por qué mantener relaciones con una persona distinta de la que uno cree constituye un *aliud* respecto de lo consentido?), sin hacer alguna referencia a los bienes jurídicos autonomía sexual e intimidad. Pero es que la sentencia no renuncia a consideraciones sobre el bien jurídico, como dice expresamente, por más que uno tenga la tentación de hacer un hombre de paja para ganar algún punto con el argumento<sup>21</sup>.

Por esta misma razón, tampoco me parecen justos esos mismos reproches dirigidos a la posición del voto particular. Lo advierte GILI PASCUAL en su comentario, haciéndose eco de las palabras del voto: «[l]os ejemplos que sitúan el engaño en situaciones hilarantes tienen solución, negando la subsunción en la agresión sexual, desde consideraciones sobre la relevancia penal del engaño, bien porque se vierte sobre apariencias, no realidades, bien porque la relevancia del error ha de ser examinada desde la perspectiva del bien jurídico protegido». No parece que esto suponga abrir la puerta a castigar prácticamente cualquier engaño porque, de nuevo en palabras del voto particular, este tiene que «versa[r] sobre el hecho de la relación —el acto de contenido sexual, como precisa la norma—. Es decir, que el engaño ha de tener como punto de anclaje ineludible el acto sexual concreto, y esto disminuye considerablemente el número conductas fraudulentas punibles que pueden rodearlo, por ejemplo, en la fase de seducción.

---

<sup>21</sup> En realidad, tampoco pueden desprenderse de tales consideraciones los que defienden la postura de la sentencia, como CASTELLVÍ MONSERRAT, MÍNGUEZ ROSIQUE o RAMOS VÁZQUEZ, porque no se puede determinar si un hecho tiene naturaleza sexual (elemento que, si se oculta mediante un engaño, puede dar lugar a una agresión sexual), sin atender al objeto de protección de los delitos sexuales.

De hecho, me atrevería a decir que, si hay riesgo de supra-criminalización, este riesgo no puede conjurarse mediante la adopción de uno de los dos paradigmas, porque ambos contienen un germen expansivo: la determinación de las conductas que tienen «naturaleza sexual». Dice la sentencia que solo importan los engaños cuando estos ocultan un contacto sexual no consentido (p. ej., *stealth*) o la *naturaleza sexual* de un contacto (p. ej., un médico que realiza tocamientos sin ajustarse a las exigencias del tratamiento). Esto implica que, en función de la amplitud con la que interpretemos la naturaleza sexual del contacto, habrá más o menos engaños punibles, obviamente desde la perspectiva de la «tesis del bien jurídico», pero también desde la «tesis del consentimiento».

Imaginemos que a partir de ahora empiezan a castigarse conductas como los tocamientos de pies con ánimo libidinoso, por considerarse actos sexuales atentatorios contra la libertad sexual<sup>22</sup>. Puesto que el hecho de participar en un acto de «naturaleza sexual» es uno de los elementos esenciales que debe conocerse, ocultar a la persona que recibe un masaje de pies que está teniendo lugar un acto con ese significado debería dar lugar a una conducta punible, se consideren los engaños medios típicos o no.

¿Por qué seguir defendiendo entonces la tesis del voto particular, si la de la sentencia es muy similar en lo esencial y también llega a soluciones razonables? Creo que es preferible mantener el camino interpretativo del voto por dos razones. Primero, porque carece de los efectos perturbadores que tiene la interpretación del consentimiento débil/fuerte de la sentencia en otras áreas del Código Penal en las que se menciona el engaño. Con un legislador poco pendiente de los efectos de las reformas en otras partes del CP, parece poco conveniente cargar demasiado las tintas de los argumentos sistemáticos. Si en una nueva reforma se incluye el engaño como medio comisivo de los delitos sexuales, ¿debemos interpretar que abarca todos los engaños en los motivos porque se exige un consentimiento en sentido fuerte? Salvo que así se indique expresamente, a mi juicio, la respuesta debe ser negativa. Únicamente nos obligaría a precisar los engaños referidos al acto sexual, y aquellos que no, y castigar solo los primeros.

Pero, además, el camino que marca el voto particular permite profundizar más en el contenido de la autonomía sexual y los engaños que pueden afectarla, y esta me parece la vía más fructífera para seguir delimitando las conductas permitidas en un terreno en el que continúa existiendo una excesiva inseguridad jurídica<sup>23</sup>. En su comentario, CASTELLVÍ MONSERRAT afirma que las argumentaciones sobre el bien jurídico incurren en un salto al derivar de ellas el contenido de los daños penalmente relevantes. Para ejemplificar esto, compara dos situaciones: el engaño de quien oculta que está grabando una relación sexual, y el del médico que engaña a su víctima sobre la condición de médico asistente de su amigo *voyeur* que contempla una exploración médica indicada. Sostiene críticamente que, desde el punto de vista de la intimidad, afectaría más a la libertad sexual la primera situación que la segunda, a pesar de lo contraintuitivo que resulta.

---

<sup>22</sup> Parece un escenario inverosímil, por eso no está de más apuntar a un supuesto reciente (tanto que la sentencia no se encuentra aún disponible en CENDOJ en el momento de escribir esta réplica) en el que se ha condenado como autor de un delito de agresión sexual a un hombre que asaltó a dos menores para chuparles los pies: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20241002/avala-supremo-carcel-chupar-pies-agresion-sexual-menores-108804091>.

<sup>23</sup> En este mismo sentido, COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

Estos ejemplos, sin embargo, olvidan lo principal, que es que el engaño debe referirse al contacto sexual concreto, que es desde donde —entiendo— debe construirse el régimen de los delitos sexuales y que pone límites nada desdeñables a los saltos que le preocupan al mencionado autor.

*b. Stealthing como delito de violación*

Por último, tanto el voto particular, como COCA VILA y CASTELLVÍ MONSERRAT, coinciden en que el juicio de subsunción de los hechos que efectúa la sentencia es contrario al principio de legalidad. Recuerdan que el art. 179.1 CP contiene un presupuesto —«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal»— y una consecuencia —«será castigado como reo de violación»— que, a su juicio, admite poco margen de interpretación (hay una agresión sexual y esta consiste en acceso penetrativo, luego debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista para tales casos). No obstante, y al igual que GILI PASCUAL y MÍNGUEZ ROSIQUE<sup>24</sup>, creo que el margen es más amplio de lo que estos autores dan a entender. En el Código Penal, no es suficiente con que la agresión «implique» un acceso, sino que la agresión sexual «consista» en él. En las conductas de *stealthing*, la agresión no «consiste» en el acceso, aunque lo «implique».

La clave se encuentra, como inteligentemente apunta CASTELLVÍ MONSERRAT, en interpretar los accesos a los que se refiere el art. 179 CP como accesos penetrativos *no consentidos*<sup>25</sup>. Es cierto que el art. 179 CP no los adjetiva de esa forma, pero, si no se recurre a la falta de consentimiento sobre tal grado de injerencia corporal y sobre la intimidad, no se entiende dónde reside entonces el plus de antijuridicidad que justifica el notable incremento de pena<sup>26</sup>. Entender que los actos penetrativos punibles del art. 179 CP deben ser también inconscientes, nos permite replicar las consideraciones que hacemos sobre los contactos sexuales consentidos ex art. 178 CP: la persona debe ser consciente de que se trata de un acto de naturaleza sexual y de que ese concreto contacto es penetrativo. En el supuesto de hecho de la sentencia, se observa que la persona conoce esos extremos y los acepta. Lo que no sabe —y, por tanto, no puede aceptar—, se limita a uno de los aspectos de la relación sexual, que tiene autonomía como atentado sexual por tratarse de un contacto más incisivo en la intimidad de la víctima<sup>27</sup>. De esto se hace cargo la sentencia: «En un caso como el examinado la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, —acceso por vía vaginal y con el miembro viril—; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril». No se trata de que la aceptación genérica de *cualquier* acceso penetrativo (como ha consentido un acceso carnal, se entiende que consiente cualquier modalidad de acceso), sino que el consentimiento debe recaer sobre el contacto concreto que tiene lugar.

---

<sup>24</sup> Vid., MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (10565), 2024, p. 6-7

<sup>25</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

<sup>26</sup> En este mismo sentido, MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (10565), 2024, p. 1-11; GILI PASCUAL, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.2.

<sup>27</sup> En palabras de MÍNGUEZ ROSIQUE: «el significado del acto de cara a la afectación de la libertad sexual es diferente, precisamente, porque la forma y el contexto de realización del contacto corporal en dichas zonas tan íntimas y de especial significado sexual, a través del órgano sexual masculino, modifica el significado del acto realizado», (MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, [10565], 2024, p. 7). Esto, creo, responde a la pregunta que se hace COCA VILA en su comentario: «¿en qué consiste el atentado contra la autonomía sexual de la víctima que rellena el tipo del art. 178 CP?» (COCA VILA, *InDret*, [4], 2024, apdo. 3).

Plantean COCA VILA y CASTELLVÍ MONSERRAT que tal disociación del consentimiento obliga a dejar de considerar violación algunos supuestos que incontrovertidamente se habían castigado como tal, como los de facultativos que simulan explotaciones consistentes en un acceso carnal previamente consentidas por el paciente engañado. Pero es que se está obviando que el consentimiento debe recaer tanto sobre el contacto penetrativo, como sobre su naturaleza sexual. En estos casos no puede decirse que tal consentimiento haya existido porque a la persona se le había ocultado que el acceso tenía un significado sexual<sup>28</sup>.

## 5. Conclusión

Creo que hacemos bien en cuestionar la premisa de la que parte la sentencia, criticada en el voto particular, de que el engaño no constituye un medio típico en delitos sexuales, incluso aunque dedique parte de la réplica a demostrar que algunas diferencias son más terminológicas que reales. Es preferible la tesis mantenida por el voto porque extender la interpretación sobre el consentimiento débil/fuerte a otras áreas del Código Penal en las que se menciona el engaño puede tener efectos perturbadores imprevistos (p. ej., en los delitos de explotación laboral), y sobre todo porque se trata de un paradigma más fructífero para discutir sobre las vulneraciones penalmente relevantes de la autonomía sexual. Esta discusión, huelga decirlo, deberá estar ineludiblemente referida a un contacto sexual concreto. En este sentido, aunque tenga algo de razón la crítica «mecanicista» de GILI PASCUAL<sup>29</sup> hacia las posturas de CASTELLVÍ MONSERRAT y MÍNGUEZ ROSIQUE<sup>30</sup>, no puede negarse que, en parte gracias a estos autores, se ha mantenido en el centro de la discusión la radical importancia del acto sexual concreto para interpretar las vulneraciones a la autonomía sexual, limitando el riesgo, o la tentación, de castigar ciertos atentados referidos exclusivamente a la motivación de una persona para mantener relaciones sexuales con otra.

Por otro lado, la –a mi juicio, correcta– decisión de la sentencia de castigar por el delito de agresión sexual y no por el de violación, se explica mejor si se acepta que, como en otros ámbitos en los que la autonomía juega un papel primordial, el objeto del consentimiento (también sobre el acceso penetrativo, que constituye un objeto distinto) se delimita por las pretensiones de *veracidad* sobre las que obviamente cabe el engaño. Este es el camino que agudamente apuntó COCA VILA en sus trabajos y es el que creo que hay que seguir. Por supuesto, estas pretensiones no pueden ser demasiado intensas si queremos mantener un adecuado equilibrio entre las vertientes positiva y negativa de la autonomía sexual.

<sup>28</sup> En cualquier caso, tampoco me parece una consecuencia disparatada teniendo en cuenta el marco penológico que establecen los arts. 178 y 180 CP, que puede llegar a los ocho años si se abusa de una situación de superioridad.

<sup>29</sup> P. ej., cuando sostiene que, a su juicio, «este apego a la realidad física, que relega a un segundo plano (o simplemente desecha) las consideraciones axiológicas necesarias para la valoración jurídica (cuando no se trata de explicar la realidad, sino justamente de valorarla), deja al intérprete sin argumentos externos al propio contacto sexual para poder proceder a su adecuada evaluación» (GILI PASCUAL, *InDret*, [4], 2024, apdo. 2.2).

<sup>30</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 171-220; CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13. También pueden incluirse aquí otros autores, como CUGAT MAURI. En su brillante análisis del derogado delito de estupro del art. 182 CP, la autora trata de dar un contenido asumible a los engaños punibles abogando por «situar el objeto del engaño en los aspectos esenciales de la relación sexual a la que se accede, que van desde el hecho mismo de su naturaleza sexual [...] hasta la identidad de la pareja sexual [...]. Desde ese punto de vista, con independencia de su valor humano, no debería concederse relevancia penal al engaño sobre el motivo de la relación» (CUGAT MAURI, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE [dirs.], *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen*, 2022, p. 235).

No me resisto a concluir con una constatación: como señalé al principio, cuanto más definida y sólida es una argumentación, más y mejor se puede «pensar contra ella». En este caso, si esta crítica merece de algún modo el calificativo de incisiva, se debe sin duda a que aún son más agudas las argumentaciones que le dan origen.



***Andrés Domínguez Luelmo y Fernando Toribios Fuentes, La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones. Aspectos sustantivos y procesales, La Ley, 2024, 1095 páginas.***

Albert Lamarca Marquès  
Universitat Pompeu Fabra  
[albert.lamarca@upf.edu](mailto:albert.lamarca@upf.edu)

-

Presentamos a los lectores de *InDret* el extenso volumen dedicado al derecho de la prescripción extintiva que han publicado los profesores de la Universidad de Valladolid, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO y Fernando TORIBIOS FUENTES. El título de la obra restringe, en apariencia, el análisis de la prescripción extintiva al derecho de obligaciones y lo amplía, a la vez, a sus aspectos procesales, como institución que es de derecho sustantivo o material. Sin embargo, la gran extensión del volumen, que cuenta con un millar de páginas, ya revela que se trata de mucho más de lo que el título prudentemente pretende acotar, y el libro constituye un auténtico tratado teórico-práctico de la prescripción en derecho privado español, desde un punto de vista jurídico integral. Con todo, y como se verá, es cierto que un análisis de la institución de la prescripción, en tanto que la misma fija el marco temporal para el ejercicio de los derechos, no puede ser exhaustivo, ya que ésta se proyecta para todo tipo de pretensiones y sectores del ordenamiento jurídico, de los que el libro claramente no puede dar completa cuenta. Así sucede, por ejemplo, para el derecho penal, con la prescripción de delitos y penas, en derecho administrativo para el ejercicio de la potestad pública sancionadora, con la prescripción de infracciones y sanciones, o en el derecho tributario con la prescripción de las obligaciones tributarias, pero también para otros sectores del derecho civil, como serían los derechos reales, el derecho de familia o el de sucesiones.

La reforma del derecho de obligaciones y de la prescripción del BGB alemán, que entró en vigor el 1 de enero de 2002, supuso un revulsivo para la renovación de los estudios sobre esta institución en los derechos civiles europeos. Si bien la reforma partía de algunos estudios previos muy valiosos, y no sería acertado afirmar que la prescripción era una institución aletargada en los códigos civiles europeos, su tratamiento doctrinal experimentó una gran transformación a partir de entonces. El impacto de esta reforma se concretó de manera coetánea entre nosotros en el derecho civil catalán, con la Primera Ley del Código civil de Cataluña (CCCat), aprobada por la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, la cual, además de incidir en la duración de los plazos de prescripción, asumió buena parte de los postulados dogmáticos de las nuevas corrientes europeas. La doctrina española, por su parte, ha llevado a cabo una importante revisión del instituto de la prescripción desde entonces, y este libro que aquí presentamos da razón y es consecuencia del largo camino recorrido. En cuanto al derecho positivo, todo ello apenas se ha concretado en la reforma del segundo apartado del artículo 1964 del Código civil, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Una reforma aparentemente de detalle y puntual en la duración del plazo general de prescripción, que ha pasado de quince a cinco años, con una reducción de diez años, pero que ha tenido un gran impacto cualitativo, puesto que ha mitigado un debate de fondo sobre la reforma general del derecho de la prescripción, que de otro modo podría haberse alargado durante mucho tiempo, con un resultado incierto.

La obra que presentamos tiene muchas y grandes virtudes, que detallaremos a continuación, y está llamada a ser una obra de referencia en la materia en derecho español. Es un trabajo realizado a cuatro manos, por dos autores que se complementan en su formación y experiencia. Ello les permite dar un tratamiento conjunto a la institución de la prescripción, sustantivo y procesal, muy valioso. Partiendo de una sólida formación académica de ambos, a los vastos conocimientos en derecho privado del Doctor DOMÍNGUEZ LUELMO, catedrático de derecho civil, se une la gran experiencia práctica del Doctor TORIBIOS FUENTES, como procurador de los tribunales en ejercicio. Esta fructífera colaboración ya se ha concretado en trabajos precedentes.

Como se apuntaba, el título de la obra pretende acotar el objeto de un trabajo de gran alcance, que pretende ser exhaustivo en sus objetivos concretos, a pesar de reconocer los autores que ello es materialmente imposible, por ser el elemento temporal de la prescripción estructural a todo el derecho. Sorprende en el título la referencia a la clásica terminología de la prescripción extintiva en oposición a la prescripción adquisitiva o usucapión, propias del Título XVIII del Código civil. Sin embargo, con la lectura y consulta de la obra el lector percibe que ello es una declaración de intenciones en cuanto al punto de partida del análisis de esta institución, que se basa en lo fundamental en la regulación del Código civil. A su vez, la extensión del tratamiento de la prescripción a sus aspectos procesales refleja claramente la voluntad de los autores de llevar a cabo un tratamiento dual e integral de la misma. No se trata de un libro de derecho civil teniendo en cuenta los aspectos procesales de la materia, sino de un análisis conjunto de la prescripción, a partes iguales, tanto en su vertiente material como de ejercicio judicial de los derechos, y del juego de la prescripción como una excepción o defensa del deudor demandado ante los tribunales.

La primera virtud del libro se refleja ya en una comedida introducción de los autores que presentan su trabajo, pero que supone, a la vez, una breve discusión con su propia obra. A pesar de que para un lector académico las primeras líneas de la introducción pudieran parecer una clara provocación de los autores, al afirmar éstos que “la prescripción no es sino la muerte de determinados derechos por el transcurso del tiempo”, el libro rehúye claramente debates dogmáticos sin especial impacto en la práctica del derecho, o que no sean provechosos para el avance del conocimiento. La polémica sobre qué es lo que prescribe o se extingue con la prescripción, si el derecho, la acción o la pretensión, apenas es objeto de consideración. Partiendo de este planteamiento, el segundo aspecto que podría parecer también una provocación para un lector académico sería descubrir que las primeras casi cien páginas del libro, y su primer capítulo, consisten en un tratamiento de la cuestión prosaica del cómputo de los plazos, que pueden estar formulados en años, meses y días, y de la distinción entre los días hábiles e inhábiles. Con estas dos primeras piedras de toque, la introducción y el capítulo primero, el lector se adentra en la lectura de una obra que no decepciona, y que ya en su pórtico destaca por su rigor, claridad, profundidad, completud y utilidad, entre muchas otras virtudes que aquí se desgranarán.

En efecto, el pasmo que podría producir a un académico atento la afirmación que la prescripción extingue derechos, y dedicar por entero el capítulo primero -casi un diez por ciento de la obra- al cómputo de los plazos, se torna en un ejercicio de humildad para el lector que descubre lo que puede llegar a ignorar de este aspecto temporal capital para el ejercicio ante los tribunales de justicia de las pretensiones civiles, y de su importancia para el éxito de las mismas. En efecto, el capítulo primero constituye un eficaz derroche de conocimientos sobre la aplicación por los tribunales del ejercicio de las pretensiones en los vericuetos, por no decir laberintos, del cómputo de los plazos según jurisdicciones y operadores jurídicos. Una cuestión que debería ser sencilla,

clara y cierta, pero que dista mucho de serlo por la superposición de normativas, jurisdicciones y de procedimientos distintos. La maestría académica y el conocimiento directo de la práctica permiten obtener un resultado que da al operador jurídico seguridad para enfrentarse al reto que no le venza ningún plazo, y evitar una responsabilidad por negligencia profesional que gracias a esta obra puede enervar. El capítulo detalla múltiples cuestiones del cómputo de los plazos que son de gran provecho, y quizás la cuestión más impactante está en la relación existente, y la necesaria consistencia, entre el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto es, cómo se puede coherente la aplicación de ambas normativas y superar la falta de concordancia entre ellas a la hora de concluir que un plazo ha transcurrido o no. En este punto, la sorpresa para el lector no azeado a la práctica forense es grande frente a lo que exponen con todo detalle los autores. Con todo, parece que muchos desaguados del pasado se han podido corregir en los últimos tiempos, con una cierta indulgencia meridional en cuanto a considerar que un plazo ha finido definitivamente. Así, tanto el medio día de gracia procesal del apartado 5 del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como la distinción en el tiempo de las comunicaciones judiciales, entre la fecha de recepción de la notificación y la de comunicación, según lo previsto en el artículo 151 de la LEC, generan el máximo interés y curiosidad, sino perplejidad. En el capítulo se hace también una breve referencia a la cuestión en el orden contencioso administrativo, con su singular regla sobre cómputo de plazos del artículo 128 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el cual excluye una preclusión automática. A pesar de la prudencia de los autores de proclamar que no han hecho un tratamiento total de la institución, es cierto que por el libro desfilan los distintos sectores del ordenamiento jurídico y las respectivas jurisdicciones. Quizás es al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa a la que menos atención le prestan en el ejercicio de comparación y de tratamiento conjunto de la institución, probablemente por la menor oportunidad de intersección de ésta y aquél con el ejercicio de las pretensiones de derecho privado por los particulares.

Una vez tratada de manera abrumadora y con solvencia la cuestión del cómputo del tiempo en derecho, base de la institución jurídica de la prescripción, el capítulo segundo se ocupa de la distinción entre la prescripción extintiva y otras instituciones próximas, que en el caso son la caducidad, la preclusión procesal, la caducidad de la acción ejecutiva, la caducidad de la instancia y el retraso desleal en el ejercicio de los derechos. En cuanto a la primera distinción, clásica en la exposición en derecho privado sobre el impacto del tiempo en las relaciones jurídicas, se presentan las características propias de la caducidad, conforme a su elaboración jurisprudencial y doctrinal. En este punto, la exposición hace referencia a la regulación del derecho catalán y quizás cabría plantearse, dos décadas después de su entrada en vigor, si este modelo es el más acertado en aras de la seguridad jurídica en la aplicación del derecho. La regulación catalana aplica la caducidad a “las acciones y los poderes de configuración jurídica” (artículo 122-1 del CCCat), mientras que la prescripción rige para las pretensiones (artículo 121-1 del CCCat). Todo ello obliga al operador jurídico a un esfuerzo de calificación de la relación jurídica a la que debe aplicar la prescripción o la caducidad en función de lo que resulte. A su vez, distingue el régimen jurídico de la caducidad en función de si las relaciones jurídicas son disponibles o indisponibles, lo que obliga a un ejercicio de calificación adicional y doble. Así, resulta una caducidad no apreciable de oficio y que permite la suspensión de la misma (artículos 122-2 y 122-3 del CCCat). Todo indica que la caducidad debería ser una institución de contornos más precisos y que no trasladara al operador jurídico la carga de calificación de la relación jurídica y, por ende, la determinación de su régimen jurídico. En cuanto a la caducidad de la instancia y la caducidad de la acción ejecutiva, el tiempo pasado desde la regulación de ambas instituciones en la LEC ha

permitido que los autores puedan presentar con claridad el ámbito respectivo de estas instituciones y confrontarlo con el de la prescripción. Baste recordar que cuando entró en vigor el plazo de caducidad de cinco años de la acción ejecutiva se planteó cómo debía aplicarse a las ejecuciones de condenas al pago de prestaciones periódicas en caso de incumplimiento, claramente para las pensiones de alimentos a favor de los hijos en las crisis matrimoniales. En relación con la preclusión procesal y la caducidad de la instancia, cabe señalar que el profundo conocimiento del derecho procesal de los autores se evidencia en apartados como éste. Por último, a pesar de que la *Verwirkung* o retraso desleal en el ejercicio de los derechos sea una institución siempre aplicable y a tener especialmente en cuenta, derivada de las exigencias de la buena fe, las posibilidades de su invocación se reducen drásticamente para los plazos de prescripción breves. Con la vigencia de un plazo general de cinco años en el artículo 1964 del Código civil, que desde 2015 ha reducido en diez años el precedente de quince, su potencial práctico parece mucho menor.

El capítulo tercero se dedica a la exposición de las nuevas orientaciones sobre la prescripción extintiva en los textos armonizadores internacionales y europeos. Todo indica que, una vez distinguida la institución de otras próximas, y analizado el cómputo del tiempo en el derecho civil, los autores se proponen llevar a cabo una presentación de la dogmática más reciente sobre la institución, antes de pasar a la exposición detallada de su régimen jurídico en el derecho vigente. En este punto, los autores tratan de lo que podría haber sido una reforma del derecho de la prescripción del Código civil español, pero que no lo ha sido por efecto de la reducción del plazo general de quince a cinco años, y del mantenimiento y persistencia del plazo anual para las acciones del derecho de daños. En efecto, todo el debate generado en otros ordenamientos sobre el tránsito necesario de un sistema de plazos muy largos, paradigmáticamente el plazo de 30 años del antiguo § 195 del BGB (o el del antiguo artículo 344 de la Compilación catalana y la Ley 39 del Fuero Nuevo navarro) a un modelo más flexible de plazos breves, parece innecesario en derecho español, y más al haberse desechado la introducción de causas de suspensión del cómputo basadas en razones de falta de representación de las personas. El derecho moderno de la prescripción aboga por el establecimiento de plazos breves unificados con un inicio de cómputo o *dies a quo* subjetivo, basado en el criterio de la cognoscibilidad. A su vez, el cómputo de estos plazos debe poderse interrumpir y suspender, en función de determinados factores, y, por razón de ello, deben fijarse también unos plazos máximos. En el trabajo se da detallada cuenta de las propuestas más relevantes sobre la cuestión en derecho comparado, tanto de los derechos vigentes en otros ordenamientos como del *soft law* uniforme, que los autores conocen bien y presentan resumidamente con maestría. Debe destacarse, en este apartado y en general en la obra, el conocimiento y cita de los autores del derecho catalán y de las obras escritas en esta lengua, algo no siempre frecuente, a pesar de la facilidad de acceso en relación con otros idiomas y ordenamientos jurídicos. Este capítulo, como no podía ser de otro modo, es el más dogmático, teórico o netamente académico de una obra que se caracteriza por combinar a partes iguales, y con gran acierto, teoría y práctica, dogmática y jurisprudencia.

Con el capítulo cuarto se inicia el análisis del régimen jurídico de la prescripción extintiva conforme al derecho positivo. Por ello, el primer aspecto objeto de análisis es el del momento de inicio del cómputo de los plazos de prescripción. La cuestión de la determinación del *dies a quo* es probablemente una de las más importantes, puesto que determina a su vez el *dies ad quem*, y de ello resulta la duración del plazo de prescripción que efectivamente se acaba aplicando en relación con el curso del calendario. De hecho, tan importante es la duración legal del plazo como el momento en que se empieza a computar. Y aquí sí que los desarrollos recientes en la materia

en derecho comparado han establecido una relación necesaria entre duración del plazo y el momento de inicio de su cómputo. De modo que a un plazo relativamente breve le debería corresponder un sistema de inicio subjetivo, mientras que para un plazo más largo el *dies a quo* debería ser objetivo. Todo ello trasladado al derecho del Código civil se concreta en lo previsto en el artículo 1969, que consagra el criterio de la *actio nata*, y en el segundo apartado *in fine* del artículo 1968, que opta por el criterio subjetivo de la cognoscibilidad. El inicio conforme al criterio de la *actio nata* debería ser el aplicable para la generalidad de los plazos de prescripción, a excepcionar solamente en aquellos supuestos en que el inicio del cómputo está vinculado a una pretensión todavía por determinar en alguno de sus elementos, lo que sucede especialmente en materia de derecho de daños en lo relativo a su cuantificación. Un inicio de cómputo de los plazos subjetivo en todo caso no parece la decisión más razonable en términos de seguridad jurídica. Para el derecho de obligaciones contractuales la regla de partida debe ser la de la *actio nata*. De modo que si, conforme a la vigencia de un criterio subjetivo, se alega un momento de inicio del cómputo distinto al del nacimiento de la pretensión, la carga de la prueba de que estos momentos no son coincidentes debe corresponder al acreedor y no al deudor reclamado. En este capítulo se trata específicamente de la cuestión vinculada al inicio del plazo de prescripción de las acciones de los consumidores sobre cláusulas abusivas. Esta cuestión ha estado de actualidad recientemente, entre otras, para las reclamaciones de restitución de gastos pagados por parte de los consumidores en los préstamos con garantía hipotecaria, con incidencia del derecho y de la jurisprudencia europeos. Además, se trata del supuesto específico de la existencia de un procedimiento penal y de la prescripción de la acción civil en estos casos, materia que se desarrolla ampliamente al final del libro.

La interrupción del cómputo del plazo de prescripción es objeto de estudio en los capítulos quinto, sexto, séptimo y octavo, conforme a las diferentes causas previstas en el ordenamiento. En primer lugar, se analiza la interrupción judicial, la cual exige un pormenorizado análisis de los supuestos en que puede considerarse interrumpida la prescripción de los que no. A pesar de que presupone un ejercicio del derecho por parte del acreedor, este ejercicio debe cumplir con determinados requisitos para considerarse eficaz para interrumpir la prescripción en perjuicio del deudor. Y aquí es de vital importancia determinar cuándo ello se ha producido, cuestión que admite multitud de matices, que se desarrollan oportunamente en el libro, y de manera altamente útil, atendiendo a las exigencias de la legislación procesal. Este es un nuevo apartado de la obra en que los autores manifiestan un conocimiento profundo del derecho sustantivo y del adjetivo, y en que destaca el manejo experto y la cita detallada de la doctrina procesalista. Como supuesto singular de interrupción en el capítulo sexto se estudia la declaración del concurso del deudor, conforme a lo previsto en la legislación concursal. La interrupción extrajudicial de la prescripción es objeto de análisis en el capítulo séptimo. Aquí se recuerda que no todos los ordenamientos reconocen esta forma de ejercicio de un derecho como medio válido para interrumpir la prescripción en perjuicio del deudor, antes al contrario, puesto que son mayoría los que no lo hacen. En derecho español podría decirse que esta regla es corolario del principio antiformalista en derecho contractual y, a pesar de tenerse muy interiorizada como medio válido para interrumpir la prescripción en la práctica, supone una singularidad en derecho comparado. Con todo, la cuestión ha generado inseguridad y controversia por lo que en sentido contrario prevé el artículo 944 del Código de comercio. Una jurisprudencia correctora del Tribunal Supremo ha llevado a tener por superado este precepto, en cuanto a la exigencia de la interrupción judicial, de un modo opinable, pero que ya se ha consolidado. La relación entre acción directa y acción frente al asegurado es objeto de estudio en la parte final del capítulo. Por último, en el capítulo

octavo se trata de la interrupción por reconocimiento del deudor, y se analizan sus requisitos y, singularmente, los supuestos de pluralidad subjetiva en la obligación.

La suspensión de la prescripción es objeto de estudio en el capítulo noveno. La admisión en derecho español de la suspensión como causa de parada o pausa y reanudación del cómputo de los plazos de prescripción ha sido una cuestión discutida. Las medidas tomadas para hacer frente a la pandemia del COVID-19 la volvieron a poner de actualidad. A pesar de que no está prevista institucionalmente en el Código civil, sí que existen disposiciones singulares que se refieren a ella, como en el artículo 955 del Código de comercio, además de haber sido prevista en momentos históricos determinados, especialmente durante la Guerra Civil. De acuerdo con los autores, la suspensión de la prescripción es admisible en derecho español en los supuestos en que así se prevea expresamente. Por contra, no existe como supuesto genérico de la forma como la prevén los derechos catalán y navarro, así como otros ordenamientos en derecho comparado. La regla del artículo 1932 del Código civil, según la cual “Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas”, milita en contra de esta admisión general, puesto que en los ordenamientos en que así se hace resulta de la vigencia de la regla *non valentem*, así como de impedimentos de carácter excepcional al ejercicio del derecho por parte del acreedor. La suspensión de los plazos de prescripción y caducidad por razón del COVID-19 corrió pareja con la suspensión de términos y la suspensión e interrupción de plazos procesales, así como la suspensión de términos y la interrupción de los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos, en las disposiciones adicionales segunda, tercera y cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

En el capítulo décimo se presentan los plazos máximos de prescripción, una propuesta del moderno derecho de la prescripción, vinculada a la existencia de plazos breves con un inicio de cómputo subjetivo, y con su posibilidad de interrupción y suspensión. A pesar de que en derecho español existen supuestos concretos, su delimitación precisa pasa por distinguirlos de los plazos de garantía. En la actualidad, con un plazo general breve de cinco años, la vigencia del criterio de la *actio nata*, y la no vigencia de la regla *non valentem*, tiene poco sentido proponer su regulación en el derecho del Código civil. En derecho español, por derivación europea, el supuesto paradigmático está en el plazo máximo de diez años de extinción de la responsabilidad por producto previsto en el artículo 144 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, frente al de prescripción de tres años del artículo 143.

El capítulo undécimo da inicio a una serie de tres capítulos dedicados a la prescripción en relación con aspectos centrales del derecho de obligaciones. En este punto, el volumen de los profesores DOMÍNGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES es singularmente valioso. Los autores no se conforman con una exposición de los aspectos concretos del régimen jurídico de la prescripción aplicados a supuestos del derecho de obligaciones, sino que ponen en contexto y explican estos últimos para razonar mejor cómo ha de ser la aplicación de la prescripción en estos casos. Así, en primer lugar, se refieren a la pluralidad subjetiva, singularmente a la solidaridad activa y la pasiva, y también a la solidaridad impropia, además del estudio específico de la solidaridad en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, junto con las obligaciones parciarias y las mancomunadas indivisibles. La exposición del régimen jurídico de todos estos supuestos permite abordar con más solvencia la aplicación a los mismos de la institución de la prescripción y su interrupción. Esta última es una cuestión especialmente relevante en materia de solidaridad, atendida la distinción con la solidaridad impropia de creación jurisprudencial.

El mismo proceder se constata en el capítulo decimosegundo relativo a la fianza, o en el capítulo decimotercero sobre prescripción y compensación. Los autores exponen las cuestiones esenciales del régimen jurídico de ambos institutos y los ponen en relación con la prescripción. Esta manera de presentar la materia debe valorarse muy positivamente, y es uno de los muchos aciertos y méritos de la obra, pues permite una comprensión cabal del impacto de la prescripción en ambas, y contextualiza las diferentes opciones que pueden darse en la aplicación práctica del instituto. Todo ello permite también al lector hacerse su propia composición de lugar sobre las soluciones que se proponen, y valorar críticamente las distintas posiciones jurisprudenciales y doctrinales.

Los capítulos decimocuarto, decimoquinto y decimosexto tratan, respectivamente, de la renuncia a la prescripción extintiva, de los pactos sobre prescripción y de la eficacia de la prescripción frente a quien no puede ejercer sus derechos y acciones, esto es, de la clásica regla *contra non valentem agere non currit praescriptio*. En todos ellos está presente la cuestión del ejercicio de la autonomía privada en materia de prescripción. En esta materia merece una especial atención la cuestión del impacto de la nueva regulación del ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, especialmente de la diversidad de supuestos en que se pueden haber adoptado medidas de apoyo y de si éstas comportan facultades representativas. El capítulo decimoséptimo trata de la prescripción y el derecho transitorio, cuestión estructural en una institución que tiene en el paso del tiempo su razón de ser. Las reglas del Código civil en la materia, a pesar de su antigüedad, han superado correctamente el paso del tiempo, y se aplican a los cambios legislativos que se van produciendo desde hace más de un siglo, a reserva de disposición que lo prevea de otro modo.

Las últimas doscientas cincuenta páginas del libro, que ocupan el capítulo decimooctavo en su integridad, tratan de los plazos especiales de prescripción. A pesar de no afirmarse expresamente, la exposición sobre estos plazos especiales de prescripción se refiere exclusivamente a los previstos en el Código civil. Por ello, el lector no encontrará en estas páginas un intento de conformar una lista completa de los plazos de prescripción en derecho civil español, ni mucho menos el análisis pormenorizado de los mismos. En la exposición se hace ineludible hacer referencia a plazos de prescripción regulados fuera del Código civil, pero siempre tomando por base lo previsto en él. Todo tratado sobre la prescripción debe contener un apartado dedicado al estudio de los distintos plazos existentes, el ámbito de aplicación de los cuales delimita el del plazo general, necesario en todo ordenamiento. En este punto, es muy importante la calificación precisa de la pretensión sometida a prescripción, y su singularización en cuanto al plazo general, al que de otro modo estará sometida. En la práctica española más reciente ésta era una cuestión muy relevante, y todavía lo sigue siendo en relación con el plazo anual del artículo 1968 del Código civil. Sin embargo, entre los plazos de cinco y tres años de los artículos 1966 y 1967 y el plazo general de cinco años del artículo 1964 la cuestión ha perdido parte de su interés, y probablemente el legislador hubiera hecho bien unificando estos tres plazos en un único plazo de cinco años. El derecho catalán ha procedido de modo similar en relación con los plazos especiales, puesto que ha llevado a cabo su unificación en un plazo de tres años en el artículo 121-21 del CCCat, con un ámbito de aplicación muy extenso. En cualquier caso, actualmente en el ámbito del Código civil puede bien afirmarse que los plazos de prescripción más a tener en cuenta tienen una duración respectiva de uno, tres y cinco años.

Una vez analizadas las pretensiones que quedan sometidas a los plazos de cinco y tres años de los artículos 1966 y 1967 del Código civil, con las consabidas dificultades de calificación, los

autores se adentran en la complejísima cuestión del plazo de ejercicio de las acciones de nulidad y anulabilidad. En este ámbito la obra arroja luz en una materia en que no existe todavía una posición clara por parte de la jurisprudencia, la cual es tributaria de la diversidad de supuestos que pueden darse en materia de nulidad y anulabilidad negocial, tanto en lo relativo a su sujeción a un plazo como si éste es de prescripción o de caducidad. En otro orden, y sorprendentemente, a pesar de poder considerarse como un remedio frente al incumplimiento contractual, se aflora una discusión académica sobre la sumisión de la resolución por incumplimiento contractual a caducidad, por calificarse ésta como un poder de configuración jurídica. La idea que se responde al incumplimiento de la otra parte con la resolución permite entender que se trata de una pretensión o remedio derivado de incumplimiento contractual y, por tanto, sometido al plazo de prescripción general de cinco años. Junto con otros supuestos igualmente previstos en el Código civil, como las acciones rescisorias y de inoficiosidad en derecho de sucesiones, los autores abordan la espinosa cuestión de la prescripción de la acción hipotecaria, prevista tanto en el apartado primero del artículo 1964 del CC como en el artículo 128 de la Ley Hipotecaria. Los esfuerzos para dotar de coherencia al sistema son igualmente meritorios.

El libro finaliza con el análisis, por un lado, del supuesto singular de la prescripción de la acción civil derivada de delito y, por el otro, de la acción para la reclamación de daños en supuestos de responsabilidad extracontractual. En cuanto al primero, la exposición desbroza la diversidad de supuestos que pueden darse, con la distinción jurisprudencial entre los casos en que es aplicable el plazo general de cinco años del artículo 1964 CC de aquellos en que rige el plazo anual del artículo 1968 CC. Por lo que respecta a este plazo anual, de gran importancia en la práctica, los autores ponen de relieve las dificultades y problemáticas que genera su brevedad. En primer lugar, se aborda la clásica cuestión de la distinción entre las pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual. Acto seguido, se analiza la fijación del *dies a quo* en las acciones de daños, con las consabidas distinciones jurisprudenciales entre los tipos de daños por los que se reclama, señaladamente las que se refieren a daños continuados y a daños duraderos. Se critican las decisiones recientes y la doctrina jurisprudencial sobre daños consecutivos, surgida en relación con el caso de la talidomida. Por último, los autores plantean la necesidad de reformar este plazo para ampliarlo. Ciertamente que muchos problemas de calificación de las pretensiones o de fijación del *dies a quo* se acabarían con el establecimiento de un plazo único de cinco años. De hecho, la brevedad del plazo anual del Código civil español constituye una singularidad de difícil explicación en derecho comparado. Por lo general, los derechos europeos se mueven en plazos de entre tres y cinco años para las pretensiones de responsabilidad civil extracontractual, que en muchas ocasiones no se distinguen del plazo general de prescripción. Sin embargo, no se atisba en derecho español un cambio de tal magnitud, a pesar de recordarse que la prescripción puede ir en contra de la justicia material por imperativos de seguridad jurídica. El plazo de un año está suficientemente asentado e interiorizado en la práctica española, y los intereses económicos en juego son muchos ante el volumen de las reclamaciones por daños, incluida su coordinación con la normativa de seguros. Sin embargo, este plazo es de tres años en derecho civil catalán. Probablemente uno de los principales obstáculos a esta modificación es la existencia de un plazo de prescripción también de un año para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Éste también es un plazo ampliamente asentado en la práctica jurídica española, sobre el que igualmente pesa la cuestión de la fijación del *dies a quo*, especialmente en materia de daños corporales y la estabilización de las secuelas, o la doctrina de los daños continuados. Con todo, la asimetría de plazos rige en Cataluña, y el extenso sector de la responsabilidad por accidentes está sometido a una dualidad de



jurisdicciones competentes y de regímenes jurídicos, no sólo en cuanto a los criterios de imputación, sino también por el elemento temporal.

Una vez el lector ha llegado al final libro, y como suele suceder con las buenas novelas, a pesar de su gran extensión, con más de mil páginas muy bien aprovechadas, donde no sobra nada, ciertamente que en algunos puntos quizás todavía querría más. Mas la prudencia de los autores les ha obligado a poner un límite a su extraordinario trabajo, del que apenas en estas breves páginas de recensión se puede dar una muy limitada cuenta.

En la introducción a su obra, los autores afirman que la exposición de la materia está “reforzada con un ingente aparato doctrinal y, especialmente, jurisprudencial”, y que en ella “se han volcado años de experiencia investigadora, docente y profesional”, de modo que confían en la utilidad de su contenido, sobre el cual creen “que no defraudará a quienes se adentren en sus páginas”. Cualquier lector atento del libro puede corroborar que ello es exactamente así, y aquí se deja testimonio de ello. El trabajo derrocha conocimiento, buen hacer, pericia y, sobre todo, un gran dominio y cita de jurisprudencia y doctrina, tanto civil como procesal. Quizás por ello se echa en falta un índice de la jurisprudencia citada. No tanto para el acceso concreto a la misma, perfectamente citada y referenciada a lo largo de la obra, sino para conocer exactamente su detalle. Es decir, al lector le ronda la curiosidad sobre cuántas son exactamente las sentencias citadas, y su rango temporal y territorial, puesto que la cita de la jurisprudencia de audiencias provinciales es apabullante, y está muy bien seleccionada y concordada con la de casación del Tribunal Supremo.

De todo lo anterior, y una vez leída cabalmente la obra, el lector se queda con una conclusión de conjunto más que positiva. Y ello sucede por muchos motivos: por la utilidad del trabajo, por su completud, por la buena redacción del texto, por la cita oportuna y adecuada de la doctrina y de la jurisprudencia, con la que se dialoga en un deferente intercambio de pareceres, por la propuesta de soluciones y conclusiones para cada una de las materias de que trata o por su alta calidad jurídica, entre otras muchas virtudes. Pero lo que quizás como colofón a esta recensión sería oportuno destacar es el siguiente estado de ánimo que queda para un lector crítico y atento. Una obra de este tipo es posible por el extraordinario trabajo personal de los autores, que han dedicado su talento y esfuerzo a una materia de gran importancia y dificultad. Sin embargo, también debe afirmarse que ello ha sido posible por el extraordinario desarrollo experimentado por la producción de la comunidad jurídica española en las últimas tres décadas. Este es un mérito conjunto de la academia, la jurisprudencia y la práctica, por orden de prelación intercambiable. El gran incremento en calidad y cantidad de las publicaciones universitarias, de la que se da nutrida cuenta en el trabajo, el buen hacer de los prácticos ante los tribunales de justicia y fuera de ellos, así como el gran número y la calidad de la jurisprudencia existente emanada de los tribunales de justicia han hecho posible también que las más de mil páginas que han escrito los profesores DOMÍNGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES en algún punto hasta lleguen a quedarse cortas. Este extenso y profundo trabajo sobre la prescripción extintiva constituye una obra de referencia y de consulta obligada en la materia, a la que el paso del tiempo, a cuyo estudio se dedica monográficamente, no debería desmerecer el buen juicio presente que sobre la misma se puede y se debe hacer.

***Recensiones:***

Recensión a Stuart GREEN, *La criminalización del sexo*, Marcial Pons, Madrid, 2024, 447 páginas, por María Lucila TUÑÓN CORTI

Recensión a Jeff MCMAHAN, *Matar en la guerra*, Editorial UNQ, Buenos Aires, 2024, 274 páginas, por Leandro DIAS

-

**Stuart Green, La criminalización del sexo, Marcial Pons, Madrid, 2024, 447 páginas**

María Lucila Tuñón Corti  
Julius-Maximilians-Universität Würzburg  
marialucila.tunoncorti@gmail.com

-

I.

Hace pocas semanas se publicó en Marcial Pons la obra de Stuart GREEN, *La criminalización del sexo*. Posiblemente, al lector le podrá parecer un poco enigmático el contenido de este libro, pero la idea del autor es clara: ofrecer una teoría liberal sobre los fundamentos y límites de la responsabilidad penal por conductas sexuales indebidas.

Definitivamente se trata de una obra jurídica que, en los tiempos que corren, era necesario escribir. Si nos remontamos unos años atrás, recordemos que en el año 2017 surgió el movimiento #MeToo, que causó un enorme revuelo respecto de las relaciones sexuales indebidas, en especial las no consentidas. De hecho, para GREEN ese año fue un punto de quiebre para la forma en la que venía abordándose el análisis de los delitos sexuales, al menos desde lo jurídico (pp. 22 ss.), por lo que el lanzamiento de libro es especialmente importante en este contexto.

II.

El capítulo 1 pretende aclarar qué se entiende tanto por «delito sexual» como por «conducta sexual», para poder definir el terreno de los siguientes capítulos. GREEN no analiza en detalle los tipos penales que se encuentran en la ley de un Estado u otro, ya que advierte que puede ocurrir que aquella termine siendo sobre o infrainclusiva: que criminalice casos que no debería criminalizar o no criminalice casos que sí debería criminalizar, respectivamente (p. 31). Para su teoría lo decisivo es brindar un análisis global de los delitos sexuales, independiente de la ley (p. 45).

Con el fin de llevar a cabo esa tarea, el autor comienza con la definición de “delito sexual”. Según él, habría que distinguir tres subgrupos de delitos sexuales: el primero es la prohibición directa de una o más clases de conducta sexual, como la violación, abuso sexual, incesto, bestialismo, entre otras (p. 40). Un segundo subgrupo consiste en la prohibición de una conducta preparatoria para cometer un futuro delito sexual, como es el caso del *grooming* de menores de edad o el proxenetismo (p. 40). El tercer subgrupo es la prohibición de aquellas conductas que vulneran el derecho a la autonomía sexual de la persona afectada, sin que eso implique un acto sexual, como en la mutilación de genitales femeninos (p. 43). Queda entonces por definir qué es una «conducta sexual», es decir, la acción humana a tipificar como delito sexual. GREEN considera que se trata de una «clase de acto que tiende a satisfacer el deseo de placer sexual de un agente y suele ir acompañado de indicadores fisiológicos de deseo sexual» (pp. 28, 50 ss.).

El capítulo 2, GREEN explica por qué el consentimiento (y su ausencia) es la piedra angular en los delitos sexuales que termina explicando la decisión de criminalizar (pp. 59 ss.). Inmediatamente

advierte que el fundamento del consentimiento es la autonomía sexual. Dicho sencillamente: la autonomía sexual es el derecho a decidir si se realizan actividades sexuales, cómo, cuándo y con quién y esa decisión se lleva a cabo mediante el consentimiento en las relaciones sexuales (p. 61). En la literatura, se han propuesto tres formas de interpretar al consentimiento como manifestación de la autonomía sexual (pp. 65 ss.). Primero, el consentimiento en el sentido «mental o actitudinal» considera preponderante el estado interno de la víctima respecto de la relación sexual en juego. Segundo, el consentimiento «comunicativo o performativo» es el que se comunica a través de palabras o acciones. Por último, el consentimiento «prescriptivo» es el considerado normativamente válido. Green se mantiene neutral respecto de esta discusión y solo habla de tres sentidos diferentes de consentimiento, sin tomar postura respecto de cuál es la correcta o cuál debe tener prioridad sobre las demás (cf. pp. 67 y ss.).

En el capítulo 3, GREEN explica por qué su teoría es liberal y unificada (p. 79). Él explica que, por un lado, lo liberal responde al hecho de que la autonomía y el consentimiento deben tener un efecto de no intervención estatal. No obstante, esa intervención sí debe aparecer, en forma de Derecho penal, cuando se viola la autonomía sexual negativa, en el sentido del derecho a no verse forzado a tener contactos sexuales. La teoría es «unificada», por otro lado, porque su objetivo es analizar todos los delitos sexuales bajo un mismo marco analítico, independientemente de que sean consentidos o no (pp. 86 ss.).

El capítulo 4 es una introducción histórica a la regulación jurídica del delito de violación, que a lo largo del tiempo fue variando en lo que respecta a sus elementos constitutivos del tipo penal (pp. 100 ss.); una variación que ha dependido en gran medida del sistema jurídico respectivo (pp. 106 ss.). En el capítulo 5 GREEN conceptualiza al delito de violación como relaciones sexuales no consentidas con penetración. Según él, hay tres formas en las que se puede plasmar esa ausencia de consentimiento. Una primera posibilidad es el uso de la fuerza física para lograr la penetración (p. 121), aunque concluye que no es una condición necesaria para configurar el tipo penal ya que, en ese caso, el criterio terminaría siendo infrainclusivo: hay casos que llamaríamos violación (y que deben ser considerados violación), pero que son cometidos sin fuerza física, como las violaciones por engaño. En todo caso, el empleo de fuerza física podría funcionar como una agravante. Como segunda posibilidad aparece la negativa con un «no» de la víctima, sea verbal o a través de actos (p. 124). No obstante, el autor llega a la misma conclusión. Finalmente, aparece la regla del consentimiento afirmativo, «solo sí es sí» (p. 128). Esta solución es considerada por el autor como sobreinclusiva, ya que puede haber casos de relaciones sexuales en las que no se obtuvo el «sí», pero fueron verdaderamente consentidas. Sin embargo, él considera que una punición en un caso así podría justificarse, aunque no sin dificultades, como un delito de peligro abstracto: una violación a una regla legal (delito *malum prohibitum*), a pesar de que el comportamiento en sí mismo no es ilícito (cf. pp. 137 y ss.).

Una vez aclarado esto, GREEN pasa a analizar distintas clases de violaciones que pueden darse en la praxis. Así, el capítulo 6 aborda la responsabilidad penal en un caso muy controvertido: la violación mediante engaño. El autor concluye, fundamentalmente, que no todos los engaños realizados para tener relaciones sexuales merecen un reproche penal y que un análisis matizado es necesario para diferenciar las violaciones en sentido estricto de actos sexuales subóptimos, pero que no han de ser considerados como una violación (p. 156). En el capítulo 7, el autor desarrolla la llamada «violación mediante coacción psicológica». Aquí habría que distinguir la coacción que consiste en la amenaza de sufrir un daño no violento (ejemplo: jefe amenaza a una empleada con un despido si ella no mantiene relaciones sexuales con él) de las coacciones que consisten en una oferta, promesa o beneficio (ejemplo: jefe promete un ascenso a cambio de la

relación sexual). Mientras que las primeras podrían en principio ser criminalizadas, el interrogante decisivo para GREEN es cuándo estas últimas implican una violación o abuso sexual (p. 166) y cuándo son todavía aceptables.

En los capítulos 8 a 10 el autor se centra en determinados delitos en los que presumimos, sobre la base de ciertas circunstancias fácticas, que falta el consentimiento de la víctima. El capítulo 8 está dedicado a aquellos casos en los que la víctima es incapaz de consentir la relación sexual, por ejemplo, por estar dormida (p. 189). El capítulo 9 se encarga del abuso de menores de edad que se criminaliza con independencia de si «consintieron» fácticamente. Aquí GREEN profundiza en la cuestión, incoherente desde su punto de vista, de que no puede hablarse de incapacidad si las partes son adolescentes mayores (p. 217). Finalmente, el capítulo 10 analiza la interesante cuestión de las relaciones sexuales entre adultos capaces de consentir, pero que mantienen una relación jerárquica (pp. 224 ss.). GREEN concluye que una criminalización de estas relaciones sexuales serviría para castigar casos de coacción y para proteger deberes institucionales (pp. 228 ss.).

Un capítulo que llama mucho la atención es el capítulo 11, sobre el acoso sexual. Solicitar favores sexuales o hacer referencia inapropiada a actividades sexuales de la víctima serían ejemplos de acoso y el análisis gira en torno a la compatibilidad de la criminalización con los principios liberales usuales (pp. 249-250). En el capítulo 12, se trata el voyerismo. En este supuesto, el autor del delito observa actividades de índole sexual y privadas de la víctima. GREEN analiza la fundamentación del ilícito a partir del principio de daño y violación de la privacidad (pp. 274 ss.). Por su lado, el capítulo 13 trata sobre las exhibiciones obscenas, es decir, someter a la víctima a una escena sexual no deseada. GREEN entiende que el castigo se fundamenta por la ofensa que causa esa exhibición, que además causa conmoción o angustia en su víctima. No obstante, solamente ciertas exhibiciones merecerían castigo, ya que algunas estarían legitimadas por el contexto en el que se realizan (p. 303).

En el capítulo 14, se centra en el incesto, como caso de consentimiento aparente. Aquí es interesante el análisis del consentimiento en los casos en los que las relaciones sexuales inician cuando una de las partes es menor de edad, pero continúan después de la mayoría de edad (p. 344). En cuanto a la agresión sadomasoquista (capítulo 15), GREEN plantea que aquella deja de ser consentida y, por tanto, puede ser criminalizada legítimamente, si no se puede probar que el juego de roles fue parte de un acuerdo (p. 366). El capítulo 16 se dedica exhaustivamente a la definición, bastante problemática, de qué cuenta como prostitución y cuándo podría ser criminalizada. Finalmente, en la cuarta y última parte se analizan las conductas «aconsentidas»: el bestialismo y la necrofilia, en los capítulos 17 y 18 respectivamente. Respecto del bestialismo, GREEN discute si se subsume en un maltrato animal no consentido. En cuanto a la necrofilia, el autor busca el fundamento del castigo en el daño causado a la persona *ante mortem* que encarnaba ese cadáver (p. 441).

### III.

*La criminalización del sexo* es, sin dudas, una enorme contribución a un tema de la Parte Especial del Derecho Penal que no ha recibido suficiente atención. La regulación de los delitos sexuales es uno de los temas jurídicos más controvertidos en el Derecho continental, pero menos debatidos desde una perspectiva de *fundamentos filosóficos profundos*. En países como Alemania, cuya dogmática ha ejercido una influencia decisiva en el pensamiento penal de tradición continental, estos delitos ni siquiera forman parte de la educación básica de los estudiantes y por

eso su tratamiento científico suele ser muy limitado (sobre el desinterés general de los profesores alemanes respecto de estas cuestiones, véase HÖRNLE, «The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment», *German Law Journal*, [18], 2017, pp. 1309 y ss.). La contribución de GREEN, entonces, resulta fundamental tanto para entender las recientes reformas legales (piénsese en la reforma española), como para justificar racionalmente las propuestas de criminalización.

No obstante, deben señalarse al menos dos críticas a *La criminalización del sexo*. En primer lugar, el libro hace un gran esfuerzo por abarcar la mayor parte de los delitos sexuales, incluso algunos secundarios, como el bestialismo o la necrofilia. Sin embargo, ciertos comportamientos desviados importantes actualmente han quedado fuera de la obra y merecerían una sección. Entre ellos es posible mencionar el acoso callejero [*catcalling*], recientemente debatido en el Derecho penal de tradición continental (HOVEN/RUBITZSCH/WIEDMER, «Catcalling – Eine phänomenologische und strafrechtliche Betrachtung», *KriPoZ*, [3], 2022, pp. 175 ss.). Puede ser que GREEN lo considere solamente como una variante más de acoso sexual. No obstante, parecería haber algo particular en hacerle comentarios de índole sexual a alguien en la vía pública que mereciera un tratamiento autónomo: una ratificación abierta de ciertos valores injustos, como la subordinación de ciertos grupos de personas (usualmente mujeres) ante otros (usualmente varones).

En segundo lugar, y quizá más importante, la solución que ofrece GREEN a la controversia entre los enfoques «solo sí es sí» y «no es no» resulta un tanto insatisfactoria. Él no aborda en detalle el problema de filosofía moral vinculado a qué significa realmente consentir. Es cierto que esa cuestión no es estrictamente jurídica y abordarla requiere adentrarse en territorio desconocido. Pero es muy difícil llegar a una conclusión jurídica sólida sobre la criminalización sin abordar el tema. En este contexto, recuérdese que GREEN, respecto de los sistemas «solo sí es sí», considera justificado el castigo de relaciones sexuales en las que no se obtuvo el consentimiento afirmativo de la víctima (a pesar de que la víctima «internamente» consintió, o al menos no se puede descartar esa posibilidad) solo como un delito de peligro abstracto o, en otros términos, como un delito *malum prohibitum*: el comportamiento sería incorrecto porque así lo determina el Derecho. Sin embargo, parecería que eso es demasiado impersonal. Lo que está en juego en casos así sería la relación intersubjetiva entre autor y víctima, *no* la relación entre el autor y el Estado. Y para saber si se vulneró alguna clase de deber *contra la víctima*, la ya mencionada discusión de filosofía moral sobre el consentimiento resulta ineludible.

Más allá de esas cuestiones, no puede dejarse de destacar la importancia de esta obra y el lenguaje claro, llano y accesible con el que GREEN transmite los argumentos y sus propias ideas. Respecto de esto último, también hay que destacar el trabajo de los tres traductores: José BÉGUELIN, Leandro DIAS y Alejandra VERDE (y a las revisoras, Lucía SOLAVAGIONE y Agustina SZENKMAN). La lectura de obra es altamente recomendable para los interesados en la Parte Especial del Derecho Penal y será útil no solo para académicos, sino también para quienes trabajan en el poder judicial y el poder legislativo, sobre todo en Estados que realizaron en los últimos años una reforma legal en materia de delitos sexuales o que planean realizarla próximamente.

**Jeff McMahan, Matar en la guerra, Editorial UNQ,  
Buenos Aires, 2024, 274 páginas**

Leandro Dias  
Julius-Maximilians-Universität Würzburg  
leandrodiasder@gmail.com

Quince años después de su publicación original en inglés y catorce desde que vio la luz la traducción al alemán ha salido al mercado la versión en español de *Matar en la guerra*. Se trata del *magnum opus* de Jeff McMAHAN que revolucionó la discusión ética sobre la permisibilidad de la fuerza defensiva.

El libro, elegantemente traducido por Patricia SCOTT, comienza con una introducción detallada (pp. 9 y ss.) a cargo de Alejandro CHEHTMAN. Este último señala que McMAHAN puso en tela de juicio una idea que hasta hace poco era indiscutida, como la igualdad moral de los combatientes en la guerra (pp. 11 y ss.); es decir, que quienes participan en una guerra actúan permisiblemente si respetan las reglas *in bello* (recibidas por el Derecho internacional humanitario), con independencia de si pertenecen a un bando justo o injusto. Todos los combatientes tendrían, entonces, un derecho a (o al menos un permiso para) matar a sus contrincantes. Según McMAHAN, debido a que no habría razones para aplicarles a las guerras un régimen moral distinto al de los conflictos intersubjetivos usuales, la justificación usual para matar en la guerra tendría que ser buscada en la legítima defensa individual, aplicada a gran escala (pp. 12 s.). Si esto es así, entonces solo en casos muy excepcionales sería permisible que los combatientes de un lado injusto dañen a los combatientes de un bando injusto que, en definitiva, solo se defienden ante una agresión. La supuesta igualdad moral de los combatientes sería, entonces, una idea equivocada que debería ser reemplazada por una visión más matizada (pp. 14 ss.).

En primer capítulo del libro consiste en la crítica básica de McMAHAN a la ya mencionada idea de la igualdad moral de los combatientes (pp. 31 ss.). Según él, la supuesta igualdad moral de los combatientes, insensible respecto de la justicia de la causa defendida (p. 35), habría al menos impedido que más gente moralmente comprometida se niegue a luchas en guerras injustas o al menos ofrezca resistencia ante la decisión de los gobiernos de llevarlas a cabo (p. 37). No obstante, esta creencia en la igualdad moral de los combatientes sería injustificada. Sus defensores usualmente señalan que los combatientes pueden ser matados por los del bando contrario porque son susceptibles (*liable*) de ser atacados (pp. 38 ss.). Esa susceptibilidad tendría su fundamento profundo en una pérdida del derecho a no ser atacado, que sería la consecuencia de ser una amenaza para terceros (pp. 39 s.). Frente a esto, McMAHAN brinda un argumento contundente: en la moral intersubjetiva, ser una amenaza para terceros no es suficiente para que alguien se convierta en susceptible de ser atacado (pp. 45 ss.). Si, para salvar a algunas personas inocentes que de lo contrario serían asesinadas, un policía está a punto de disparar a un asesino, este policía se convierte en una amenaza. Pero eso no lo hace susceptible de ser atacado por el asesino; más bien, «si el asesino lo mata para defenderse, agrega a su lista de crímenes un homicidio más» (p. 45). Además, el hecho de estar defendiéndose contra una persona inocente no puede volverse permisible por actuar necesaria o proporcionalmente, a pesar de lo que señala

el Derecho internacional humanitario: por un lado, ninguna defensa de un agresor contra quien no perdió sus derechos (como el policía) sería necesaria, debido a que no sería apta para obtener ningún fin legítimo (pp. 47 ss.); por otro, esa defensa difícilmente sería proporcional, debido a que el daño que se le causa a los combatientes justos sería desproporcionado en relación con el supuesto beneficio de los combatientes injustos, ya que estos últimos no podrían ser tenidos legítimamente en cuenta en la ponderación (pp. 52 ss.). Si esto es así en la moral intersubjetiva, entonces solo podría justificarse un régimen de igualdad moral de los combatientes si pudiera brindarse un argumento apto para considerar la guerra como un ámbito regido por principios morales especiales (pp. 66 ss.).

El segundo capítulo consiste en una crítica a los argumentos utilizados para fundamentar ese carácter moral especial de la guerra (pp. 71 ss.). Menciónense aquí solamente dos. Respecto de la idea de que los soldados justos consienten en la igualdad moral de los combatientes al unirse a las fuerzas militares, MCMAHAN señala tanto que es una cuestión empírica contingente (pp. 87 s.), como que el consentimiento de la víctima en su muerte no es suficiente para concederle a un tercero un derecho a matar: también tiene que haber alguna razón positiva para matarla (como el hecho de aliviar un sufrimiento que hace intolerable la vida en la eutanasia) y los combatientes injustos carecen de algo así (pp. 90 s.). En lo referente a los argumentos que hablan de un deber de dejar en manos de la autoridad la decisión sobre la justicia de la guerra, MCMAHAN señala que ni siquiera en los países democráticos hay instituciones estatales confiables que decidan sobre este tema, por lo que una confianza epistémica en las decisiones políticas no estaría justificada (pp. 101 ss.). Esto lo lleva a concluir que debemos dejar de asegurar a los soldados que no hacen nada malo si participan de una guerra injusta respetando las reglas *in bello* y ellos mismos deberían, si está moralmente justificado, participar de una guerra (p. 130). Para posibilitar esto, se debería garantizar el funcionamiento de una objeción de conciencia selectiva, incluso para soldados activos (pp. 132 ss.).

En el tercer capítulo, MCMAHAN brinda dos explicaciones sobre la persistencia de la idea de la igualdad moral de los combatientes. La primera es que se tiende a confundir Moral y Derecho (pp. 139 y ss.). Si bien es cierto que según el Derecho internacional humanitario los combatientes injustos actúan con un permiso *legal* para matar a los combatientes justos, de eso no se sigue que *moralmente* tengan un permiso (p. 142). No obstante, el autor concede que hoy en día no hay instituciones jurídicas fiables para que los combatientes injustos puedan guiar su conducta, lo que sumado al hecho de que el Derecho de la guerra intenta minimizar daños (prohibiendo ciertas conductas, sin importar si se trata de un bando justo o injusto) hace comprensible esta discrepancia entre Derecho y Moral (pp. 143 ss.). La segunda explicación es que se asume que los combatientes injustos padecen circunstancias mitigantes de su responsabilidad y de eso se deriva la igualdad moral de los combatientes: coerción, déficits epistémicos morales y fácticos, y responsabilidad disminuida (pp. 150 ss.). Empero, estas circunstancias son solamente causas de exculpación, no de justificación (o siquiera de permisión) de una conducta (pp. 145 y ss.). Además, salvo en casos extremos, lo más probable es que los combatientes injustos solo estén parcialmente exculpados (por ejemplo, porque el error sobre la justicia de la guerra era evitable) (pp. 157 ss.).

En el cuarto capítulo, MCMAHAN ofrece su propuesta. Señala que los principios de la permisibilidad moral de la legítima defensa interpersonal son los mismos que rigen el actuar en la guerra. La diferencia sería, entonces, solamente de grado (p. 192). En la moral intersubjetiva, el agresor podría ser dañado por la víctima o terceras partes de forma defensiva, porque él habría perdido sus derechos contra el ataque durante la agresión. MCMAHAN llega a la conclusión de que



el criterio decisivo para esa pérdida que da lugar a la susceptibilidad moral de ser atacado es la responsabilidad moral por un daño objetivamente injusto (pp. 193 ss.). Así, si bien las agresiones culpables de daño a terceros serían el prototipo de casos de susceptibilidad moral (p. 195), también habría susceptibilidad en ausencia de culpabilidad, como en el caso de las amenazas exculpadas (pp. 198 ss.). Ejemplo: quien está a punto de ser matado injustamente por quien cree equivocadamente estar defendiéndose contra una agresión (el «error de tipo permisivo» en la dogmática penal) puede defenderse de forma moralmente permisible (pp. 200 ss.). Detrás de esta posición está la idea de que en situaciones de conflicto en las que debe distribuirse necesariamente un daño indivisible, la justicia indica que quien debe recibir el daño es el comparativamente más responsable (p. 197). Esto lleva a la conclusión de que quienes combaten en un bando justo (ejemplo, una guerra defensiva) no son susceptibles de ser atacados, dado que no amenazan con producirle un daño injusto a terceros: los combatientes justos no tienen derecho a no recibir ese daño (pp. 209 ss.). En cambio, los combatientes injustos serían por regla general amenazas parcialmente exculpadas, por lo que podrían ser dañados defensivamente (pp. 211 ss.). En todo caso, su excusa parcial debería incidir en los cálculos de proporcionalidad, de modo tal que los combatientes justos deberían ejercer moderación en la defensa (pp. 229 ss.).

El último capítulo aborda una cuestión contraintuitiva: según el criterio de pérdida de derechos de McMAHAN, también varios civiles serían susceptibles de ser atacados defensivamente, debido a su responsabilidad moral por el daño injusto amenazado (pp. 241 ss.). Muchos serían instigadores o cómplices del daño injusto contra inocentes que amenaza producirse como consecuencia de la guerra injusta, al votar por el partido político que decide ir a la guerra, al trabajar en fábricas de armas o incluso al no protestar contra la guerra injusta (pp. 252 ss.). El autor llega a la conclusión de que el hecho de que los civiles injustos (los justos nunca pierden sus derechos) sean susceptibles de ataque hace más sencillo fundamentar muchas instancias de daños colaterales contra ellos que sean necesarios para ganar una guerra justa (pp. 256 ss.); incluso sería moralmente permisible causarles ciertos daños intencionales, como los derivados de sanciones económicas, o quizá incluso de ataques militares (pp. 259 ss.). No obstante, consideraciones básicas de proporcionalidad, en virtud de la baja responsabilidad por el daño injusto en relación con la magnitud del daño defensivo (entre otros factores de ponderación), convertirían en extraordinariamente excepcional la permisibilidad moral de un ataque intencional contra civiles injustos (p. 269).

Como se señaló al principio, el libro marcó un antes y un después en la discusión filosófica general sobre la permisibilidad de la fuerza defensiva, en especial de la legítima defensa (véase FROWE, *Defensive Killing*, 2014, pp. 72 ss.; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, pp. 18 ss.). Y dado que los fundamentos filosóficos son decisivos para resolver adecuadamente los problemas que genera el «instituto jurídico» de la legítima defensa en la dogmática penal (por todos PAWLIK, «La legítima defensa según Kant y Hegel», en PAWLIK *et al.* [eds.], *La antijuridicidad en derecho penal*, 2013, pp. 3 ss.), entonces los penalistas deberíamos al menos estar atentos a los avances en la filosofía de la fuerza defensiva. Por eso, se finalizará esta reseña con dos breves valoraciones críticas de algunas ideas de McMAHAN que pueden ser especialmente fructíferas para la discusión dogmática.

La primera se vincula con la relación entre Derecho y Moral que termina defendiendo McMAHAN. Si bien su punto de vista moral es deontológico y basado en derechos, él concede demasiado al aceptar que el Derecho internacional humanitario debe apartarse de la Moral por consideraciones prudenciales. De hecho, la necesaria (también para él) coincidencia entre el Derecho penal y la Moral sería algo más bien contingente, que no se produce en el ámbito de la guerra (pp. 140 s.).

Esto acerca demasiado su postura a una fundamentación consecuencialista del Derecho, poco compatible con la deontología de su posición básica. Quienes entendemos la estructura del Derecho de un modo deontológico solo podemos observar con resquemor esta idea (para una crítica similar, PAWLIK, *En Letra: Derecho Penal*, [7], 2018, p. 288).

La segunda se refiere a la teoría general de MCMAHAN. Él asume que el fundamento en la legítima defensa es la pérdida de derechos de quien realiza la agresión, una idea por demás intuitiva y sostenida con más o menos matices en la discusión continental (véase ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2007, pp. 67 ss.). No obstante, él considera que los derechos no solo pueden perderse en casos de agresiones culpables, sino también en casos de baja responsabilidad moral por el daño, como las agresiones exculpadas o incluso las amenazas de daños relativamente fortuitos: si estoy manejando mi automóvil cuidadosamente, pero de modo imprevisible se produce un defecto mecánico y estoy por atropellar a un peatón, este último podría incluso matarme para prevenir el daño (pp. 201 ss.). La diferencia con los casos de agresiones culpables sería solamente una de proporcionalidad, ya que contra amenazas no culpables la fuerza defensiva debería ser estrictamente proporcional al daño injusto amenazado. Si bien esto explica bien nuestros justos intuitivos, basar esa conclusión en la idea de pérdida de derechos no es convincente. Perder derechos es algo muy grave: quien los pierde puede ser dañado sin que eso implique un injusto interpersonal, por lo que quedaría vedado un contraataque (deber de tolerar la defensa) ex ante y una compensación ex post (reparación del daño, disculpas). Por tanto, deberían imponerse criterios más exigentes de pérdida de derechos, que le permitan a sus titulares controlar su destino de un modo significativo (en detalle BURRI, «Defensive Liability: A Matter of Rights Enforcement, not Distributive Justice», *Criminal Law and Philosophy*, [16], 2022, pp. 550 ss.).

Pero este defecto de la postura de MCMAHAN es, al mismo tiempo, la mayor ganancia de conocimiento, en especial para penalistas. La fundamentación basada en derechos que ofrece MCMAHAN se lleva bien con la legítima defensa «fuerte» [*schneidig*] clásica, en la que un agresor culpable viola los derechos de la víctima. Si esta última se defiende, incluso de un modo no estrictamente proporcional, la conducta es moral y legalmente permisible, en virtud de la pérdida de derechos del agresor. En los casos de culpabilidad disminuida o incluso de ausencia de culpabilidad, es cierto que resulta intuitivo concederle a la víctima un derecho «moderado» de defensa. Pero eso difícilmente se deba a una cuestión de pérdida de derechos. Más bien, de lo que se trata es de la solución a una difícil situación de necesidad, en la que la justicia (distributiva) brinda una solución, a pesar de que ninguna de las partes ha perdido sus derechos. Es decir, lo que ha encontrado MCMAHAN es una justificación moral de la figura jurídica que los penalistas continentales llamamos «estado de necesidad justificante defensivo».

En definitiva, *Matar en la guerra* es una obra provocadora y llena de ideas novedosas, que seguro no dejará a nadie indiferente. Esto también es aplicable a los penalistas continentales, quienes le han prestado hasta ahora poca atención a la discusión angloamericana sobre la moralidad de la fuerza defensiva. Quizá, entonces, la lectura de este libro sea la ocasión ideal para modificar esta tendencia y comenzar un diálogo productivo con la literatura en habla inglesa.