

InDret

Revista para el análisis del derecho

1.25

-

Enero de 2025

Sumario 1.25

Editoriales -	
<i>Luto en la escuela idealista del Derecho penal Alemán</i> Jesús-María Silva-Sánchez -	i-iii
<i>Los derechos de los presos: Peticiones y quejas en los centros penitenciarios</i> Elena Larrauri -	iv-viii
<i>Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial</i> Carlos Gómez Ligüerre -	ix-xi
Derecho privado -	
<i>¿Es acertado el reconocimiento jurídico de la progresiva capacidad del menor de edad? Claves interpretativas desde la Psicología del Desarrollo para analizar la madurez del menor</i> Laura López de la Cruz José Antonio Sánchez Medina -	1-35
<i>Aportaciones del Guardian ad Litem en la protección de los derechos de la infancia en los juzgados de familia</i> <i>Análisis comparado e instituciones afines en el sistema español</i> Marta Blanco Carrasco -	36-73
<i>Responsabilidad de los mercados en línea respecto del contrato subyacente: un confuso panorama en el derecho de la Unión Europea</i> Antonio Orti Vallejo Patricia Viceira Ortega -	74-96
<i>Ineficacia sobrevenida del testamento y efectos revocatorios en el Código civil de Cataluña</i> Xavier Cecchini Rosell -	97-135
Derecho Penal -	
<i>De nuevo sobre el riesgo permitido</i>	

<i>A propósito de Silva Sánchez</i> Alicia Gil Gil	136-177
- <i>La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa a la luz de los avances de los sistemas de Inteligencia Artificial</i> M ^a Ángeles Rueda Martín -	178-231
<i>La ley penal rider (artículo 311.2º CP)</i> <i>Desajustes de racionalidad y alternativas</i> Sergio Pérez González -	232-266
Criminología -	
<i>El futuro de las alternativas a la prisión en España</i> José Cid Moliné -	267-296
<i>Las decisiones judiciales de delitos de odio en España: un estudio de casos de 2018 a 2022</i> Jon-Mirena Landa Gorostiza Andrea Giménez-Salinas Framis -	297-330
<i>La violencia contra las mujeres por causa de honor y sus diversas manifestaciones: ¿qué nos dice la literatura científica?</i> Carolina Villacampa Estiarte Beatriz Pinilla Pérez -	331-381
Derecho público y regulatorio -	
<i>Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez</i> Jordi Nieva Fenoll -	382-405
<i>Hacia un nuevo paradigma de protección de los menores en Internet: las normas protectoras de segunda generación</i> Juan María Martínez Otero -	406-434
Actualidad -	
<i>Compendio de jurisprudencia básica del capítulo II de la Ley de Competencia Desleal</i>	435-514

<i>Artículos 4 al 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal</i> Sergi Obach Soto -	
<i>Revista Crítica de Jurisprudencia Penal</i> Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés -	515-560
Recensiones -	
<i>ExLibris</i> Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz -	561-574

Luto en la escuela idealista del Derecho penal alemán

A mediados de los años sesenta del siglo pasado el grupo más activo de los profesores alemanes –el de los llamados «profesores alternativos»– celebraba la «despedida» de KANT y HEGEL¹. Ello, a su vez, habría de implicar un regreso al empirismo de FEUERBACH y de VON LISZT, que, realmente, tuvo lugar en una medida relevante. Sin embargo, en esa misma época al menos un autor –Ernst Amadeus WOLFF (1928-2008)– mantenía una posición de clara resistencia. Este, pese a no ser un autor demasiado prolífico, había publicado dos monografías en los años 1964 y 1965 que claramente se separaban de la corriente que se gestaba entonces como dominante². Es decir, mantenía una clara vinculación con la filosofía de KANT y el idealismo alemán, así como con su concepción «liberal» (*stricto sensu*: «*freiheitlich*») del Derecho, del delito –basada en la noción de autonomía– y de la pena –concebida en términos claramente retributivos–. Con el paso de las décadas, E. A. WOLFF reunió a su alrededor a un compacto grupo de discípulos, que a su vez fueron promoviendo a nuevos discípulos, dando lugar a lo que sin duda puede denominarse «una escuela», a saber, la escuela de Wolff.

Desde luego, esta ha permanecido ampliamente desconocida para el mundo académico hispanohablante. Sin embargo, ello no tiene nada que ver con las dimensiones de su aportación intelectual sino, básicamente, con el hecho de que sus obras no hayan sido traducidas al español, salvo alguna excepción muy singular. En efecto, las obras de la escuela de Wolff muestran un perfil muy singular, que permite distinguirlas de otras doctrinas hasta cierto punto integradas en la misma familia del idealismo. En concreto, de la concepción hegeliana de Günther JAKOBS y Michael PAWLIK, así como de la relectura de KANT a través de HABERMAS, que lleva a cabo, entre otros, Klaus GÜNTHER. En particular, en la teoría del delito reflejan una noción muy clara de la idea de lesividad individual, sobre la base de la negación de la relación de reconocimiento recíproco.

¹ KLUG, «Abschied von Kant und Hegel», en BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, 1968, pp. 36 ss. Crítico, cuarenta años después, HRUSCHKA, «Die Verabschiedung Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen», *ZStW*, (122), 2010, pp. 493 ss.

² WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen: Eine strafrechtliche Untersuchung*, 1964; y EL MISMO, *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, 1965 (por cierto, recensionado por RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, (18-3), 1965, pp. 628-630). Más tarde, su citadísimo artículo, WOLFF, «Das neuere Verständnis von Generalprävention», *ZStW*, (97), 1985, pp. 786 ss.

La escuela de Wolff está integrada, entre otros, por autores como Michael KÖHLER³, Rainer ZACZYK⁴, Michael KAHLO⁵, Diethelm KLESCEWSKI⁶, Uwe MURMANN⁷, Jürgen RATH⁸, Katrin GIERHAKKE⁹ y Bettina NOLTENIUS¹⁰, estas últimas, discípulas de ZACZYK¹¹. Pues bien, en tal contexto, el motivo próximo de este editorial es dar cuenta, ciertamente un poco tarde, de que en los últimos años han tenido lugar dos sensibles pérdidas para esa escuela. En efecto, el día 2 de agosto de 2022 murió Michael Köhler (1945-2022)¹² y el 18 de julio de 2024 fallecía Rainer Zaczyk (1951-2024). Sin ser kantiano, ni hegeliano, tuve la oportunidad académica de conocer a ambos. Al primero, en su instituto de Hamburgo durante un gélido invierno, en medio de una copiosa nevada en toda la ciudad y contemplando el *Alster* helado. Luego, con ocasión de su participación en un histórico seminario celebrado en la Universidad Pompeu Fabra hace más de veinticinco años¹³. Al segundo, en Bonn, donde había sucedido a Hans WELZEL, Armin KAUFMANN y Günther JAKOBS en la dirección del Seminario de Filosofía del Derecho del *Juridicum*, luego patéticamente liquidado, por acción u omisión, por el Decanato de la Facultad de Derecho, el Rectorado de esa universidad y el Ministerio correspondiente de Renania del Norte-Westfalia. Los dos eran, además de grandes teóricos del Derecho penal –del Derecho, sin más–, amables, sencillos, humildes, próximos. Es decir, lo más lejano al tópico que ve al catedrático alemán como un «mandarín» y/o una «estrella de la pantalla». Descansen en paz.

³ KÖHLER, *Die bewusste Fahrlässigkeit*, 1982; EL MISMO, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung erörtert am Problem der Generalprävention*, 1983; EL MISMO, *Der Begriff der Strafe*, 1986; EL MISMO, *Strafrecht AT*, 1997; EL MISMO, *Recht und Gerechtigkeit: Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit*, 2017, una obra absolutamente monumental.

⁴ ZACZYK, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes*, 1981; EL MISMO, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989; EL MISMO, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993. De ZACZYK nos constan dos colectáneas en español: *Aspectos de la fundamentación liberal en el Derecho*, 2005; y *Libertad, Derecho y fundamentación de la pena*, 2010.

⁵ KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenganges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990; EL MISMO, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns*, 2001.

⁶ KLESCEWSKI, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der Bürgerlichen Gesellschaft*, 1991; EL MISMO, «Kants Ausdifferenzierung des Gerechtigkeitsbegriff als Leitfaden der Unterscheidung von Unrechtsformen», *ARSP*, (66) 1997, pp. 77 ss.

⁷ MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, 1993; EL MISMO, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999; EL MISMO, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005.

⁸ RATH, *Zur strafrechtlichen Behandlung der aberratio ictus und des error in objecto des Täters*, 1993; EL MISMO, *Zur Unerheblichkeit des error in persona vel in objecto. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1996; EL MISMO, *Das subjektive Rechtfertigungselement. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung*, 2002; EL MISMO, *Aufweis der Realität der Willensfreiheit*, 2009.

⁹ GIERHAKKE, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005; LA MISMA, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention*, 2013.

¹⁰ NOLTENIUS, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, 2003; LA MISMA, *Die Europäische Idee der Freiheit und die Etablierung eines Europäischen Strafrechts. Zum Zusammenhang von freiheitlicher Rechtsverfassung und Strafe*, 2017.

¹¹ También, HARZER, *Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft. Zugleich ein Beitrag zur Staats- und Rechtsphilosophie von Hobbes und Kant*, 1994; LA MISMA, *Die tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 323c StGB. Ein Beitrag zu einer Theorie des besonderen Teils des Strafrechts*, 1999. Y KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2007.

¹² En 2022 falleció también Jürgen Rath.

¹³ ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, 2000.

Tan luctuosa ocasión podría tener, con todo, algo positivo. En concreto, que alguien se tomara la molestia –o se diera el gusto– de leer los títulos de las obras de los integrantes de la escuela que he citado al pie. Y advirtiera lo que se está perdiendo. De este modo, si es que todavía no ha desistido de la lengua de Goethe, podría empezar a interesarse por una de las líneas doctrinales jurídico-penales que mejor reflejan el «espíritu alemán» y que, sin duda, tienen bastante que decir a la comunidad jurídico-penal de habla hispana. De entrada, la celebración de un seminario, la elaboración de un artículo o monografía, o, mejor, el emprendimiento de alguna tesis doctoral podría ayudar a que tuviera lugar el deseable diálogo crítico con ella.

Jesús-María Silva Sánchez

Los derechos de los presos: Peticiones y quejas en los centros penitenciarios

-

Al profesor Manuel Cachón, excelente maestro y persona, *in memoriam*

La Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) establece en su artículo cincuenta:

(1) Los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el Director o persona que lo represente, a fin de que tome las medidas oportunas o en su caso, las haga llegar a las autoridades u Organismos competentes.

La importancia de prever el derecho de formular peticiones y quejas en un centro penitenciario obedece a distintas razones. Por un lado, se puede aludir al derecho de petición y queja reconocido en el artículo 29 de la Constitución Española como un derecho que pretende posibilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida pública, y del cual las personas presas también deben disfrutar. Por otro, se puede apuntar a que el reconocimiento de derechos a los presos, que se ha producido desde la Segunda Guerra Mundial, requiere la existencia de mecanismos que permitan reclamarlos, y defenderlos dentro de prisión. Ciertamente las personas presas también tienen el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución Española. No obstante, el acceso a un juez necesita generalmente disponer de medios como un abogado, y de recursos económicos, y es inevitablemente más difícil para una persona que está privada de libertad. Por consiguiente, es conveniente prestar atención al funcionamiento del sistema de peticiones y quejas establecido por la administración en cada centro penitenciario.

Asimismo, es quizás poco conocido para las personas menos cercanas a la realidad penitenciaria, que la privación de libertad en un centro penitenciario conlleva ineludiblemente una gran pérdida de autonomía. Ello significa que la persona interna ve limitada de forma difícilmente imaginable su capacidad de actuar, por ejemplo, la posibilidad de consultar de cuánto dinero dispone, la consulta de su hoja histórico-penal, la posibilidad de llamar a algún conocido o familiar, la posibilidad de disponer material para escribir, la posibilidad de hablar con algún profesional de tratamiento, y un largo

etcétera de gestiones nimias que no puede llevar a cabo por sí misma. A esta significativa merma de la autonomía debe añadirse el carácter burocrático de los centros penitenciarios, que impone el trámite por escrito de cualquier petición que debe registrarse y contestarse (art. 53.3 Reglamento Penitenciario). Todas estas cuestiones que en el exterior se realizan por uno mismo, sin mayor reflexión, en el interior de un centro penitenciario dependen de un «tercero», de que este las gestione y resuelva de forma adecuada y diligente. Y debido a que estas peticiones y quejas atañen de forma generalizada a todos los aspectos de la vida del interno, podemos vislumbrar el desvalimiento que experimenta mientras espera algún tipo de respuesta. Y comprender la trascendencia que tiene que el sistema de peticiones y quejas funcione de una manera eficaz.

De acuerdo con nuestra investigación en un centro penitenciario en Cataluña, en el año 2019 se tramitaron 55.407 solicitudes por 679 internos, lo que conlleva una media de 152 peticiones y quejas diarias.¹ El gran número de peticiones, que aún hoy se realizan por escrito en la mayoría de los centros penitenciarios, conlleva una elevada carga de gestión (registro, distribución, respuesta), y es ineludiblemente un gran motivo de insatisfacción para la persona interna que vive pendiente de que su petición sea atendida y sin que pueda hacer mucho al respecto más allá de repetirla de forma insistente. Además, debe alertarse sobre el hecho de que no hay un procedimiento distinto que permita diferenciar las peticiones de las quejas, y todas transcurren por el mismo procedimiento, independientemente de su urgencia y gravedad. No es extraño pues que su funcionamiento sea uno de los principales motivos de insatisfacción de las personas presas en un centro penitenciario.

El sistema de peticiones en el interior de los centros penitenciarios ha sido objeto de atención y reformas en la actualidad en diversos países como Holanda, Bélgica y Reino Unido.² De acuerdo con nuestras investigaciones³ y para centrarnos en España, para configurar un sistema eficiente de peticiones se aconseja al menos de una reforma en los siguientes aspectos: a. la administración penitenciaria debe separar peticiones de quejas, pues las primeras pueden ser resueltas con un mecanismo ágil y expeditivo, mientras las segundas precisan de la elaboración de un procedimiento o comisión específica; b. debería regularse de forma explícita el periodo máximo de tiempo en el que debe emitirse una respuesta, aportando las razones y los medios ulteriores de los que dispone el interno en caso de respuesta insatisfactoria; c. debería aumentarse la autonomía de los internos para que determinadas gestiones puedan ser realizadas por ellos mismos (un ejemplo de ello es la creación de «quioscos informáticos» en algunos centros penitenciarios de Cataluña en los que el interno puede tramitar por sí mismo diversas consultas).

Más allá de las peticiones cotidianas, en la ley penitenciaria también se prevé la posibilidad de que los internos formulen quejas. Una regulación un poco más amplia se encuentra en el reglamento penitenciario, el cual, si bien no distingue entre peticiones y quejas, prevé que el interno exprese la queja además de al director del centro, al defensor del pueblo y al juez de

¹ Güerri, Cristina y Larrauri, Elena (2022). ¿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*. 2022, núm. 24-06, pp. 1-26. <http://criminnet.ugr.es/recpc/24/recpc24-06.pdf>

² Daems, T. y Larrauri, E. (2024) (eds) *Just Prisons. Taking Prisoners Complaints Seriously*. Palgrave.

³ LARRAURI *et al.*, Protocol·lització del procediment de registre i resposta a les peticions i queixes en els centres penitenciaris de Catalunya. CEJFE, 2024.

vigilancia penitenciaria (art. 53 y 54 Reglamento Penitenciario). Por consiguiente, la regulación legal existente en España cumple las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que demanda un remedio a disposición de las personas (art. 13 CEDH) para cuando se ha producido la infracción de un derecho reconocido a los internos. En efecto, la existencia del juez de vigilancia penitenciaria cumple con los requisitos de tener una autoridad a la que los internos se puedan dirigir ya que: 1. Es una autoridad independiente; 2. Posibilita la participación de los internos; 3. Puede suministrar una respuesta diligente a las quejas; 4. Tiene los medios legales para responder a los problemas; y 5. Es capaz de dictar resoluciones con fuerza ejecutiva (STEDH Neshkov y otros v. Bulgaria (Final 01/06/2015) (n. 61), párr. [182]–[183]).

La investigación empírica nos muestra sin embargo un panorama menos luminoso. La posibilidad de que los internos acudan al Defensor del Pueblo se ve dificultada por la escasa confianza que los presos manifiestan tener en la capacidad de resolución de esta institución,⁴ como puede constatarse si se compara el número de quejas que esta institución recibe con el que reciben los jueces de vigilancia penitenciaria (en el año 2019, 600 quejas fueron dirigidas al Defensor del Pueblo, en tanto los Jueces de Vigilancia Penitenciaria recibieron 27.000 aproximadamente). Sería deseable por ello analizar cómo y hasta qué punto el Defensor del Pueblo valora su intervención y eficacia en la resolución de dichas quejas, pues si bien su existencia se reconoce de forma unánime como un elemento positivo, han sido también objeto de evaluaciones críticas.⁵ No obstante, a pesar de la falta de capacidad ejecutiva de sus resoluciones, también es visible la valoración positiva que los internos realizan de esta institución, por ejemplo, en Cataluña (Síndic de Greuges), por su presencia en los centros y escucha activa de las peticiones y quejas de los internos.⁶

Por último, por lo que respecta a la posibilidad de que el interno acuda con sus peticiones y quejas al Juez de Vigilancia Penitenciaria, ello puede valorarse sin duda como un aspecto positivo de la legislación española, ya que este trámite no requiere ni una determinada formalidad ni la presencia de un abogado. Sin embargo, existen diversas dificultades cuando el interno formula una petición o queja ante ellos que deben ser puestas de relieve.

De acuerdo con un estudio piloto que realizamos en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Barcelona, en el año 2019 las materias que alcanzaron a los jueces y se clasificaron como peticiones y quejas se refieren fundamentalmente a falta de respeto de algún miembro del personal (20,1%); permisos (13,6%); asistencia médica y condiciones de vida (10,4%) y clasificación (9,4%).⁷

⁴ LARRAURI, La supervisión de la prisión. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2021, pp. 138-159, 2021.

⁵ O'CONNELL/ROGAN, Monitoring Prisons in Europe: Understanding Perspectives of People in Prison and Prison Staff. *Law and Social Inquiry*, pp. 1-31, 2022.

⁶ LARRAURI *et al.*, Protocol·lització del procediment de registre i resposta a les peticions i queixes en els centres penitenciaris de Catalunya. CEJFE, 2024.

⁷ Véase la lista completa en LARRAURI, They need to like you to get an answer: Prisoners' perspectives on Requests and Complaints in Spanish Prisons, Palgrave, 2024.

En este estudio piloto pudimos constatar además que el 98,6% de las peticiones y quejas presentadas por los internos en ese año fueron desestimadas.⁸ Este resultado podría considerarse excepcional y no representativo. Sin embargo, en diversas entrevistas realizadas con otros jueces de vigilancia penitenciaria este número no les resulta sorprendente. ¿Qué explica este porcentaje tan alto de denegaciones? A falta de una investigación específica solo podemos aportar algunas reflexiones producto de los motivos expuestos en los autos y de nuestras entrevistas con cinco jueces de vigilancia penitenciaria.

El primer motivo por el cual los jueces desestiman la mayor parte de peticiones y quejas es porque entienden que en la mayoría de los temas que se les plantean no tienen competencia para resolverlos (de acuerdo con las funciones enumeradas en el art. 76.2 de la LOGP). Por consiguiente, deducen que la mayoría de peticiones y quejas que el interno les hace llegar deben ser resueltas por otros jueces (los temas laborales por la jurisdicción laboral, los temas de peleas o hurtos por la jurisdicción penal, los temas de traslados por lo contencioso administrativo; e incluso en aquellos temas que sí pueden ser resueltos por el juez de vigilancia penitenciaria, como por ejemplo la clasificación que permite disfrutar de uno u otro régimen de vida, el juez contesta en muchas ocasiones que el cauce procesal adecuado no es una «petición o queja» sino el correspondiente recurso).

En otras ocasiones la «falta de competencia» se predica respecto de la administración. Así, por ejemplo, no es infrecuente que el interno acuda al director y al juez de vigilancia penitenciaria de forma simultánea, y que el juez la deniegue alegando que determinadas decisiones incumben solo a la administración penitenciaria. Para solucionar esta duplicidad, y si se defiende las virtudes de formular cualquier tipo de petición y queja al juez de vigilancia penitenciaria (aun cuando con muy escasas probabilidades de éxito, como hemos visto), quizás debería clarificarse qué temáticas pueden ser presentadas ante el juez de vigilancia penitenciaria. Pues en efecto, una respuesta frecuente es que el juez interpreta de forma estricta que solo debe responder a «temas de régimen o tratamiento que afecten a los derechos fundamentales de los internos» (art. 76.g LOGP) y por consiguiente el resto de las peticiones y quejas son de competencia exclusiva de la administración (y de este modo quizás renuncia a ejercer el control judicial sobre la administración).

Por último, el alto número de denegaciones a las peticiones y quejas planteadas por los internos puede ser también debido a la falta de información a disposición del juez, ya que no está previsto el trámite de audiencia al interno y en últimas esta institución, como advierten los propios jueces, no tiene instrumentos para investigar y solo dispone de la información que le remite el propio centro penitenciario.

En cualquier caso, debemos preguntarnos si con este número de peticiones y quejas desestimadas puede seguir afirmándose que el Juez de Vigilancia Penitenciaria suministra un remedio a las posibles infracciones de derechos, en los casos que le son planteados. Como he advertido al inicio, el sistema de peticiones y quejas en el interior de los centros penitenciarios está siendo reformado en la actualidad en diversos países como Holanda, Bélgica y Reino Unido.⁹ Ello

⁸ LARRAURI, La supervisión de la prisión. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2021, pp. 138-159, 2021.

⁹ DAEMS/LARRAURI, *Just Prisons. Taking Prisoners Complaints Seriously*, 2024.

constituye un motivo de esperanza ya que el reconocimiento de un derecho al cual no se le presta atención en su funcionamiento práctico redunda no solo en una falta de legitimidad de la institución, sino, como advierten diversos estudios criminológicos,¹⁰ en una fuente de insatisfacción y conflictos que en ocasiones escala a mayores.

Elena Larrauri

Bibliografía

CALAVITA, Kitty/JENNESS, Valerie, *Appealing to justice: prisoner grievance, rights and carceral logic*. University of California Press, 2014.

DAEMS, Tom/LARRAURI, Elena (eds) *Just Prisons. Taking Prisoners Complaints Seriously*. Palgrave, 2024.

GÜERRI, Cristina/LARRAURI, 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*, núm. 24-06, pp. 1-26, 2022.

LARRAURI, Elena, La supervisión de la prisión. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2021, pp. 138-159, 2021.

LARRAURI, Elena, They need to like you to get an answer: Prisoners' perspectives on Requests and Complaints in Spanish Prisons, en DAEMS, Tom/LARRAURI, Elena (eds) *Just Prisons. Taking Prisoners Complaints Seriously*. Palgrave, 2024.

LARRAURI, Elena/GÜERRI, Cristina/RUBIO, Alejandro/VERGARA, Elvira/BONSHOMS, Jordi/CANO, Eric, *Protocol·lització del procediment de registre i resposta a les peticions i queixes en els centres penitenciaris de Catalunya*. CEJFE, 2024.

O'CONNELL, Ciara/ROGAN, Mary, Monitoring Prisons in Europe: Understanding Perspectives of People in Prison and Prison Staff. *Law and Social Inquiry*, pp. 1-31, 2022.

¹⁰ CALAVITA/JENNESS, *Appealing to justice: prisoner grievance, rights and carceral logic*. University of California Press, 2014.

Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial.

-

A finales de septiembre de 2022, la Comisión Europea publicó la [Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial \(Directiva sobre responsabilidad en materia de IA\) \(COM \(2022\) 496 final\)](#). La iniciativa, ya anunciada en el [Libro Blanco sobre la inteligencia artificial \(COM \(2020\) 65 final\)](#), formaba parte de otra más amplia cuyo objetivo era adaptar y ampliar el marco regulatorio europeo a las peculiaridades propias de las tecnologías emergentes.

La tarea ya había sido emprendida tiempo antes y finalizada en esas fechas en materia contractual con la aprobación del [Reglamento 2022/2065, de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE \(Reglamento de Servicios Digitales\)](#), y, en especial, con [la Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales y servicios digitales](#) y la [Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes](#).

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, la propuesta referida se planteó a la par con la de una nueva directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos. La [Directiva 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, superados](#) los siempre funestos trámites europeos, se publicó finalmente el pasado 18 de noviembre de 2024. Está prevista su aplicación a en todos los Estados miembros a partir del 9 de diciembre de 2026, fecha en la que expira el plazo de adaptación de los derechos nacionales a las previsiones de la nueva directiva.

Entre tanto, el 12 de julio de 2024, se publicó el [Reglamento 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial](#), que ofrece un marco regulatorio y de control del uso de sistemas de inteligencia artificial. Unos sistemas que el artículo 3.1 del Reglamento define como «un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales».

A fecha de hoy, y a pesar de la frenética actividad legislativa en materia de daños causados por el uso de tecnologías emergentes, la iniciativa que todavía queda pendiente es la relativa a la difícil y compleja labor de diseñar unas reglas específicas de responsabilidad para los daños causados por la inteligencia artificial. En su caso, pues no es evidente que tales reglas hayan de diferir de las específicas que resulten de aplicación a los daños causados por un producto defectuoso o de las generales que sean de aplicación a la responsabilidad por daños en la jurisdicción en que se causó el perjuicio. Al fin y al cabo, por un lado, los sistemas de inteligencia artificial estarán integrados en productos y, por otro lado, serán herramientas al servicio de una organización, empresa o persona que los empleará en la actividad por la que haya de responder. Lo primero debería quedar cubierto por las normas sectoriales de seguridad y responsabilidad por producto defectuoso. Lo segundo, por las normas generales de responsabilidad.

La Comisión no opina así. En relación con la aplicación de las normas nacionales de responsabilidad en ausencia de un marco europeo de referencia, la Propuesta asume que «La finalidad de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior (...) a fin de garantizar que las personas que reclamen una indemnización por los daños y perjuicios que les cause un sistema de IA disfruten de un nivel de protección equivalente al de las personas que reclaman una indemnización por los daños causados sin la mediación de un sistema de IA. Este objetivo no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros porque los obstáculos pertinentes del mercado interior están vinculados al riesgo de medidas normativas unilaterales y fragmentadas a nivel nacional. Dada la naturaleza digital de los productos y servicios comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, esta última es especialmente pertinente en los contextos transfronterizos» (Considerando 7). Para concluir que «(...) el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y evitar las discrepancias en la indemnización en aquellos casos en que medien sistemas de IA puede lograrse mejor a escala de la Unión» (Considerando 8).

En relación con la, ya vigente, Directiva de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, las cosas no son tan claras. Y no lo son porque, en primer lugar, las víctimas de los sistemas de inteligencia artificial lo serán con motivo del uso de un producto, artefacto o aparato que incorpore, de manera principal o como uno de sus componentes operativos uno de tales sistemas que, como los define el artículo 3.1 del Reglamento de IA están «basados en una máquina». Cuando eso suceda, se plantearán dudas razonables sobre el régimen legal aplicable. La Propuesta, que es consciente de ese solapamiento, lo resuelve de manera burda, pues se limita a prever que sus disposiciones «no afectarán» (expresión carente de rigor en la definición del ámbito objetivo de una norma) a «los derechos que puedan asistir a un perjudicado en virtud de las normas nacionales de transposición» de la normativa europea sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

En segundo lugar, y como abono previsible del debate, mientras la Directiva de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos adopta un estándar de responsabilidad objetiva, la Propuesta de directiva de responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial propone la adopción de una responsabilidad por culpa.

La opción parece fruto de la cautela frente a las incertidumbres legales y técnicas que todavía rodean al uso y funciones de la inteligencia artificial. Esa cautela habría aconsejado iniciar la regulación de la responsabilidad en este ámbito con un análisis de las normas de cuidado

exigibles y la definición de los contornos de la diligencia exigible. De hecho, la propia Propuesta, en varios de sus Considerandos y en su artículo 5, sugiere una revisión de la conveniencia de mantener la culpa en futuras versiones de la norma.

Ciertamente, se trataría de una culpa sujeta a un régimen muy estricto de presunciones, tanto del incumplimiento del deber de diligencia (artículo 3 de la Propuesta), como de la causalidad (artículo 4 de la Propuesta). Medidas que pretenden resolver la insuperable asimetría informativa que existirá entre la víctima de un sistema de inteligencia artificial y su responsable. Una asimetría informativa que resuelve mejor, sin duda, un régimen de responsabilidad objetiva. La responsabilidad basada en la culpa queda, además, diluida en las previsiones de la Propuesta, pues ni se define cuál es la diligencia exigible, ni el tipo de daños cubiertos ni, lo que es más relevante, el conjunto de sujeto o sujetos que pueden ser considerados responsables. De poco sirve reducir la asimetría informativa si la víctima no puede conocer la identidad del potencial responsable.

Esos problemas han sido identificados por el Parlamento Europeo. En su informe [*Proposal for a directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence: Complementary impact assessment*](#), de septiembre de 2024, el Parlamento propone adoptar un régimen de responsabilidad objetiva, al menos para los sistemas de inteligencia artificial identificados como de alto riesgo (cfr. artículos 6 y siguientes del Reglamento de IA). En ese informe, el Parlamento sugiere abandonar la idea de una directiva exclusivamente pensada para la inteligencia artificial por otra, más general, sobre responsabilidad por daños causados por programas informáticos. Tiene sentido, pues parece que la Propuesta responsabiliza un concepto, una idea, una técnica, sin tener en cuenta su sustento o forma de materialización. Si un sistema de inteligencia artificial ha de estar basado en una máquina, es difícil de imaginar que esa máquina actúe sin un sistema operativo que gobierne sus predicciones o actuaciones. Dicho de otro modo, la inteligencia artificial se plasmará necesariamente en un conjunto de códigos informáticos organizados en un programa. En este sentido, es oportuno recordar que la vigente Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos excluye de su ámbito de aplicación los programas informáticos libres y de código abierto (Considerando 14 y artículo 2.2). Allí existe una laguna de protección de víctimas potenciales que una regulación general sobre responsabilidad por daños causados por programas informáticos podría colmar.

En todo caso, parece que la responsabilidad por los daños causados o derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial va a ocupar un espacio e la agenda europea que viene. El Parlamento ha manifestado su interés en que se retome la iniciativa. El pasado 5 de diciembre de 2024 el comité de asuntos jurídicos del Parlamento dedicó su sesión al análisis de la Propuesta de Directiva y la agenda del comité anuncia que este 30 de enero de 2025, se discutirá el informe del pasado mes de septiembre de 2024 que se ha mencionado en el párrafo anterior. A ver qué queda de ese impulso y si tenemos en la Unión Europea un nuevo marco de responsabilidad por daños causados por el uso de inteligencia artificial y si eso sucede antes de que los Estados miembros hayan de adaptar sus derechos nacionales a las nuevas reglas de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. *Eppur si moue*.

Carlos Gómez Ligüerre

Laura López de la Cruz
José Antonio Sánchez Medina
Universidad Pablo de Olavide,
Sevilla

¿Es acertado el reconocimiento jurídico de la progresiva capacidad del menor de edad?

Claves interpretativas desde la Psicología del Desarrollo para analizar la madurez del menor

Sumario

-
Este artículo aporta una reflexión crítica sobre el reconocimiento legal de la progresiva capacidad a los menores de edad. A través de una perspectiva interdisciplinar que integra el Derecho Civil y la Psicología del Desarrollo, el estudio examina cómo en el ordenamiento jurídico español se reconoce y delimita la capacidad de los menores para ejercer derechos en función de su desarrollo madurativo, pero no se especifica el modo de analizar la madurez del menor. Los autores proponen recurrir a las aportaciones de la Psicología del Desarrollo para construir una noción precisa y compleja de este concepto, así como comprobar si los distintos hitos madurativos que establece el Derecho Civil para otorgar validez y eficacia a la actuación de los menores se corresponden con los conocimientos aportados por la investigación científica.

Abstract

-
This article provides a critical reflection on the legal recognition of the progressive capacity of minors. Through an interdisciplinary perspective that integrates Civil Law and Developmental Psychology, the study examines how the Spanish legal system recognizes and delineates the capacity of minors to exercise rights based on their developmental maturity, but does not specify how to assess the maturity of the minor. The authors propose to draw on contributions from Developmental Psychology to construct a precise and comprehensive notion of this concept, as well as to verify that the various developmental milestones established by Civil Law to grant validity and efficacy to the actions of minors correspond with the knowledge provided by scientific research.

Title: *Is the Legal Recognition of the Progressive Capacity of Minors Appropriate? Interpretative Keys from Developmental Psychology to Analyze the Maturity of Minors*

-
Palabras clave: Menor de edad, capacidad, madurez, Psicología Evolutiva.

Keywords: *Minor, capacity, maturity, Developmental Psychology.*

-
DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.01

1.2025

Recepción
23/07/2024

-

Aceptación
26/10/2024

-

1. Capacidad del menor para ejercer sus derechos. Progresiva autonomía del menor

- 1.1. Capacidad del menor
- 1.2. Reforma del Derecho de Familia y nueva noción de la minoría de edad

2. Actuaciones del menor de edad. Delimitación de supuestos

- 2.1. Actos en los que la intervención del menor se limita a una audiencia
- 2.2. Supuestos en los que el menor se halla legitimado para iniciar un procedimiento o solicitar la tutela de un derecho
- 2.3. Supuestos en los que el menor ejercita un derecho propio o celebra un negocio jurídico con plena validez y eficacia

3. Claves interpretativas

- 3.1. Desarrollo evolutivo del menor
 - a. Etapa senso-motora (hasta los dos años)
 - b. Etapa pre-operatoria: primera infancia (dos-seis años)
 - c. Etapa de operaciones concretas: segunda infancia (siete-doce años)
 - d. Etapa de operaciones formales: preadolescencia y adolescencia (doce-dieciocho años)
- 3.2. La madurez del menor desde la Psicología del Desarrollo. Madurez cognitiva frente a madurez psicosocial

4. Reflexiones finales

5. Bibliografía

-

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

1. Capacidad del menor para ejercer sus derechos. Progresiva autonomía del menor^{1*}

1.1. Capacidad del menor

En nuestro ordenamiento, el reconocimiento de la capacidad necesaria para actuar con plena eficacia jurídica se fija a una edad muy concreta, los dieciocho años (art. 12 CE y art. 315 CC), momento a partir del cual se presume que las condiciones de madurez del sujeto le permiten conocer la trascendencia de sus actos y decidir libremente cómo gestionar sus intereses, tanto en el plano personal, como patrimonial. Con anterioridad a ese momento vital, cuya determinación se produce en función de un dato meramente biológico o físico, la persona se encuentra en un estado de minoría de edad, en el que se despliegan una serie de mecanismos protectores que condicionan y limitan su actuación.

Los argumentos que justifican esta limitación de la capacidad de los menores de edad residen en que, al estar en pleno proceso de desarrollo psicológico y no haberse alcanzado determinadas cotas de madurez mental y emocional, la integridad y la seguridad del menor, así como su libertad personal, podrían verse afectadas, por lo que es necesario restringir su ámbito de actuación y delegar las decisiones que les incumben en las personas que los representan legalmente. De este modo, los progenitores titulares de la patria potestad, o en su caso el tutor, sustituyen la voluntad del menor y deciden en su beneficio (arts. 154 y 162 CC).

Sin embargo, es bien sabido que esta sustitución por representación no es absoluta ni se despliega en todos los ámbitos, y solo en determinados supuestos legales se prescinde de las opiniones o deseos de los menores. Ya la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989² consagraba el derecho del niño, como sujeto de derechos, a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le conciernen, y reconocía su derecho a que tales opiniones sean tenidas en cuenta, según su edad y madurez. Un derecho, el de ser oído y escuchado, que se ha reproducido en sucesivos textos internacionales y que consagra nuestra Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor³ en su artículo 9 y se reitera, como veremos, a lo largo del articulado del Código Civil.

Además, numerosas normas nacionales e internacionales reconocen capacidad a los menores para ejercitar derechos de muy distinta naturaleza, de modo que, en la actualidad, puede afirmarse que los menores tienen reconocido un cada vez más amplio ámbito de actuación en el

^{1*} Autora de contacto: Laura López de la Cruz (llopclu@upo.es) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación I+D+i "La construcción del Interés Superior del Menor desde una perspectiva jurídica y psicosocial. Hacia una visión integradora a la luz de la Ley Orgánica 8/2015", Ref. DER2017-88049-P, financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Dirs. Laura López de la Cruz/José Antonio Sánchez Medina.

² La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 reconocía que los niños y las niñas son sujetos de derechos, pero su objetivo prioritario estaba centrado en la obligatoriedad de la sociedad de protegerlos. Es, además, el primer texto internacional que pone en escena el concepto del Interés Superior del Menor: GARCÍA CARMONA, «Evolución de la protección de la infancia hasta nuestros tiempos: marco jurídico», en LÓPEZ DE LA CRUZ/SÁNCHEZ MEDINA (dirs.), *Estudio multidisciplinar del Interés Superior del Menor. Una aproximación psicológica, sociológica y jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 143 ss.

³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*.

tráfico jurídico, y se otorga validez y eficacia a muchos de sus actos, realizados incluso sin supervisión ni control parental.

Este reconocimiento de capacidad del menor es gradual, es decir, no se produce en un momento concreto y de modo absoluto, sino que va estrechamente ligado al crecimiento del menor, sin perjuicio de que, paralelamente, se fijen hitos o momentos temporales determinados para reconocer la validez de ciertas actuaciones. Se parte de la idea de que, a medida que el menor se desarrolla, va adquiriendo madurez mental y emocional, lo que permite a las personas responsables del bienestar del menor depositar la confianza en lo acertado de sus decisiones y consecuentes comportamientos. De este modo, observamos cómo se vincula la menor o mayor madurez del sujeto a su edad, en la medida en que ésta representa un desarrollo biológico y mental que se manifiesta en el modo de razonar, decidir, actuar y gestionar las relaciones sociales. En definitiva, lo que caracteriza a la situación jurídica del menor de edad es el reconocimiento de una capacidad progresiva: según va cumpliendo años, su madurez se consolida, su esfera de actuación se amplía y se atribuyen efectos propios a los actos que realiza.

Sin embargo, ya en las décadas de los ochenta y noventa, influyentes investigadores del ámbito de la Psicología señalaban que la edad no es ni la única, ni la variable más importante de cuantas intervienen en el desarrollo psicológico de las personas. Baltes⁴, así como Bronfenbrenner⁵, entre otros⁶, defendieron que, junto a la edad, existen otros factores que juegan un papel fundamental en el desarrollo y la maduración del sujeto. Por un lado, factores relacionados con eventos vitales no normativos que suceden en la vida personal y, por otro, factores vinculados al contexto histórico, social y cultural en el que habita una persona.

a) Factores vitales no normativos

Los factores relacionados con eventos vitales no normativos son sucesos únicos que le ocurren a una persona concreta, sucesos que no siguen un patrón predecible y que pueden tener un impacto significativo en el desarrollo de un individuo. Son eventos atípicos que no todos experimentan, por ejemplo, experiencias como la pérdida de un ser querido a una edad temprana, ser víctima de un delito grave, sufrir un accidente o recibir una inmensa fortuna. Estos eventos no están relacionados con la edad o la etapa del desarrollo, pero pueden influir profundamente en la trayectoria vital de una persona. La influencia de estos factores depende de cuándo ocurren y cómo se interpretan y manejan, afectando de modo importante a la capacidad de adaptación y resiliencia de los individuos.

b) Factores vinculados al contexto

Los factores normativos relacionados con el contexto histórico, social y cultural son influencias que afectan a generaciones o cohortes, debido a los eventos históricos y cambios sociales que, a

⁴ BALTES/REESE/LIPSITT, «Life-span developmental psychology», *Annual Review of Psychology*, nº 31, 1980, pp. 65 ss. BALTES, «Theoretical propositions of life-span developmental psychology: On the dynamics between growth and decline», *Developmental Psychology*, núm. 23-5, 1987, pp. 611 ss.

⁵ BRONFENBRENNER, *The ecology of human development experiments by nature and design*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1979.

⁶ BRONFENBRENNER/CECI, «Nature-nuture reconceptualized in developmental perspective: A bioecological model», *Psychological Review*, núm. 101-4, 1994, pp. 568 ss. BRONFENBRENNER/MORRIS, «The ecology of developmental processes», en DAMON/LERNER (eds.), *Handbook of child psychology: Theoretical models of human development* John Wiley & Sons Inc., New York, 1998, pp. 993 ss.

menor o mayor escala, ocurren durante su existencia. Es decir, el escenario en el que se desarrolla la vida de los sujetos, de distintas dimensiones⁷, influye de modo significativo en su desarrollo personal y condiciona (bien ralentizando, en la mayoría de las veces acelerando) la adquisición de madurez. Ejemplos de este tipo de factores son la Gran Depresión, las guerras mundiales, la revolución tecnológica, movimientos sociales, pandemias o la emergencia y extensión del uso de las redes sociales como medio de comunicación interpersonal. Estos eventos afectan a grandes grupos de personas de manera similar y pueden moldear las actitudes, los valores y los comportamientos de generaciones enteras.

En resumen, una mirada conjunta a las investigaciones de estos autores nos conduce a un primer punto de partida que se manifiesta en las siguientes afirmaciones:

1. El desarrollo psicológico de un menor, si bien está condicionado por sus propios procesos madurativos de carácter biológico asociados a la edad, no depende sólo de éstos.
2. La maduración biológica se produce en un momento vital concreto en el que cobran un papel relevante determinadas experiencias personales, que resultan determinantes para definir las destrezas y habilidades que adquiere la persona.
3. El contexto social en el que habita el menor, en sus distintos niveles, condiciona su desarrollo madurativo a nivel psicológico y emocional.
4. Y, especialmente importante, el proceso de desarrollo psicológico no está limitado a una etapa concreta de la vida, sino que se produce durante toda la existencia humana.

La cuestión compleja para el Derecho es, en consecuencia, identificar patrones de desarrollo que permitan emitir juicios sobre la madurez del menor, cuando sabemos que, junto con la edad, intervienen otros factores mucho más difíciles de identificar, como son las experiencias del individuo y el contexto social y cultural. La coexistencia de elementos de tan distinta naturaleza hace difícil establecer unas categorías generales aplicables a todos los menores, pues la madurez de unos y de otros puede ser muy diferente en función de sus propias vivencias, de la ciudad y el país donde viva, el entorno rural o urbano en el que habite, la religión y cultura a la que pertenezca, etc.

Pero es que también en el plano jurídico nos enfrentamos a una heterogeneidad de preceptos que se refieren a la capacidad del menor y que exigen una edad o madurez determinada y distinta para los diversos supuestos que contemplan. Aunque cada vez se habla más de un Derecho de Menores⁸, lo cierto es que no existe un conjunto de normas homogéneo y con una

⁷ En concreto, Bronfenbrenner alude a cuatro subsistemas en los que se desenvuelve la vida del sujeto, y que hacen referencia a los distintos planos relacionales: la familia en la que crece o la escuela en la que se forma (microsistema); el ámbito donde interacciona familia y escuela (mesosistema); ámbitos donde el menor no actúa pero que influyen en su desarrollo, como el trabajo de sus progenitores (exosistema); la sociedad y cultura a la que pertenece, con sus distintas ideologías y escalas de valores (macrosistema).

⁸ Una de las cuestiones que abordan los autores es la creación de un Derecho propio de la infancia y la adolescencia, habida cuenta de que las cuestiones que afectan a los menores inciden en áreas muy distintas (y que se han visto afectadas por la reforma de 2015) como son el Derecho Civil, el Derecho procesal, el Derecho Administrativo, el Derecho sanitario, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y desde luego el Derecho Constitucional, lo que justificaría la creación de un sistema completo e integral de atención jurídica a toda la

cierta sistemática que conformen el estatus del menor⁹, de modo que de forma expresa y precisa quede claro qué puede hacer por sí solo el menor y cuáles son los límites a la actuación de las personas que tienen encomendado por ley representarles y velar por sus derechos e intereses. El hecho de que la regulación de la capacidad y el régimen de protección de los menores se rija por normas, convenciones y tratados inspirados por los mismos principios informadores otorga una cierta homogeneidad al sistema, pero no proporciona certeza en cuanto a la oportunidad de reconocer capacidad al menor para todos los actos y para el ejercicio de cada uno de los derechos.

1.2. Reforma del Derecho de Familia y nueva noción de la minoría de edad

Como se ha indicado, las actuales tendencias del Derecho de Familia abogan por un progresivo reconocimiento de capacidad a los menores, a quienes, en términos generales, se les considera cada vez más maduros y capaces de desenvolverse con una amplia autonomía en muchos ámbitos¹⁰. La noción moderna de la minoría de edad implica reconocer a los menores como ciudadanos¹¹, con una significativa participación social, lo que justifica que se le atribuyan derechos de muy variada índole y también una mayor responsabilidad¹².

Este reconocimiento de capacidad progresiva del menor y su mayor protagonismo en la sociedad trae causa de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, cuando se abandona el exclusivo tratamiento protector brindado por el ordenamiento jurídico a los menores, para empezar a considerarlos como sujetos titulares de derechos subjetivos, con capacidad gradual para ejercitarlos de acuerdo con sus condiciones de madurez. De este modo, queda legalmente plasmada una nueva y distinta concepción de los menores de edad, que ya se había ido gestando en la segunda mitad del siglo XX, y que se hace más patente a medida que se avanza en el concepto democrático de familia y se consolidan los principios y valores constitucionales en el seno de la misma¹³.

infancia y adolescencia. En este sentido, VILLAGRASA ALCAIDE, «El derecho de la persona menor de edad: hacia una disciplina autónoma desde el Derecho Civil», en CABEDO MALLOL/RAVETLLAT BALLESTÉ (coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 31.

⁹ PARRA LUCÁN, «Minoría de edad», GETE-ALONSO y CALERA/SOLÉ RESINA (dirs.), *Tratado de Derecho de la persona física*, T.1, Civitas Thomson Reuters, 2013, p. 595.

¹⁰ Hace tiempo que quedó superada la idea de que la minoría de edad consista en una incapacidad. Tal corriente interpretativa nace de la decisiva aportación de De Castro, que significó un punto de inflexión en la consideración del menor de edad dentro de nuestro ordenamiento jurídico. El autor concibe al menor de edad, no como un incapacitado absoluto, sino como una persona con capacidad (de obrar) si bien limitada por diversas causas legales (DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Thomson- Civitas, Madrid, 1984 (ed. 2008), pp. 175-176).

¹¹ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *La construcción de la ciudadanía del menor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

¹² Resulta interesante la incorporación de deberes del menor de edad en la LOPJM realizado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. En el Preámbulo de la Ley se explica que la propia concepción de los menores como ciudadanos implica atribuirles no sólo derechos, sino también responsabilidades, en línea con los textos internacionales y autonómicos sobre la materia. De este modo, se introducen cuatro nuevos artículos en los que se regulan deberes en el ámbito familiar, escolar y social.

¹³ Desde un punto de vista jurídico, la familia constituye fundamentalmente una comunidad de intereses, y asume unas funciones que son más o menos complejas con relación al grado de desarrollo de la organización social y política en la que se inserta. Existe una recíproca interconexión entre organización política y organización familiar, de forma que el crecimiento de una supone el decrecimiento de la otra, y en buena medida ambas participan de la misma naturaleza, esto es, ser formas de organización de la vida social (LÓPEZ LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 93 y ss.).

En efecto, la situación jurídica del menor de edad está estrechamente ligada a la consideración y evolución del concepto de familia, pues es en ésta donde el menor se desarrolla y adquiere madurez, a la vez que asume pautas comportamentales y culturales que conformarán significativamente su participación en sociedad¹⁴. Los cambios políticos y sociales que han provocado la transformación de la familia han repercutido directamente en la visión que se tiene de los menores de edad y han contribuido a sentar las bases del reconocimiento del menor como sujeto de derechos y a la proyección de su ciudadanía.

Es por ello que, si analizamos, aunque sea someramente, la evolución del concepto de familia, podremos comprender mejor los cambios en la consideración de la capacidad de los menores. Como es bien sabido, uno de los principales triunfos democráticos ha consistido en abandonar la concepción tradicional de familia, que la conceptuaba como una entidad independiente que trasciende a sus propios componentes, libre de injerencias del poder público y en el que rigen sus propias normas. La familia democrática es concebida como un escenario de colaboración y ayuda mutua, cuya protección se justifica porque ésta es un ámbito de desarrollo de la personalidad y de ejercicio de los derechos fundamentales de sus miembros individualmente considerados¹⁵. A partir de esta idea, se pone el foco en los derechos e intereses de las personas y no tanto del colectivo, y se empieza a analizar la situación propia de cada una de ellas para asegurar que su situación jurídica y el reconocimiento de sus derechos se adecuan al nuevo orden jurídico¹⁶. Se comienza con las mujeres, a quienes tradicionalmente se les había excluido del sistema, y gradualmente se van incorporando otros sujetos que forman parte del grupo familiar: menores, mayores, personas dependientes, etc.

Sin embargo, se ha de recordar que la tipología de familia democrática es de construcción muy reciente, y ha ido evolucionando a diferentes velocidades en los distintos ordenamientos europeos, coincidiendo con las grandes reformas de su propio Derecho de Familia¹⁷. En nuestro

¹⁴ Sobre la familia y sus funciones, VALPUESTA FERNÁNDEZ, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 55 ss.

¹⁵ Reflejo de esta idea son las siguientes afirmaciones de la profesora ROCA TRÍAS (*Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 71 ss.): 1. La base de cualquier regulación, incluido el Derecho de Familia, son los derechos fundamentales de los ciudadanos, que no cambian de condición por el hecho de estar integrados en un grupo familiar. 2. En caso de conflicto entre el interés familiar y el individual, prevalece este último siempre que tenga como base el ejercicio de un derecho fundamental. 3. Ello justifica los sistemas de protección de menores, como garantía de efectividad de sus derechos fundamentales. 4. La familia debe ser considerada como un instrumento para alcanzar las finalidades previstas en el programa constitucional del art. 10 CE. Vid. ROCA TRÍAS, «Familia, familias y Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIII, fasc. IV, enero-marzo, 1990.

¹⁶ VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Reflexiones sobre el Derecho de Familia», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 2, 2007, pp. 75 ss.

¹⁷ El Derecho de Familia europeo sufre importantes modificaciones en un intervalo temporal que se inicia a finales de los años 60 y concluye en los tempranos 80: En Alemania, ya una Ley de 3 de mayo de 1957 sobre la igualdad de derechos había provocado la derogación de párrafos del BGB claramente opuestos al principio de igualdad, pero no fue hasta los años 70 cuando las modificaciones de las instituciones civiles fueron más patentes. La Ley de 19 de mayo de 1976 de Matrimonio igualó a los cónyuges en la edad para contraer matrimonio y en el rol familiar asignado a los mismos, abandonando el modelo de esposa ama de casa. También la Ley de 19 de agosto de 1969, sobre la situación jurídica de los hijos no legítimos, equiparó a éstos en parte a los matrimoniales, en una directa aplicación del principio de igualdad. En Italia, a pesar de que la Constitución italiana de 1947 proclamaba el principio de igualdad de los cónyuges, el art. 29 apelaba al principio de unidad familiar como límite a aquél, lo que en la práctica se tradujo en una intensa labor jurisprudencial de la *Corte Costituzionale* que tuvo que afrontar una extensa casuística en la que aplicar los principios democráticos a pesar de la normativa reguladora de la familia entonces vigente. Asimismo, la protección de la familia legítima en el texto constitucional (art. 30) supuso una traba a la equiparación real de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

país, como es sabido, el modelo de familia patriarcal originariamente plasmado en el Código Civil¹⁸ está vigente hasta la entrada en vigor de la Constitución Española. A partir de este momento, la familia se transforma, y su configuración se asienta en dos principios jurídicos básicos en continuo desarrollo: el principio de igualdad y el derecho a la libertad personal, cuya aplicación se inicia con las leyes reformadoras de 1981 y prácticamente continúa hasta hoy.

Si hacemos un breve paréntesis y nos detenemos en los pilares sobre los que se asienta la familia reconocida y amparada constitucionalmente (art. 39 CE), podemos constatar cómo éstos han jugado un papel determinante en la concepción actual del menor de edad:

- a) Con la entrada en vigor del texto constitucional, la familia deja de ser una institución jerárquica basada en el poder y la autoridad de un único sujeto. Se reconoce el derecho de igualdad al marido y a la mujer, y se les atribuyen idénticos derechos y deberes (art. 32 CE)¹⁹. Los cónyuges han de ponerse de acuerdo en todas las cuestiones referentes a la organización de la vida familiar, la educación y crianza de los hijos y la economía doméstica, lo que implica la irrupción de la autonomía privada en el seno de la familia y la concesión de un cada vez más amplio poder decisorio a los componentes del grupo familiar. De este grupo familiar forman parte los menores, cuyos deseos y opiniones empiezan a ser tenidos en cuenta, se atiende a sus necesidades no sólo físicas sino también emocionales, y se les reconoce un margen de participación cada vez mayor.
- b) La relación personal entre cónyuges se asienta sobre principios constitucionales, sus derechos fundamentales son reconocidos y amparados también en el seno de su relación familiar, y se busca el equilibrio entre su libre ejercicio y la responsabilidad y el compromiso familiar y conyugal (arts. 66 y ss. CC) (STS 630/2018, Civil, de 13 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3743) y STS 238/2024, Civil, de 23 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1098)). Este reconocimiento de los derechos fundamentales de los miembros de la familia se extiende a los menores de edad, y se plasma en sus normas reguladoras (LOPJM).

Las reformas legislativas se producen en los años 70: Ley de 1 de diciembre de 1970, que introduce el divorcio o Ley de 19 de mayo de 1975, que consagra la igualdad de los cónyuges, permite la investigación de la paternidad y equipara a los hijos naturales y legítimos. En Francia, la Ley de 13 de julio de 1965, sobre los regímenes económicos matrimoniales, supuso la quiebra del principio de unidad de la familia y el fin de la dirección única del marido; la Ley de 4 de junio de 1970 sustituye el término de patria potestad por el de autoridad parental y se la reconoce a ambos progenitores; la Ley de 3 de enero de 1972 iguala a los hijos; y la Ley de 11 de julio de 1975 incide en las reformas sobre equiparación de derechos de los cónyuges. En Austria, se aprueban las leyes de 30 de octubre de 1970 y 30 de junio de 1977, sobre filiación y equiparación de los hijos; con la Ley de 11 de julio de 1975 se regulan los efectos personales del matrimonio y con la Ley de 15 de junio de 1978, se aprueba el divorcio. En Bélgica, la Ley de 1 de julio de 1974 sustituyó la patria potestad por la autoridad parental; La Ley de 14 de julio de 1976 aplica el principio de igualdad en las relaciones conyugales; y se modifica el divorcio, reconociendo el mutuo consentimiento y la separación de hecho como causas del mismo en las leyes de 1972, 1974 y 1975. En Reino Unido, se promulgan las *Matrimonial Proceeding and Property Act* de 1970 y *Matrimonial Causes Act* de 1973, con las que se modifican las relaciones entre esposos, señaladamente después del divorcio; la igualdad de los progenitores se introduce con la *Guardianship Act* de 1973. En Suiza, una ley de 1974 modifica las reglas sobre los efectos del matrimonio y el divorcio, y en 1976 se establece la igualdad de los hijos (VALPUESTA FERNÁNDEZ, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 161 y ss.).

¹⁸ Sobre sus notas caracterizadoras, LÓPEZ LÓPEZ, *Derecho civil constitucional*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, p. 204.

¹⁹ Posteriormente, el matrimonio se ampliará a personas del mismo sexo, como muestra de la potencialidad del principio de igualdad cuya aplicación no se agota en una reforma concreta: Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Vid. STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TC:2012:198).

- c) El matrimonio objeto de regulación es el matrimonio civil, con independencia de las formas religiosas admitidas en Derecho²⁰. Se acepta el divorcio (art. 32.2 CE), si bien en un primer momento (1981) se trata de un divorcio con un matiz culpabilístico muy acentuado y sometido a trabas legislativas que dificultan su aplicación en la práctica. De hecho, no será hasta 2005 cuando en nuestro país se apruebe el divorcio sin causa como manifestación de la libertad personal de los cónyuges, siendo este modelo absolutamente excepcional en el plano europeo²¹. Si bien es cierto que la participación de los menores en el ámbito familiar se ha ido acrecentando, no hay duda de que éstos adquieren mayor protagonismo en situaciones de crisis de la familia, cuando se ponen en marcha los distintos mecanismos protectores y se dota de recursos a los distintos operadores jurídicos para intervenir en su beneficio. De este modo, las distintas normas reguladoras de los efectos de la separación y el divorcio consagran el derecho del menor a ser escuchado y refuerzan su protección atendiendo en todo caso a su interés superior (arts. 90 y ss. CC).
- d) El principio de igualdad se extiende igualmente a los hijos: la Constitución Española ampara a los hijos menores de edad, y declara su igualdad ante la ley con independencia de su filiación (art. 39 CE). En consecuencia, desaparecen las distintas categorías de hijos según hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, y se les sitúa en un plano de igualdad en lo que se refiere a los apellidos, derechos alimenticios y derechos sucesorios. Además, se empieza a configurar un concepto de filiación que trasciende el mero dato o hecho biológico y en el que se refuerza el elemento intencional, pues se asienta en el compromiso y en la responsabilidad parental. El elemento intencional se manifiesta en un primer momento con el libre uso de métodos anticonceptivos, que permite a las parejas decidir en qué momento quieren ser padres. También es patente en el caso de la adopción; posteriormente se ampliará con la implantación de técnicas de reproducción asistida y el reconocimiento de la filiación derivada del uso de las mismas²².
- e) Las relaciones paternofiliales se rigen por nuevos principios democráticos. Se posibilita la investigación de la paternidad, reforzada con los distintos avances científicos en la

²⁰ Como sabemos, en la Base tercera de la Ley de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizaba al Gobierno para la publicación de un Código Civil, se establecía que debían reconocerse dos formas de matrimonio en el texto codificado: un matrimonio canónico, obligatorio para todos aquellos que profesasen la religión católica, que sería regulado por el Derecho Canónico, y uno civil, con carácter supletorio, para aquellos que declarasen ante el juez su aconfesionalidad, y que sería objeto de regulación en el texto codificado. Esta regulación se va a mantener hasta la Constitución de 1978, con la salvedad del período correspondiente a la Segunda República, cuando la Ley de 28 de junio de 1932 impone un matrimonio civil obligatorio para todos los españoles (vigente hasta la Ley de 12 de marzo de 1938). Vid. LÓPEZ LÓPEZ, «Reforma y criptoreforma del sistema matrimonial español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1977, pp. 229 y ss.

²¹ La Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, consagra un divorcio sin causa, siguiendo la línea de los países nórdicos como Suecia y Finlandia. Sobre el tema, LÓPEZ DE LA CRUZ, «La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 2, abril-junio, 2009, pp. 713 ss.

²² Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*, que sustituye a la primigenia Ley 35/1988, de 22 de noviembre, una de las primeras leyes sobre la materia en el entorno europeo. El art. 10.1 de la norma citada prohíbe la denominada gestación por sustitución, lo que abriría el debate sobre nuevos modelos de filiación, que sin embargo sí es admitida en países como Portugal en determinados supuestos. Sobre el tema, SILVA PEREIRA, *A gestação de substituição. Uma perspectiva de género*, AAFDL editora, 2024.

materia. Se abandona el modelo de paternidad autoritario²³, se reconoce a ambos progenitores idéntica responsabilidad parental y se desarrolla un concepto de patria potestad basado en la protección integral del menor combinado con un reconocimiento de sus derechos y de su propia personalidad (art. 154 CC)²⁴. Todo el sistema de protección de los menores de edad pivota en torno a un principio básico: el Interés Superior del Menor, que se generaliza como principio inspirador de las distintas actuaciones administrativas y judiciales.

- f) Se aceptan distintos modelos de familia que coexisten con la tradicional familia matrimonial. En un primer momento, las parejas de hecho, aunque su nivel de protección legal respecto del matrimonio no sea el mismo²⁵. Posteriormente, se van incorporando y aceptando socialmente otros modelos, como las familias con un solo progenitor, familias reconstituidas o parejas que no conviven. Esta heterogeneidad de supuestos posibilita el desarrollo de nuevas formas de relaciones familiares y el nacimiento de nuevos derechos, como el del menor a relacionarse con la pareja de su progenitor, tras la ruptura de estos (STS 320/2011, Civil, de 12 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2676)). Esta mayor permisividad a distintos modelos de familia es consecuencia de una relajación en el control social de los comportamientos, lo que incide en la incorporación de nuevos sujetos en el escenario familiar y una mayor sensibilidad a las necesidades e intereses de cada uno de ellos, lo que repercute necesariamente en la situación de los menores de edad.

En definitiva, las transformaciones señaladas en la familia, posibilitadas en su día por el nuevo marco constitucional, y acentuadas por los continuos cambios culturales, han propiciado el protagonismo de un sujeto de derechos, el menor de edad, al que en una primera etapa se le democratiza a través de la consagración de los principios de igualdad y no discriminación, para progresivamente ir dotándole de una mayor autonomía en función de los sucesivos avances sociales en el plano nacional e internacional. En este sentido, 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) alude en su Exposición de Motivos a una concepción de las personas menores de edad “como sujetos activos, participativos y creativos, con

²³ La reforma del Código Civil efectuada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, suprimió la referencia a la facultad de los padres de corregir a sus hijos del art. 154 CC, dando respuesta a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño para que se reformasen todos los Derechos de Familia que seguían admitiendo una corrección moderada, entendiéndose que esta supone la consagración legal de una forma de violencia contra la infancia (PARRA LUCÁN, «Minoría de edad», GETE-ALONSO Y CALERA/SOLÉ RESINA (dirs.), *Tratado de Derecho de la persona física*, T.1, Civitas Thomson Reuters, 2013, p. 590).

²⁴ Parra Lucán afirma que “la protección del menor solo se puede conseguir considerándole como un sujeto activo, lo que se traduce en un reconocimiento cada vez mayor de su autonomía, permitiéndole participar en los asuntos que le conciernen” («Minoría de edad», GETE-ALONSO Y CALERA/SOLÉ RESINA (dirs.), *Tratado de Derecho de la persona física*, T.1, Civitas Thomson Reuters, 2013, p. 594).

²⁵ Sobre esta cuestión se ha pronunciado en numerosas ocasiones tanto el Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional: STC (Pleno) 184/1990, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TC:1990:194); STC 31/1991, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:1991:31); STC 199/2004, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TC:2004:199), entre otras muchas. STS 611/2005, Civil, de 12 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5270), STS 431/2010, Civil, de 7 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3530). Si bien, cada vez son más frecuentes los pronunciamientos judiciales en los que se aplican a las parejas de hecho normativas de naturaleza más propiamente administrativa en plena igualdad a la familia matrimonial (*vid.* STC 40/2014, de 11 de marzo (ECLI:ES:TC:2014:40), STS 435/2024, Civil, de 2 de abril de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1744)).

capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

Esta Ley, que junto al Código Civil constituye el marco jurídico básico del menor de edad, consagra el criterio de la capacidad progresiva del menor en función de su madurez, de modo que se permite su participación en el tráfico jurídico en función del grado de desarrollo cognitivo y emocional que haya alcanzado el sujeto. Este nivel de desarrollo evolutivo debería medirse, como veremos, a través de distintos parámetros acordes con lo establecido en la ciencia que estudia la evolución y desarrollo humano, y caso por caso, en función del menor implicado. Un análisis de madurez que en todo caso se vincula al beneficio del menor, a través del principio de Interés Superior del Menor. Pero lo más interesante de este proceso de cambio de la noción de minoría de edad es que se han invertido los parámetros por los que se regula la participación de los menores, pues de concebir con carácter general que el menor de edad es incapaz para todos los actos de la vida civil y permitirle excepcionalmente actuar por sí solo en determinados supuestos, se ha pasado a considerarlo como sujeto capaz, presumiendo que, en función de las cotas de madurez alcanzadas, su actuación es válida, hasta el punto de afirmar la propia Ley que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deberán ser interpretadas de forma restringida (art. 2.1 párr. 2º LOPJM).

2. Actuaciones del menor de edad. Delimitación de supuestos

En este sistema de atribución de capacidad progresiva al menor de edad, el legislador no siempre ha atendido a los mismos criterios para permitirle actuar, ya que unas veces ha establecido una edad concreta, lo que aporta seguridad jurídica, mientras que otras ha optado por una referencia a su desarrollo o evolución personal, en línea con lo establecido por las teorías de la Psicología del Desarrollo, que defienden que la madurez no es adquirida de forma automática y global en un momento preciso, sino que se trata de un proceso gradual que se desarrolla en un determinado contexto.

Además, la cuestión se complica desde el momento en que el legislador, aun reconociendo la capacidad del menor en supuestos concretos para permitirle actuar, no repara en los efectos de su actuación, de modo que fija una misma edad para realizar actos con muy distintas consecuencias en la esfera personal y/o patrimonial del menor de edad.

Desde este punto de vista, podemos distinguir, lo que puede resultar novedoso, tres grupos de actos en los que interviene el menor a los que la ley les atribuye efectos muy diversos, aun exigiendo una misma edad o sin especificar el grado de madurez necesario:

2.1. Actos en los que la intervención del menor se limita a una audiencia

En este grupo de supuestos, el menor debe ser oído y escuchado. Es decir, se parte de la idea de que el menor de edad tiene criterio y está en situación de manifestar su opinión, aunque ésta no tenga la entidad suficiente para provocar por sí sola efectos directos en su esfera jurídica. Existe un órgano decisorio a quien la ley le atribuye el deber de protección del menor, que deberá tomar en consideración sus ideas y preferencias, realizar un juicio de valor sobre las mismas, y aplicar el principio de Interés Superior del Menor hasta llegar al resultado final del proceso. La cuestión más significativa en relación con la intervención del menor de edad no es sólo que se

reconozca el derecho a expresar sus opiniones, sino que se le está reconociendo el derecho a participar en las medidas y decisiones que afecten a su propia vida. Esto es, no se trata tanto de un derecho de expresión o de opinión, sino, sobre todo, de un derecho de participación.

Así, el art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño establece que:

“1. Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”²⁶.

El propio Comité de los Derechos del Niño ha configurado el derecho a ser escuchado como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y la consideración primordial del interés superior del niño. Ello implica no solo el reconocimiento explícito de este derecho a ser escuchado, sino que es concebido como instrumento privilegiado para interpretar y aplicar el resto de los derechos de los menores (Introducción a la Observación General nº 12). A estos efectos, es significativa la interpretación literal que el Comité realiza en la Observación General nº 12 (2009). En la misma, se afirma que “las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación”. Se afirma que los Estados parte de la Convención (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) no pueden partir de la premisa general de que el niño es incapaz de expresar sus opiniones sino, al contrario, deben dar por supuesto que tiene capacidad para formarse sus propias ideas y garantizar su derecho a expresarlas. Además, desaconseja a los Estados el establecer un límite de edad que restrinja el derecho del niño a ser escuchado en los asuntos que le afecten.

La garantía que exige la Convención a los Estados de que el menor de edad sea debidamente escuchado es puesta en relación con la edad y la valoración de la madurez del niño, si bien el Comité no ahonda en el modo de hacerlo. De hecho, el propio Comité de los Derechos del Niño reconoce que “las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir

²⁶ En la Introducción a la Observación General nº 12 del Comité de los Derechos del Niño de 2009, se explica que “se trata de una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos, apunta a la condición jurídica y social del niño que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto, pero, por el otro, es sujeto de derechos”. Siguiendo lo establecido en el art. 39.4 CE, que dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, se ha de aludir, en lo que se refiere a la preceptiva audiencia del menor en función de su edad y madurez, al apartado 15 de la Carta europea de los derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992; el art. 6 del Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, firmado por el Reino de España el 5 de diciembre de 1997 y ratificado mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014, en vigor desde el 1 de abril de 2015; y el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio” y añade, “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso” (Observación General nº 12).

Sí es significativo que se reconoce el derecho del niño a no ejercer ese derecho, afirmando el Comité que “para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados parte deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior”.

El art. 9.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor garantiza el derecho de éste a ser oído y escuchado “tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”, y añade que “en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo” y se garantizará que el menor pueda ejercitar el derecho a ser escuchado por sí mismo cuando tenga la suficiente madurez, la cual deberá ser valorada por personal especializado, “teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos” (art. 9.2 LOPJM). Por último, en línea con lo recogido en el apartado 15 de la Carta europea de derechos del niño, se indica que “siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el Interés Superior del Menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión” (art. 9.3 LOPJM).

Del mismo modo, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han reiterado de manera constante la obligatoriedad de escuchar al menor de edad²⁷. En la reciente STC 5/2023, de 20 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TC:2023:5), en la que se dilucidaba la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de audiencia del menor, durante la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria por falta de acuerdo de los progenitores sobre el ejercicio de la patria potestad, el TC estableció:

“El derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido,

²⁷ Vid. STC 64/2019, de 9 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:64). STS de 27 de mayo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:2896), y las citadas por ella.

SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 2 de junio, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5)”.

Llegados a este punto, se abre el debate de la oportunidad de la intervención del menor en los procedimientos que le incumban cuando así lo aconseje la protección de su Interés Superior. Si bien no se discute que el menor pueda ser capaz de formarse una determinada opinión desde edades muy tempranas, esa capacidad de comprender y tener preferencias no asegura que se haya alcanzado el suficiente desarrollo mental para analizar adecuadamente las distintas opciones y se tenga la certeza de que su elección obedece a juicios de valor que se correspondan con la trascendencia de sus efectos. Dicho de otro modo, como veremos en las páginas que siguen, los procesos de desarrollo cognitivo de una persona son lo suficientemente complejos como para poder afirmar que, aunque el menor entienda los hechos que se le exponen y tenga capacidad para formarse una determinada opinión y expresar sus preferencias, puede no estar en grado de comprender en su total complejidad la situación que afronta.

En primer lugar, porque el propio proceso de comprensión es gradual, éste se desarrolla desde un entendimiento mínimo de los diferentes elementos implicados en una situación, hasta una comprensión compleja de las interrelaciones entre estos elementos y el modo en que el menor puede actuar sobre ellos²⁸ (por ejemplo, un menor puede entender el concepto de recibir un préstamo, pero no todas las connotaciones sociales y jurídicas que ello implica).

En segundo lugar, el hecho de comprender una situación determinada no significa necesariamente que se esté en condiciones de elaborar un juicio propio sobre la misma. Solo un sujeto que haya alcanzado un determinado desarrollo evolutivo puede construir su propio juicio. Para ello, se requieren una serie de elementos: a) un cierto nivel de autonomía, es decir, que la persona esté libre de influencias externas o, al menos, sea capaz de reconocer e identificar esa fuente de influencias externas; b) que la persona haya alcanzado un determinado nivel de templanza y sea reflexiva, sin responder a estímulos inmediatos presentes; c) que sea capaz de incorporar en su razonamiento distintos puntos de vista; y d) que sea prospectivo, es decir, capaz de evaluar el impacto que tendrá esa decisión a futuro, operando sobre situaciones hipotéticas.

Desde la perspectiva de la Psicología del Desarrollo, surgen tres interrogantes importantes. Primero, si la voluntad manifestada por el menor se basa en una posición o unos intereses firmemente establecidos, o si es más bien una reacción a las circunstancias específicas que enfrenta en el momento en que se le solicita su opinión. En segundo lugar, si el menor es capaz de prever las consecuencias de su decisión a medio o largo plazo y la posibilidad o imposibilidad de revertir estas consecuencias. Finalmente, y especialmente importante, el impacto que su intervención pueda tener sobre su sistema cognitivo-emocional, al tener que opinar sobre situaciones que suelen ser complejas y con un alto componente emocional, definidas además por lo general de un modo poco preciso, y sin que exista una única solución claramente correcta o válida.

Esta incertidumbre se agrava al considerar la opinión de un menor que aún no ha cumplido los doce años, aunque se le suponga la madurez suficiente. Incluso tomando como referencia la

²⁸ WERTSCH, «The zone of proximal development: some conceptual issues», *New directions for child development*, 23, pp. 7 ss.

edad de doce años, las investigaciones han demostrado que los niños no se desarrollan todos al mismo ritmo y que la adquisición de ciertas habilidades no ocurre simultáneamente en todas las tareas y contextos. Como ya se ha indicado, a la hora de evaluar la madurez de un individuo influyen otros factores además de la edad, como el entorno en el que se desenvuelve, las prácticas culturales o las interacciones que el menor mantiene con las personas a su alrededor, que también afectan a su proceso de maduración personal y que deben ser tenidas en cuenta.

Probablemente por esta razón, el legislador español ha optado por no especificar los efectos de la opinión del menor, indicando en el último inciso del artículo 9.3 de la LOPJM que “en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia del menor, así como su valoración”. Esto deja en manos del órgano judicial o administrativo la responsabilidad de decidir, caso por caso y según las circunstancias, el peso y la validez que se otorgan a las declaraciones del menor de edad, lo que, como veremos, tiene su complejidad añadida.

Siguiendo con la exposición de las distintas normas que reconocen el derecho del menor a emitir sus propias preferencias y opiniones, en el Código Civil, nos encontramos con el derecho del menor a ser escuchado en los casos de separación, nulidad y divorcio de sus progenitores, cuando el juez deba adoptar medidas relativas a su custodia, cuidado o educación (art. 92.2 y 6 CC). Los menores, si tienen suficiente madurez, deben ser oídos por los titulares de la patria potestad, cuando adopten decisiones que les afecten, y se establece en la norma que, en todo caso, “se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario” (art. 154 CC). También en caso de desacuerdo de los padres en el ejercicio de la patria potestad, el juez debe dar audiencia al menor de edad si tuviera suficiente juicio, y en todo caso al mayor de doce años, antes de atribuir la facultad de decidir a uno de los progenitores (art. 156 CC).

Para dictar las medidas que recoge el art. 158 CC, con el objetivo de proteger al menor, evitarle un peligro o perjuicios dentro de su entorno familiar o frente a terceros, la autoridad judicial deberá garantizar la audiencia del menor de edad. En caso de progenitores que vivan separados, si éstos no se ponen de acuerdo para determinar con cuál de ellos vivirá el menor, tomará la decisión el juez, para lo que oír con carácter previo a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años (art. 159 CC).

Para que la Entidad Pública a la que se encomienda la protección de los menores en los distintos territorios pueda acordar la suspensión temporal de las visitas y comunicaciones del menor en situación de desamparo con su familia biológica, se requiere, entre otras medidas, la audiencia previa del menor si tuviere suficiente madurez, y, desde luego, si fuera mayor de doce años (art. 161 CC). Del mismo modo, en materia de guarda y acogimiento de menores, el art. 172 ter. 3 CC establece el derecho del menor, en estas mismas circunstancias de edad y madurez, a ser oído antes de adoptar medidas relacionadas con estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con personas o entidades distintas a las de acogida.

Para formalizar la adopción, si el adoptando es menor de doce años, deberá ser oído por el juez en función de su edad y madurez (art. 177.3, 3.º CC) y para la constitución de la tutela, el órgano judicial debe dar audiencia al menor tutelado si tuviere suficiente madurez o fuere mayor de doce años (art. 219 CC), etc.

También se reconoce el derecho del menor a ser oído en la tramitación de expedientes de jurisdicción voluntaria: arts. 18, 25, 30, 37.3, 42.4, 45.2, 47.1, 48.1, 49.1, 50.2, 51.2, 64.1, 85.1, entre otros, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de Jurisdicción Voluntaria*, cuyas normas establecen con carácter general la audiencia del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

En el Derecho sanitario, los representantes legales del menor que no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención otorgan el consentimiento informado tras haber escuchado la opinión del menor de edad. También cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor (art. 9.3 c) y art. 4 de la Ley 41/2002, *de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*).

Y, por último en esta relación de ejemplos, en la Ley de Enjuiciamiento Civil se faculta al órgano judicial para la audiencia del menor y se le impone dicha obligación cuando el menor ha alcanzado la edad de doce años para los procedimientos de separación o divorcio contenciosos (art. 770, 4ª LEC) y se contempla la posibilidad de oír a los menores en los procedimientos de mutuo acuerdo, cuando así lo estime el órgano judicial de oficio, a petición del fiscal, partes, miembros del equipo técnico judicial o el propio hijo (art. 777.5 LEC).

2.2. Supuestos en los que el menor se halla legitimado para iniciar un procedimiento o solicitar la tutela de un derecho

En este segundo grupo de supuestos, el legislador reconoce la capacidad de actuación del menor, permitiéndole intervenir directamente iniciando un procedimiento o solicitando un pronunciamiento administrativo o judicial para proteger su persona o su patrimonio. En algunos casos se exigen distintas edades, que van desde los catorce hasta los dieciséis años; o se hace una alusión general a la suficiente madurez del menor; y en otros, ni siquiera se hace referencia a su edad.

Son los casos contemplados, entre otros, en los arts. 158 y 167 CC, respecto a las medidas que la autoridad judicial puede dictar para la protección de la persona o bienes del menor, y que pueden ser establecidas a instancia del propio hijo. También para la remoción del tutor, cuya solicitud puede realizar el menor de edad, si tuviera suficiente madurez (art. 223 CC). El hijo mayor de dieciséis años puede solicitar a la autoridad judicial la concesión de la emancipación (art. 244 CC) o el beneficio de la mayor edad (art. 245 CC). Y el menor con catorce años cumplidos puede optar por la nacionalidad española (art. 20.2 b) CC).

Asimismo, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establece que para la defensa y garantía de sus derechos, el menor de edad puede solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente (art. 10.2.a) LOPJM); poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que a su juicio atenten contra sus derechos, a fin de que se promuevan las oportunas actuaciones (arts. 10.2.b), y 4.4 LOPJM); plantear sus quejas al Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas (art. 10.2.c) LOPJM); solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones Públicas (art. 10.2.d) LOPJM); o presentar denuncias individuales al Comité de Derechos del Niño, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la normativa que la desarrolle (art. 10.2.f) LOPJM, introducido por

la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*).

2.3. Supuestos en los que el menor ejercita un derecho propio o celebra un negocio jurídico con plena validez y eficacia

El tercer grupo de supuestos legales a los que hacemos referencia comprende una serie de casos en los que se reconoce al menor de edad capacidad para ejercitar derechos, así como realizar actos y celebrar negocios con plenitud de efectos en su esfera personal o patrimonial. Como se puede ver, se trata de actuaciones con gran trascendencia jurídica, en las que, sin embargo, el legislador de nuevo prescribe edades diferentes o exige un mero juicio de madurez del menor para el caso concreto.

Nos referimos, en primer lugar, a los actos relativos a los derechos de la personalidad excluidos de la representación legal, para los que se sigue el criterio de la madurez del menor (art. 162. 2.º, 1 CC, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*). Como ejemplo de estos derechos, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor contempla el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, respecto de los cuales se refuerza la protección del menor (art. 4); el derecho a la información (art. 5), la libertad de ideología, de conciencia y religión (art. 6), derechos de participación, asociación y reunión (art. 7) o la libertad de expresión (art. 8)²⁹.

Además, el citado precepto del Código Civil dispone que el menor con suficiente juicio tendrá que prestar su consentimiento para la celebración de contratos por los que se obligue a realizar prestaciones personales (art. 162, in fine CC).

El legislador civil reconoce al menor que ha cumplido dieciséis años capacidad para realizar actos de administración ordinaria sobre los bienes obtenidos de su propio trabajo o industria (art. 164.3.º CC).

También podemos citar como ejemplo de actos para cuya plenitud de efectos se requiere el consentimiento del menor: el acogimiento del menor, cuando tenga suficiente madurez, y en todo caso, si es mayor de doce años (art. 173.2 CC) y la adopción del mayor de doce años (art. 177.1 CC). También se requiere el consentimiento prestado por el menor que tenga dieciséis años para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad (art. 241 CC).

Asimismo, el menor de catorce años cumplidos puede hacer testamento (salvo el ológrafo) (arts. 663.1º y 688 CC). Los menores pueden también aceptar donaciones (arts. 625 y 626 CC). Y el menor emancipado puede contraer matrimonio (art. 46.1 CC).

Con mayores cautelas, se incluye el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, para lo que el legislador exige aprobación judicial (art. 121 CC) y las decisiones respecto al ejercicio de la patria potestad sobre sus propios hijos, que requiere la asistencia de los representantes legales

²⁹ Sobre el contenido de estos derechos y su ejercicio por los menores, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *La construcción de la ciudadanía del menor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

del menor o la del juez (art. 157 CC); también se exige la asistencia de los representantes legales del menor para que éste opte por la vecindad civil (art. 14.3 CC), así como la nacionalidad española (arts. 20.2 b) y 21.3 b)).

Muy significativa es la literalidad del art. 1263 CC en sede contractual, recientemente modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. A tenor de este artículo, el menor de edad goza de capacidad para celebrar “los contratos que las leyes le permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”. En este último caso, el legislador no alude expresamente a la madurez del menor, lo que obviamente no excluye la obligatoriedad de tener que atender a la misma, por aplicación directa de la LOPJM, así como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

En el ámbito del Derecho sanitario, el menor con dieciséis años puede otorgar el consentimiento informado, con las limitaciones que impone el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. La adolescente de dieciséis años puede interrumpir voluntariamente su embarazo, sin necesidad de consentimiento paterno (art. 13 bis de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, *por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*) y a partir de los dieciséis años también puede el menor de edad realizar un cambio de nombre y sexo en el Registro Civil (art. 43.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, *para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*). Y en el entorno digital, el menor con catorce años puede otorgar consentimiento para el tratamiento de sus datos personales (art. 7 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*).

Con independencia de lo que se matizará en las páginas siguientes, a la luz de estos preceptos surgen varios interrogantes. En primer lugar, si el legislador, cuando prescribe una edad concreta para reconocer al menor capacidad de actuación, ha tenido en cuenta los efectos de esta actuación en su esfera personal y/o patrimonial y el grado de responsabilidad que está asumiendo con tal decisión; en segundo lugar, cómo puede saber el órgano judicial, en su caso, la madurez que, por un lado, ha alcanzado el menor de edad, y, por otro, la que es requerida para el supuesto concreto que está analizando; y en tercer lugar, en función de qué criterio el legislador exige edades diferentes para actos con efectos en la esfera personal del sujeto, de muy difícil comparación. Dicho de otro modo, ¿cómo se mide el impacto sobre el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor con catorce años que presta su consentimiento para el tratamiento de sus datos en el contexto digital frente al impacto sobre la intimidad del menor y el libre desarrollo de su personalidad del menor con dieciséis años que solicita la rectificación de la mención registral relativa a su sexo en el Registro Civil? Ambas actuaciones inciden muy directamente en derechos fundamentales del individuo y pueden tener importantes repercusiones desde el punto de vista de la protección del menor, ¿por qué entonces se establecen edades diferentes y en base a qué criterio?

3. Claves interpretativas

Como bien puede observarse, en todos los ejemplos señalados, ya sea cuando se refieren con carácter general a la madurez del sujeto, ya cuando se establece una determinada edad, se vincula la creciente autonomía del menor y su capacidad de actuación a un proceso biológico de maduración personal. Cuando se otorga al menor el derecho a participar en los asuntos que le conciernen, a iniciar un procedimiento o solicitar la tutela de un derecho propio y, sobre todo, cuando se le reconoce la capacidad de prestar el consentimiento para celebrar determinados negocios jurídicos, la cuestión reside en confirmar si, desde el punto de vista de la Psicología Evolutiva, los hitos madurativos previstos en las normas jurídicas se corresponden efectivamente con la adquisición de habilidades y destrezas por parte del menor en sus distintas fases de crecimiento.

Por una parte, es importante determinar si realmente es acertado por parte del legislador fijar edades concretas a la hora de reconocer mayor capacidad a los menores de edad; por otro, interesa saber si el análisis de la suficiente o necesaria madurez que ha de realizar la autoridad administrativa o judicial para reconocer capacidad al menor de edad se basa en los conocimientos desarrollados por la Psicología Evolutiva, y no en meras intuiciones o heurísticos³⁰, con el riesgo de simplificar el problema o actuar en base a nociones de poca base científica o no suficientemente contrastadas.

Estudios sobre esta última cuestión han demostrado que, cuando los distintos operadores del Derecho deben tomar decisiones sobre la capacidad del menor sin contar con las herramientas necesarias, se corre gravemente el riesgo de que se simplifique el problema o se actúe sobre percepciones y experiencias personales, con poca o ninguna base científica. La investigación psicológica sobre los procesos de toma de decisiones llega a la conclusión de que, cuando una persona afronta una cuestión con un alto grado de indeterminación, recurre a esquemas y heurísticos cuya principal función cognitiva es simplificar las estructuras sociales y reducir la complejidad de los conceptos, para convertirlos en una realidad más manejable y fácil de interpretar. Estos esquemas tienen diferente origen, pero uno de ellos lo constituyen las creencias sociales o los propios valores personales³¹. De este modo, diversas investigaciones en el ámbito de la Psicología y Sociología sobre el modo de actuación en los tribunales de justicia han llegado a la conclusión de que, cuando los jueces y magistrados se enfrentan a conceptos con un elevado grado de indeterminación jurídica, surgen decisiones judiciales de orientación muy distinta, y a veces contradictoria³². Además de la consecuente inseguridad jurídica, una gran variedad de decisiones con diversidad de argumentaciones jurídicas provoca una cierta sensación de arbitrariedad, lo que debilita el Estado de Derecho³³. En segundo lugar, los

³⁰ Un heurístico o regla heurística es una regla sencilla y eficiente que orienta la toma de decisiones, explicando de manera práctica cómo las personas llegan a un juicio o resuelven un problema. Habitualmente, las heurísticas se aplican cuando se enfrenta un problema complejo o con información incompleta. En términos generales, una heurística puede considerarse un atajo en los procesos mentales activos, lo que permite ahorrar o reservar recursos cognitivos. Aunque las heurísticas suelen funcionar eficazmente en la mayoría de las situaciones, también pueden conducir a errores sistemáticos en la toma de decisiones o en la formulación de juicios.

³¹ GILOVICH/GRIFFIN/KAHNEMAN (eds.), *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*. Cambridge University Press, Cambridge, Mass, 2002.

³² SKIVENES, «Judging the child's best interests: Rational reasoning or subjective presumptions?», *Acta Sociológica*, núm. 53-4, 2010, pp. 339 ss.

³³ ELSTER, *Solomonic Judgements: Studies in the limitation of rationality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989. PIPER, «Assumptions about Children's Best Interest», *Journal of Social Welfare and Family Law*, núm. 22, 2000, pp. 261 ss. Dunn/Clare/Holland/Gunn, «Constructing and reconstructing Best Interests: an interpretative

diferentes estudios también han demostrado que, en estos contextos de indeterminación jurídica e indefinición, las creencias personales de los operadores del Derecho (aunque asentadas en principios académicos sólidos y experiencia profesional contrastada) juegan un papel crítico a la hora de emitir y fundamentar determinadas decisiones.

Por todo ello, en el ámbito propio de los menores de edad, resulta imprescindible dotar de herramientas precisas para la interpretación y aplicación de las normas sobre capacidad y madurez, de modo que se cuente con argumentos sólidos de base científica para facilitar la toma de decisiones y la resolución de los conflictos.

3.1. Desarrollo evolutivo del menor

Como decíamos al inicio de este artículo, partiendo de una visión madurativa del desarrollo humano, se puede afirmar que, a medida que los niños van creciendo y acumulando experiencias vitales, van adquiriendo mayor capacidad, de modo que el desarrollo biológico sería el principal responsable de los cambios cualitativos que se producen en el modo de razonar, afrontar situaciones, resolver problemas y gestionar relaciones sociales. Sin embargo, también se ha indicado que, junto con la edad, intervienen otros factores relacionados con las vivencias personales de la persona o el contexto histórico y sociocultural en el que se vive, que inciden directamente en los procesos de maduración.

A primera vista, por tanto, no sería acertado establecer unas categorías generales por franjas de edad, ya que quedarían fuera de las mismas ciertos condicionantes sólo predicables de un círculo reducido de personas. Pero lo cierto es que, en la Psicología del Desarrollo, otros autores³⁴ han venido a simplificar el proceso, matizando que, dentro de cada sistema social y cultural, sí es posible identificar una serie de etapas evolutivas, si bien no con carácter universal, pero que permiten delimitar diferentes hitos en el desarrollo infantil y adolescente. De este modo, situándonos en un radio de acción suficientemente amplio, pero dentro de unos márgenes claramente identificables y diferentes al de otros contextos sociales y culturales, podemos tratar con una elevada dosis de homogeneidad a los menores que se encuentran en ese contexto específico y estudiar cómo evolucionan a medida que van avanzando en edad.

Desde esta perspectiva, los trabajos del psicólogo suizo Jean Piaget aportan conocimientos precisos sobre el desarrollo madurativo de los menores de edad, identificando diferentes etapas en función de la edad³⁵. Aunque en el trabajo de Piaget se analizan no solo las etapas evolutivas con relación al desarrollo conceptual y lógico del pensamiento, sino también el desarrollo

examination of substitute decision-making under the Mental Capacity Act 2005 », *Journal of Social Welfare and Family Law*, núm. 29-2, 2007, pp. 117 ss.

³⁴ COLE/SCRIBNER, *Culture & thought: A psychological introduction*, John Wiley & Sons, New York, 1974. ROGOFF, *The cultural nature of human development*, Oxford University Press, Oxford, 2003. JENSEN, *The Oxford handbook of human development and culture: An interdisciplinary perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

³⁵ PIAGET/INHELDER, *Psicología del niño*, Ediciones Morata, Madrid, 2016. En opinión de Piaget, el contexto social puede actuar como impulso o acelerador para pasar de una etapa a otra, pero no altera en lo sustancial la diferencia entre las mismas. El trabajo empírico realizado por este autor se centró en niños y niñas ginebrinos de clase media, que asistían regularmente a clase. Centrándose pues en la cultura occidental y dentro del sistema educativo obligatorio, Piaget analizó el desarrollo psicológico de los menores, describiendo diversas etapas evolutivas. Una de las grandes aportaciones de este autor es que el pensamiento de un niño no es como el del adulto, pero con menor información, sino que implica modos muy diferentes de conceptualizar y operar sobre el mundo.

socioemocional y del pensamiento moral, nosotros nos centraremos fundamentalmente en el primero, de forma que quede patente, en las distintas edades de los menores, en qué consiste su desarrollo cognitivo, esto es, el modo en que el menor de edad conceptualiza y actúa sobre el mundo en las distintas etapas, al mismo tiempo que comprobaremos, comparándolas con las diferentes edades que establece el legislador civil, si éstas últimas se ajustan a lo establecido por la Psicología del Desarrollo.

Siguiendo a Piaget, podemos distinguir las siguientes etapas en el niño y adolescente:

a. *Etapas senso-motora (hasta los dos años)*

Caracterizada por la ausencia de pensamiento simbólico, las principales adquisiciones cognitivas que se producen en esta etapa tienen que ver con la percepción del mundo por parte del niño y su capacidad para entender que sus movimientos o actuaciones puedan tener efecto sobre aquél (por ejemplo, el llanto para atraer la atención de sus cuidadores). Es en esta etapa cuando se empieza a desarrollar el concepto de apego, que jugará un papel determinante en el futuro, cuando los menores comiencen a construir relaciones interpersonales y que condicionará su personalidad, su autoestima y el modo de relacionarse en sociedad. De este modo, el desarrollo de un apego seguro, vinculado a una relación de afecto y cuidado por parte de los progenitores, le permitirá al menor en su etapa ya adulta tomar iniciativas sobre una base de seguridad y certezas y contar con las herramientas necesarias para su autorregulación emocional.

Esta etapa tan primaria es irrelevante para el Derecho, de modo que son los representantes legales de los menores de edad quienes asumen el papel de asistencia y cuidado de los mismos (en virtud de los deberes inherentes a la patria potestad o tutela: arts. 154 y ss. y 199 y ss. CC), y deciden acerca de todas las cuestiones que les incumben.

b. *Etapas pre-operatoria: primera infancia (dos-seis años)*

En esta etapa se produce un notable incremento de las habilidades comunicativas y capacidades relacionales del menor de edad, lo que tiene un gran impacto en el proceso de socialización. Pero si algo distingue a esta etapa respecto de las siguientes, es que el niño concibe un único modo de percibir la realidad y operar sobre ella, siendo incapaz de aceptar perspectivas diversas sobre una situación. Ahora ya es capaz no solo de operar sobre el mundo percibido, sino también sobre uno imaginado (juegos de ficción, dibujos simbólicos), sin embargo, su mirada está centrada en sus propias perspectivas o puntos de vista, lo que conlleva una evidente dificultad para separar lo subjetivo de lo objetivo. Es por ello que a los menores de estas edades les va a costar comprender las ideas de su interlocutor cuando no coincidan con las suyas propias, pues no entienden nociones relativas, esto es, conceptos que exigen tomar en consideración distintos puntos de vista. Asimismo, tienen dificultades para transmitir ideas o pensamientos de cierta complejidad y no tienen capacidad para usar la lógica como mecanismo para explicar el funcionamiento de un determinado suceso.

En lo que se refiere a su desarrollo emocional, y en lo que nos interesa desde una óptica jurídica, entre los dos y los seis años la capacidad de interacción del menor con otras personas se incrementa notablemente. Como consecuencia, los niños empiezan a percibir y comprender las emociones, tanto propias como ajenas, y empiezan a desarrollar la habilidad de predecir comportamientos en función del estado emocional de los sujetos implicados. Además, y esto es

especialmente importante, son capaces ya de entender que existen una serie de normas sociales, que trascienden a sus propios deseos y regulan los comportamientos, y son capaces de desplegar estrategias para convencer a sus interlocutores y conseguir lo que desean³⁶. A estas habilidades mentales y negociadoras se unen nuevas destrezas verbales, con un desarrollo acelerado del lenguaje, que les va a permitir acceder y comprender sentimientos y emociones complejas.

Estas nuevas habilidades, por una parte, permiten lograr grandes avances en el desarrollo emocional de los niños; pero por otro, conducen a la falsa idea de que, siendo capaces de expresar sus emociones y los factores que provocan sus estados de ánimo, tienen muy desarrollada su capacidad para saber lo que desean y, sobre todo, lo que les conviene. Muy por el contrario, a estas edades los menores presentan enormes carencias cognitivas: por un lado, tienen serias dificultades para considerar simultáneamente dos situaciones o realidades (pensamiento centrado); su pensamiento se caracteriza por la irreversibilidad, es decir, son incapaces de revertir mentalmente las operaciones o las situaciones de modo que, en su propia mente, vuelvan a su estado original (por ejemplo imaginar una situación y revertir mentalmente sus consecuencias); además, gozan de un pensamiento sincrético, lo que significa que perciben los sucesos de manera global e interconectada, sin capacidad para analizar los hechos por separado y de forma individualizada; y, por último, su pensamiento es realista, en el sentido de que el menor, a la hora de emitir juicios sobre la realidad, se centra en los rasgos más sobresalientes de la misma, pero con una pobre percepción de los elementos más profundos.

Todas estas ideas y conocimientos científicos están por tanto en sintonía con la decisión legislativa y la práctica jurisprudencial de no conceder relevancia a las opiniones expresadas por un menor en edades tan tempranas, pues difícilmente se puede apreciar suficiente madurez cognitiva en un niño de estas edades.

c. Etapa de operaciones concretas: segunda infancia (siete-doce años)

A partir de los siete años tiene lugar un cambio sustancial en los modos en que los menores operan sobre el mundo: su pensamiento se vuelve más lógico, su capacidad para manejar información se incrementa y emerge la capacidad de pensar sobre el propio pensamiento (metacognición). A partir de los siete años, los niños pueden resolver problemas manipulando mentalmente los distintos elementos de la realidad³⁷, lo que les permite deshacer, compensar o combinar varias acciones de un modo ideal y sin tener que realizarlas físicamente (reversibilidad). El poder distanciarse de sus percepciones más inmediatas y representarlas mentalmente para operar sobre ellas, unido a la emergente habilidad para diferenciar entre realidad y apariencia, implica que su juicio sobre el mundo se vuelve más preciso, integrado y lógico. Además, el egocentrismo que ha caracterizado el pensamiento infantil va a ir desapareciendo, de modo que eso les permitirá manejar más de una dimensión de la realidad de forma simultánea, aceptando y gestionando que existen más puntos de vista además de los propios.

³⁶ SÁNCHEZ MEDINA/MARTÍNEZ LOZANO/GOUDENA, «Conflict Management in Pre-schoolers: A Cross Cultural Perspective», *International Journal of Early Years Education*, núm. 9-2, 2001, pp. 53 y ss.

³⁷ SIEGLER, *Emerging minds: The process of change in children's thinking*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

Como se ha avanzado, a partir de los siete años de edad, tiene lugar un llamativo desarrollo de las destrezas de procesamiento de la información, lo que se manifiesta en tres ámbitos: la atención voluntaria, la memoria y la emergencia de la metacognición.

En lo que se refiere a la atención voluntaria, y a diferencia de los niños de menor edad, sobre los siete u ocho años el menor es capaz de decidir dónde poner su foco de atención, y no se deja llevar por aquellos aspectos más sobresalientes o llamativos de la realidad. Esto es, se vuelve mucho más selectivo y capaz de centrarse en aspectos menos relevantes desde el punto de vista visual o estético, pero de mayor trascendencia a nivel cognitivo. Esta habilidad continuará desarrollándose en los años siguientes, y no se consolidará de modo pleno hasta la adolescencia³⁸.

En cuanto al manejo de la propia memoria, las habilidades memorísticas de los niños entre siete y doce años mejoran notablemente. Sus nuevas habilidades de pensamiento lógico y de representación de la realidad les permiten organizar la información de forma más eficaz, lo que a su vez les permitirá acceder a ella con mayor facilidad.

En tercer lugar, y especialmente relevante para medir la madurez de un menor en esta franja de edad, es la emergencia de las habilidades metacognitivas³⁹. La metacognición es la capacidad que demuestran los seres humanos para conocer y controlar sus propios procesos cognitivos. Por ejemplo, el menor, a partir de los nueve años, desarrolla estrategias para recordar mejor las cosas o para centrar la atención en un determinado aspecto de la realidad sobre el que quiere operar, y evitar así distraerse con un exceso de información. Implementando estas estrategias, va a ser también capaz de evaluar sus resultados. La consolidación de la metacognición al final de esta etapa es una de las habilidades más importantes que va a transformar el pensamiento infantil en pensamiento adulto, y que supondrá un punto de inflexión a partir de los doce años.

Sin embargo, estas nuevas destrezas mentales que caracterizan a los menores de entre siete y doce años aún presentan importantes carencias. Por una parte, tanto la capacidad para representar la realidad como para operar mentalmente sobre ella están referidas al supuesto concreto y perceptible, pero no contempla los mundos y las situaciones hipotéticas, capacidad ésta que no se consolida hasta la adolescencia. Por otra parte, los menores a esta edad presentan serias carencias a la hora de operar sobre situaciones futuras que les lleven a alejarse de su experiencia concreta y particular. Es decir, pueden imaginar la realidad y operar sobre ella, pero es la realidad que conocen, sin que sean plenamente capaces de proyectar ideas abstractas y a futuro. Es por ello especialmente importante que el órgano judicial o, en su caso, el intérprete y aplicador del Derecho (en procedimientos de menores de naturaleza administrativa) analice de manera específica la madurez del menor en esta etapa vital, teniendo

³⁸ COUPERUS, «Perceptual load influences selective attention across development», *Developmental Psychology*, 47-5, 2011, pp. 1431 ss. MURPHY/ FOXE/MOLHOLM, «Neuro-oscillatory mechanisms of intersensory selective attention and task switching in school-aged children, adolescents and young adults», *Developmental Science*, núm. 19, 2016, pp. 469 ss.

³⁹ HOBSON, «On the nature and development of metacognition» *Infant and Child Development*, núm. 22-1, 2013, pp. 108 ss. LARSON, *Metacognition new research developments*, Nova Science Publishers, New York, 2009.

en cuenta especialmente, y como más adelante se dirá, la naturaleza del acto que va a realizar y los resultados en la vida del menor a medio y largo plazo.

d. Etapa de operaciones formales: preadolescencia y adolescencia (doce-dieciocho años)

Como es bien sabido, la adolescencia supone la etapa previa a la edad adulta; una etapa que tradicionalmente ha captado el interés del legislador, para asignar un determinado estatus a los jóvenes cuando alcanzan la madurez sexual y reproductiva, en función de las claves sociales y culturales de los distintos periodos históricos. También en la actualidad, los doce años marcan un punto de inflexión desde el punto de vista jurídico, y se atribuyen una serie de derechos al menor que ha cumplido esta edad, tanto en los textos internacionales como en la legislación nacional.

Es curioso, sin embargo, que el legislador trate en muchos supuestos legales de manera homogénea a los menores a partir de los doce años y hasta los dieciocho, pues es precisamente en esta etapa cuando cobra más valor el análisis de la madurez en función de que se esté más o menos cerca de la mayoría de edad.

En efecto, si analizamos esta etapa desde los parámetros que ofrece la Psicología del Desarrollo, se trata de un periodo caracterizado por importantes cambios tanto a nivel físico, como cognitivo, emocional y relacional, pero todos ellos se van produciendo de manera paulatina y se acrecientan a medida que se avanza en edad.

Desarrollo cognitivo

En la etapa de la adolescencia se consolida el pensamiento abstracto, lo que supone que el menor adquiere, en la terminología de Piaget, la capacidad de realizar operaciones formales. Es decir, el menor adquiere la capacidad de poner en juego una elevada variedad de conocimientos a la hora de razonar, juzgar y tomar decisiones. La capacidad de razonar en abstracto implica el poder operar sobre objetos y situaciones que no tienen por qué existir. El adolescente puede distinguir y operar no solo sobre lo que es, sino también sobre lo que podría ser. Frente al pensamiento empírico-deductivo propio de la infancia, los adolescentes asientan un pensamiento hipotético-deductivo, que les va a permitir generar hipótesis y testarlas de modo sistemático, interpretando los resultados obtenidos y condicionando sus comportamientos y decisiones en función de los mismos.

Esta característica del pensamiento supone que sea muy acertado el reconocimiento del derecho a ser oído al menor a partir de los doce años, o que se le autorice para prestar su consentimiento para determinados actos con importantes repercusiones sobre su vida personal (procesos de acogimiento, adopción, etc.); si bien, debemos matizar que este proceso cognitivo a esta edad se encuentra en un estado muy incipiente, y no llegará a consolidarse hasta que el menor alcance los dieciséis o diecisiete años. Como hemos señalado, el pensamiento concreto que caracteriza la mente infantil hasta los doce años aparenta ser más lógico y abstracto de lo que en realidad podría ser y a partir de esta edad empieza a desarrollarse, pero a diferentes ritmos en función de cada sujeto.

Desarrollo emocional

Los adolescentes muestran una mayor conciencia sobre sus estados emocionales que los niños de la segunda infancia. Su capacidad de abstracción unido a un mayor desarrollo del lenguaje y al razonamiento verbal conduce a que sean capaces de tomar conciencia de estados emocionales complejos, lo que, a su vez, aumenta sus posibilidades de autoreflexión y autoconocimiento. También son capaces de distinguir entre formas de ser y formas de comportarse, así como de reconocer que las reacciones y emociones propias juegan un papel importante a la hora de condicionar las conductas ajenas.

A los doce años se ha consolidado una importante habilidad conocida como la comprensión de la ambivalencia emocional⁴⁰, que consiste en reconocer que las personas pueden experimentar ante una misma situación emociones múltiples (tristeza, ira, miedo, alegría) y que éstas pueden ser contradictorias entre sí. También pueden entender que se puede estar experimentando una emoción determinada y exteriorizar otra distinta, tanto en los demás como en sí mismos, lo que va a contribuir al desarrollo del autoconcepto a niveles superiores⁴¹.

Mundo relacional

Los menores adolescentes van a ver ampliada su esfera relacional, de modo que a las relaciones familiares se les va a sumar de forma más acentuada las relaciones entre iguales y las relaciones de naturaleza afectivo-sexual. Contrariamente a lo que se cree, la familia continúa siendo un ámbito relacional de primer orden para el menor en esta etapa⁴², si bien el modo de interactuar con el resto de los miembros de la familia, y especialmente con sus progenitores, cambia considerablemente: los menores empiezan a cuestionar las decisiones de sus padres, las normas y valores familiares, para presentar sus propios argumentos y puntos de vista. Este cuestionamiento se produce desde sus recién adquiridas habilidades cognitivas, pero el hecho de que, en la gran mayoría de los casos, carezcan de experiencias vitales, les lleva a defender sus ideas y opiniones de un modo muy radicalizado, sin incluir matices y con un alto nivel de prejuicios e ideas preconcebidas. Como consecuencia de esta falta de experiencia debida a su corta edad, las opiniones y decisiones del menor corren el riesgo de conformarse de manera sesgada o incompleta, asumiendo el riesgo de un cambio importante de opinión en el futuro a medida que se van incorporando experiencias vitales, lo que debe ser tenido muy en cuenta por el órgano judicial o Ministerio Fiscal en la fase de exploración del menor⁴³.

⁴⁰ WEIMER/SALLQUIST/BOLNICK, «Young children's emotion comprehension and theory of mind understanding», *Early Education and Development*, núm. 23-3, 2012, pp. 280 ss.

⁴¹ HARTER/BUDDIN, «Children's understanding of the simultaneity of two emotions: A five-stage developmental acquisition sequence», *Developmental Psychology*, núm. 23-3, 1987, pp. 388 ss.

⁴² LILA/VAN ACKEN/MUSITU/BUELGA, «Families and adolescence», en JACKSON/GOOSSENS (eds.), *Handbook of adolescence development*. Hove: Psychology Press, 2006.

⁴³ Frente a las teorías *maduracionistas* de Piaget, que entienden el desarrollo como resultado de la maduración biológica del sujeto, han surgido otras teorías de la Psicología del Desarrollo que apuntan a otros factores como los causantes de los cambios psicológicos del menor de edad. A partir de los años 90 se empiezan a desarrollar unas teorías cuyo origen se sitúa en la Escuela Histórico-Cultural, con Vygotsky, Luria y Leontiev como máximos exponentes. Estos autores sostienen que el origen del desarrollo psicológico del individuo se sitúa en el contexto social y cultural. Lo que los niños aprenden, sus habilidades y competencias están definidas en los contextos sociales y culturales, y es de ahí de donde las adquieren. Estas destrezas definidas socioculturalmente se adquieren en primer lugar en un plano social, a través de las interacciones con los otros, y en un segundo momento en un plano individual, a través de la adquisición progresiva de autonomía en su uso. De esta forma, y como señalábamos en las páginas que preceden, el patrón de aprendizaje que describe Piaget es igualmente admisible, pero siempre matizando que sería fruto de la participación de los menores en un contexto sociocultural determinado, en el que se produce una escolarización formal y donde los menores interactúan con

En definitiva, y a modo de conclusión de este epígrafe, las aportaciones de la Psicología del Desarrollo a este complejo debate nos permiten diferenciar distintas etapas evolutivas en el ser humano, en las que se evidencia el avance en distintas habilidades tanto a nivel cognitivo, como socio-emocional. Pero se ha de advertir, por un lado, que las etapas que se han descrito no tienen un límite fijo de edad, pues la gran variabilidad interindividual que existe recomienda interpretar las edades no como momentos temporales concretos, sino en términos de rango. Por el contrario, en el ámbito del Derecho civil, es frecuente fijar edades concretas para reconocer una determinada capacidad de actuación (doce, catorce, dieciséis o dieciocho años).

En segundo lugar, existen fundadas evidencias de que la madurez no se adquiere como una habilidad global, sino que depende del contexto en el que se ha actuar; de modo que un sujeto puede mostrar una gran madurez para afrontar una determinada situación, y ser tremendamente inmaduro para actuar en otro contexto de distinta naturaleza.

Por último, se ha de advertir que la madurez no se alcanza de manera simultánea en todos los ámbitos, sino que puede ocurrir que un menor muestre importantes cotas de madurez a nivel cognitivo, pero no en el plano socio-afectivo, y viceversa.

3.2. La madurez del menor desde la Psicología del Desarrollo. Madurez cognitiva frente a madurez psicosocial

Tras estos apuntes procedentes de la Psicología del Desarrollo, podríamos afirmar que es acertada la opción legislativa de fijar en los doce años la edad a partir de la cual al menor se le empieza a reconocer capacidad para actuar en muy distintos ámbitos jurídicos, con los diferentes efectos que hemos visto en las páginas previas. Es a partir de esta edad, los doce años, cuando el menor tiene acceso al pensamiento formal, de carácter abstracto, y está en condiciones de procesar, analizar y decidir sobre opciones posibles, tomando decisiones a futuro y evaluando las consecuencias de las mismas en términos hipotéticos, unas habilidades que se consolidarán al alcanzar la edad de quince y dieciséis años. Podría incluso afirmarse que a los doce años se establece un hito evolutivo y el adolescente alcanza la madurez cognitiva que le permite razonar prácticamente como un adulto. Sin embargo, también se ha advertido de que se trata de habilidades mentales que se encuentran en un estado incipiente, lo que aconseja ser prudentes a la hora de establecer una edad concreta de corte entre la inmadurez y la madurez psicológica⁴⁴.

sus progenitores y profesorado, sometidos ellos mismos a las mismas pautas sociales. La diferencia con la teoría Socio-Cultural es que, para Piaget, el desarrollo provoca el aprendizaje, mientras que para esta última, el aprendizaje precede al desarrollo (VYGOTSKI, *El desarrollo de los procesos psicológicos superiores*, 2ª ed., Crítica, Barcelona, 1989. VYGOTSKI, «Pensamiento y lenguaje», *Obras escogidas, II. Aprendizaje* Visor, Madrid, 1993. LURIA, *Desarrollo histórico de los procesos cognitivos*. Akal, Madrid, 1987. LEONTIEV, *El desarrollo del psiquismo*, Akal, Madrid, 1983).

⁴⁴ Prueba de ello es que es frecuente en los adolescentes la aparición de *reversals* o retrocesos en la capacidad de tomar decisiones. Para explicar estos mecanismos mentales, el Premio Nobel de Economía D. Kahneman expuso que, a la hora de tomar decisiones, las personas no solo actúan de forma racional y lógica a la hora de valorar las diferentes opciones, sino que se dejan llevar por su propia experiencia vital y por los relatos de la experiencia de los otros. Ello supone abandonar el razonamiento lógico y abstracto para operar sobre la base de impresiones o intuiciones derivadas de la experiencia personal (KAHNEMAN/FREDERICK, «Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgment», en GILOVICH/GRIFFIN/ KAHNEMAN (eds.), *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 49 ss.). En el caso de los menores de edad, no hay que olvidar que su experiencia es limitada, por lo que su razonamiento puede llevarles a cometer errores de apreciación y a decisiones de las que puedan arrepentirse. Es decir, se podría afirmar que los adolescentes

La clave de este estudio reside en entender que la Psicología no concibe la madurez de una persona como una meta, sino como un proceso por el que se transita y se avanza de forma gradual y que, incluso, podría extenderse a lo largo de toda la vida. Por ello, tratar de fijar una edad concreta para reconocer capacidad al menor de edad con carácter general supone un alto riesgo que podría derivar en la toma de decisiones equivocadas y en la indefensión de los menores.

Sin embargo, si analizamos la cuestión de la madurez del menor desde la perspectiva de la especificidad de las distintas competencias que precisa desarrollar, sí podríamos establecer hitos o puntos de inflexión que nos lleven a actuar con ciertas dosis de certeza en nuestros planteamientos. En relación con la edad, habría que distinguir entre competencias estrictamente cognitivas, esto es competencias ligadas al procesamiento de información y el razonamiento, y competencias psicosociales, que están vinculadas a la toma de decisiones en escenarios reales, en los que existen reforzamientos, recompensas, emociones e influencias sociales. Mientras que en el caso de las competencias cognitivas se puede afirmar que no existen grandes diferencias entre el modo de operar de los adolescentes y los adultos (más allá de la cantidad de experiencia vital acumulada), en el caso de las competencias psicosociales existen marcadas diferencias entre la mente de un menor de edad (de entre doce y dieciocho años) y la mente de una persona madura. Diferencias que se manifiestan en las distintas habilidades de autocontrol y gestión de situaciones con alto nivel de conflictividad emocional⁴⁵. Dicho de otra forma, un adolescente podría estar preparado mentalmente para tomar una decisión ante un problema que implique una baja carga emocional y que implique un razonamiento lógico-racional (en este caso, razonará como un adulto y sus decisiones podrán ser tenidas muy en cuenta por el órgano juzgador), pero este mismo menor tendrá serias dificultades cuando su decisión implique operar sobre situaciones y escenarios con una fuerte carga emocional, existan presiones externas o donde los elementos de recompensa jueguen un papel importante, en cuyo caso será muy recomendable la asistencia de un adulto que complemente su capacidad⁴⁶.

Cuando nos trasladamos al plano jurídico, comprobamos cómo nos movemos conforme a parámetros muy distintos. Al menor se le reconoce capacidad para participar en los distintos escenarios jurídicos y se atribuyen efectos en función de su edad o análisis de su madurez en términos más bien abstractos, pero no atendiendo a las distintas competencias mentales que se ponen en juego. Situándonos en el escenario más complejo, cuando el menor ejercita un derecho propio, tradicionalmente se ha puesto el foco en la distinta naturaleza del derecho a ejercitar, esto es, se ha diferenciado según el menor ejercite sus propios derechos fundamentales o de naturaleza personal, o bien haga uso de derechos de naturaleza patrimonial. Y se ha dicho que, en relación con la ampliación de capacidad del menor de edad,

alcanzan la madurez cognitiva antes de que su escasa experiencia vital les permita alcanzar la madurez psicosocial necesaria para afrontar y analizar problemas y decidir soluciones de forma autónoma (ICENOGLE y otros, «Adolescents' cognitive capacity reaches adult levels prior to their psychosocial maturity: Evidence for a "maturity gap" in a multinational, cross-sectional sample», *Law and Human Behavior*, núm. 43-1, 2019, pp. 69 ss.).

⁴⁵ SCOTT/REPPUCCI/WOOLARD, «Evaluating adolescent decision making in legal contexts», *Law and Human Behavior*, núm. 19, 1995, pp. 221 ss. STEINBERG/CAUFFMAN, «Maturity of judgment in adolescence: Psychosocial factors in adolescent decision-making», *Law and Human Behavior*, núm. 20, 1996, pp. 249 ss.

⁴⁶ BRUNER, *Desarrollo cognitivo y educación*, Morata, Madrid, 1988.

ésta aparece más atenuada en el ejercicio de derechos de contenido patrimonial o económico (arts. 1263, 247, 1301 y ss. CC), mientras es mucho más amplia en lo referente a ámbitos de relación que contribuyen al desarrollo del menor y posibilitan la formación de su personalidad. De este modo, la atribución por parte del legislador de derechos al menor de edad se articula en función de sus propias necesidades emocionales y relacionales, lo que sucede especialmente cuando nos situamos en la órbita de los derechos fundamentales. Así se desprende de instrumentos normativos como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, el art. 162.1.º CC, los arts. 3 y ss. LOPJM, el art. 3.1 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del honor, intimidad personal y familiar y de la propia imagen*; el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, el art. 13 bis de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, *por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, el art. 43.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, *para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI* o el art. 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, y desde luego la propia Constitución Española y su interpretación por el Tribunal Constitucional.

En efecto, en el plano jurisprudencial contamos con sentencias muy relevantes en las que de manera directa o indirecta se ha tenido la oportunidad de analizar la capacidad del menor para ejercitar un derecho fundamental:

En la STC 142/2002, de 18 de julio de 2002 (ECLI:ES:TC:2002:154), si bien el Tribunal Constitucional centró la cuestión en la colisión entre el derecho a la libertad religiosa de los padres del menor que falleció por negarse a recibir una transfusión sanguínea y su condición de garantes derivada de la patria potestad, se pronunció sobre la titularidad de un menor con trece años del derecho a la libertad religiosa y su capacidad para oponerse al tratamiento médico. Al respecto señaló que “los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto” y cita la STC 141/2000, en la que se afirma que “desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”.

Sin embargo, en el caso concreto enjuiciado, si bien reconoció que el ordenamiento otorga relevancia a determinados actos y actuaciones del menor de edad, como los actos relativos a los derechos de la personalidad, expresamente excluidos del art. 162.1 CC, así como otros mencionados en la ley, como contraer matrimonio o hacer testamento, no aceptó el reconocimiento de la capacidad del menor para negarse al tratamiento médico, por afectar en sentido negativo a la vida, y por ser definitivo y, en consecuencia, irreparable: “no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa”.

En la STC 99/2019, de 17 de julio de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:99), el Tribunal Constitucional resolvió una cuestión de constitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que exigía la mayoría de edad. Al respecto, señaló que “los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales” y declaró inconstitucional el precepto, únicamente en la medida en que se aplicaba a menores de edad con suficiente madurez y que se encontrasen en una situación estable de transexualidad, “lo que es una restricción sobre bienes constitucionales de alto significado”. Es decir, reconoce una mayor necesidad de tutela al derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad del menor y considera excesiva por desproporcionada la exigencia de la mayoría de edad pero sólo respecto de los menores señalados (con suficiente madurez y en situación estable de transexualidad)⁴⁷.

En la STC 5/2023, de 20 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TC:2023:5) se reconoce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de audiencia del menor, durante la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria por falta de acuerdo de los progenitores sobre la participación de su hijo en ritos religiosos, en la impartición de sacramentos o asistencia a clase de religión. A pesar de la corta edad del menor (seis años), el TC determinó que “al menor se le vulneró su derecho a ser oído y escuchado en el expediente de jurisdicción voluntaria (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, párrafo tercero del art. 156 CC y art. 85.1 LJV). De este modo, no se pudo tomar en consideración sus deseos, sentimientos y opiniones, en aspectos tales como la asignatura que prefería cursar o su preferencia por asistir o no a oficios religiosos, a catequesis, o recibir el bautismo, pese a que las posiciones de las partes sobre la voluntad del menor en tales asuntos eran contrapuestas. No era descartable que sobre estas materias tuviera uso de razón, de entendimiento o de juicio y no se valoró por personal especializado si tenía suficiente madurez (art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996), para manifestar su predilección sobre los concretos aspectos en que los progenitores tenían posiciones encontradas”.

La STC 26/2024, de 14 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TC:2024:26) resolvió el recurso de amparo interpuesto por la madre de una menor con motivo de la discrepancia entre los progenitores acerca de la elección del centro educativo, religioso o laico, para su hija. La madre alegaba que las resoluciones judiciales habían vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) en relación con el derecho, como madre, a que su hija recibiese la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (art. 27.3 CE) y el Interés Superior de la Menor, como titular del derecho a la libertad religiosa. Al respecto, el TC declaró: “Como dijimos en la STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9 a), los menores de edad son titulares también del derecho a la libertad religiosa, de acuerdo con el genérico reconocimiento del art. 16.1 CE a los individuos y comunidades, y en consonancia con la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de

⁴⁷ Del mismo modo, el Tribunal Supremo en la sentencia 26/2013, Civil, de 5 de febrero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:229), con motivo de la declarada nulidad del precontrato suscrito por los padres de un menor con 13 años para la práctica de fútbol profesional durante diez años, señaló que “el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años (artículo 162.1º del Código Civil)”. El Tribunal Supremo resalta que “el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada” y donde no cabe la representación, y alude asimismo al derecho a la imagen del menor, que no puede verse comprometido por la decisión de sus progenitores.

1989, que expresamente lo reconoce en el art. 14.1, sin perjuicio de <<los derechos y deberes de los padres y, en su caso de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades>> (art. 14.2)” y reiteró lo ya señalado en la STC 141/2000, de 29 de mayo sobre el hecho de que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho a la libertad de creencias, sin que en su ejercicio puedan ser enteramente sustituidos por sus representantes legales. En el caso, debido a la corta edad de la niña, se estableció que su Interés Superior debe identificarse con la obligación de atender a que sus convicciones religiosas puedan formarse o adquirirse sin predeterminaciones que la condicionen, esto es, en un entorno docente neutral desde una perspectiva religiosa.

Como se puede apreciar en las sentencias mencionadas a modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional no duda en reconocer con carácter general a los menores de edad capacidad para ejercitar sus derechos fundamentales, si bien, en ocasiones, atiende a las graves consecuencias de la actuación del menor en su propia esfera personal y vital para exigir una madurez superior o cualificada. Para distinguir en qué casos se debería reclamar esta denominada “madurez cualificada” podemos contar con las aportaciones de la Psicología del Desarrollo, que, como se ha dicho, parte de la distinción entre madurez cognitiva y madurez psicosocial, y distingue entre aquellos actos en los que se exige desarrollar competencias estrictamente cognitivas (razonamiento lógico, memoria, análisis de datos), de aquellos otros en los que se ponen en juego competencias psicosociales (percepción del propio riesgo, permeabilidad frente a las influencias de otras personas, habilidades de autocontrol) y para las que exige un mayor desarrollo madurativo⁴⁸. En consecuencia, a la hora de reconocer mayor o menor capacidad al menor de edad para ejercitar sus derechos, se debería analizar en qué actos participa de modo prioritario el razonamiento lógico y en qué otros juegan un papel importante los aspectos emocionales.

Los datos aportados en este trabajo no cuestionan la evolución del Derecho tendente a atribuir de modo progresivo más derechos ciudadanos al menor de edad. De modo reiterado, el legislador ha mostrado su intención de ampliar el ámbito de actuación de los menores, sin embargo, siempre ha condicionado el ejercicio de los derechos a una valoración proporcionada de la madurez del menor. Como hemos demostrado, la valoración de esta madurez es un proceso complejo en el que la edad es un mero indicador de la misma que, en absoluto, es determinante. Y esto es especialmente cierto en aquellos escenarios en los que entran en juego elementos de carácter afectivo-social.

En la valoración de la madurez del menor se ha de ser muy cauto, ya que una atribución excesiva podría dejar al menor desprotegido ante sus propios actos, fallando el sistema a la hora de proporcionar una tutela efectiva. Como se ha visto en nuestro breve recorrido por el desarrollo psicológico de niños y niñas, que éstos sean capaces de expresar una preferencia o deseo, no significa que los mismos representen una manifestación genuina de su autonomía o de su personalidad. Hemos mostrado que los menores de 16 años, y sin duda los de 12, son

⁴⁸ Esto es, lo que Steinberg denomina madurez de juicio y que hace referencia directa a la madurez psicosocial de los menores de edad: STEINBERG/ CAUFFMAN/WOOLARD/GRAHAM/BANICH, «Are adolescents less mature than adults? Minors' access to abortion, the juvenile death penalty and the alleged APA “flip-flop.» *American Psychologist*, núm. 64, 2009, pp. 583 ss.

especialmente sensibles a factores circunstanciales en la elaboración de sus juicios; atribuir una madurez adecuada supone por tanto asumir que el menor es capaz de identificar y valorar adecuadamente esas influencias y de integrarlas como elementos a tener en cuenta a la hora de conformar su opinión y emitir un consentimiento.

4. Reflexiones finales

A la hora de valorar la madurez del menor, podemos concluir por tanto con las siguientes reflexiones:

1. La capacidad progresiva del menor debe ser entendida como un concepto dinámico que varía según múltiples factores, tanto biológicos como socioculturales. Aunque se reconoce que el desarrollo biológico es fundamental en la adquisición de habilidades y destrezas, no es recomendable basarse únicamente en el criterio de la edad para definir la madurez o capacidad de juicio de un menor.
2. El desarrollo no es un proceso unitario. Se produce en diferentes ámbitos: cognitivo, comunicativo, emocional y social. La evolución en una de estas esferas no necesariamente se traslada a las otras. Y aisladamente consideradas no permite medir el grado de madurez del sujeto.
3. Debemos distinguir entre la madurez como un constructo unitario y una madurez que podríamos denominar madurez situada o dependiente del contexto, vinculada a diferentes escenarios de exigencia. Este segundo concepto de madurez, que se ajusta más a los requerimientos específicos de cada situación, debería ser el criterio predominante para considerar a un menor como capaz de participar en diferentes actos del tráfico jurídico. Este enfoque permite una evaluación más precisa y contextualizada de la capacidad del menor, superando la limitación de los umbrales de edad estrictos.
4. La madurez es un proceso gradual que puede durar toda la vida y es difícil establecer hitos concretos. Se habla más bien de etapas. Dentro de cada etapa, es preciso atender al distinto nivel de desarrollo madurativo del sujeto.
5. La madurez es un proceso multidimensional, se desarrolla en distintos ámbitos. Se puede ser maduro en el ámbito socio-emocional, pero no cognitivo y viceversa. Pero sí es cierto que el desarrollo de uno incide positivamente en el del otro.
6. A la hora de fijar distintas edades por parte del legislador dependiendo del tema legal en concreto, habría que diferenciar según el tipo de competencias cognitivas o psicosociales que tenga que ejercitar el menor, para valorar si cuenta o no con la suficiente capacidad.

Este enfoque comprensivo permitirá una evaluación más precisa y ajustada de la capacidad del menor en diferentes contextos legales, asegurando que las decisiones tomadas reflejen adecuadamente su nivel de desarrollo personal, tanto a nivel cognitivo, como emocional y relacional.

5. Bibliografía

- ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- BALTES, Paul B., «Theoretical propositions of life-span developmental psychology: On the dynamics between growth and decline», *Developmental Psychology*, núm. 23-5, 1987, pp. 611 ss.
- BALTES, Paul B./REESE, Hayne W./LIPSITT, Lewis P., «Life-span developmental psychology», *Annual Review of Psychology*, nº 31, 1980, pp. 65 ss.
- BRONFENBRENNER, Urie/CECI, Stephen J., «Nature-nuture reconceptualized in developmental perspective: A bioecological model», *Psychological Review*, núm. 101-4, 1994, pp. 568 ss.
- BRONFENBRENNER, Urie/MORRIS, Pamela A., «The ecology of developmental processes», en DAMON W./LERNER R.M. (eds.), *Handbook of child psychology: Theoretical models of human development* John Wiley & Sons Inc., New York, 1998, pp. 993 ss.
- BRONFENBRENNER, Urie, *The ecology of human development experiments by nature and design*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1979.
- BRUNER, Jerome S., *Desarrollo cognitivo y educación*, Morata, Madrid, 1988.
- CABEDO MALLOL, Vicente/RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CAUFFMAN, Elizabeth/STEINBERG, Laurence, «(Im)maturity of judgment in adolescence: Why adolescents may be less culpable than adults», *Behavioral Sciences and the Law*, núm. 18, 2000, pp. 741 ss.
- COLE, Michael/SCRIBNER, Silvia, *Culture & thought: A psychological introduction*, John Wiley & Sons, New York, 1974.
- COUPERUS, Jane W., «Perceptual load influences selective attention across development», *Developmental Psychology*, 47-5, 2011, pp. 1431 ss.
- DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España*, Thomson- Cívitas, Madrid, 1984 (ed. 2008).
- DE LA IGLESIA MONJE, María I. (2017), «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, núm. 759.
- Dunn, Michael C. /Clare, Isabel C.H./Holland, Anthony J./Gunn, Michael J., «Constructing and reconstructing Best Interests: an interpretative examination of substitute decision-making under the Mental Capacity Act 2005 », *Journal of Social Welfare and Family Law*, núm. 29-2, 2007, pp. 117 ss.
- ELSTER, Jon, *Solomonic Judgements: Studies in the limitation of rationality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- GARCÍA CARMONA, Maximiliano, «Evolución de la protección de la infancia hasta nuestros tiempos: marco jurídico», en LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura/SÁNCHEZ MEDINA, José Antonio (dirs.), *Estudio multidisciplinar del Interés Superior del Menor. Una aproximación psicológica, sociológica y jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 143 ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, «Qué es y para qué sirve el interés del menor», *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, pp. 14 ss.
- GILOVICH, Thomas/GRIFFIN, Dale/KAHNEMAN, Daniel (eds.), *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*. Cambridge University Press, Cambridge, Mass, 2002.
- GOUDENA, Paul/SÁNCHEZ-MEDINA, José Antonio, «Peer interaction in Andalucía and Holland: A comparative study», *Infancia y Aprendizaje*, núm. 75, 1996, pp. 49 ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «El interés superior del niño: la nueva configuración del art. 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en CABEDO MALLOL, Vicente/RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coords.), *Comentarios sobre las leyes de*

- reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- HARTER, Susan/BUDDIN, Bonnie J., «Children's understanding of the simultaneity of two emotions: A five-stage developmental acquisition sequence», *Developmental Psychology*, núm. 23-3, 1987, pp. 388 ss.
- HOBSON, R. Peter, «On the nature and development of metacognition» *Infant and Child Development*, núm. 22-1, 2013, pp. 108 ss.
- ICENOGLU, Grace/STEINBERG, Laurence/DUELL, Natasha/CHEIN, Jason/CHANG, Lei/CHAUDHARY, Nandita/DI GIUNTA, Laura/DODGE, Kenneth A./FANTI, Kostas A./LANSFORD, Jennifer E./OBURO, Paul/PASTORELLI, Concetta/SKINNER, Anne T./SORBRING, Emma/TAPANYA, Sombat/URIBE TIRADO, Liliana M./ALAMPAY, Liane P./AL-HASSAN, Suha M./TAKASHI, Hanan M.S./BACCHINI, Dario, «Adolescents' cognitive capacity reaches adult levels prior to their psychosocial maturity: Evidence for a "maturity gap" in a multinational, cross-sectional sample», *Law and Human Behavior*, núm. 43-1, 2019, pp. 69 ss.
- JENSEN, Lene A., *The Oxford handbook of human development and culture: An interdisciplinary perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- KAHNEMAN, Daniel/FREDERICK, Shane, «Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgment», en GILOVICH, Thomas/GRIFFIN Dale/KAHNEMAN Daniel (eds.), *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 49 ss.
- LARSON, Clayton B., *Metacognition new research developments*, Nova Science Publishers, New York, 2009.
- LEONTIEV, Anatoly, *El desarrollo del psiquismo*, Akal, Madrid, 1983.
- LILA, Mari Sol/VAN ACKEN, Marcel/MUSITU, Gonzalo/BUELGA, Sofia, «Families and adolescence», en JACKSON Sandy/GOOSSENS Luc (eds.), *Handbook of adolescence development*. Hove: Psychology Press, 2006.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, «La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 2, abril-junio, 2009, pp. 713 ss.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura/SÁNCHEZ MEDINA, José Antonio (dirs.), *Estudio multidisciplinar del Interés Superior del Menor. Una aproximación psicológica, sociológica y jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 97 ss.
- LÓPEZ LÓPEZ, Ángel, «Reforma y criptoreforma del sistema matrimonial español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1977.
- LÓPEZ LÓPEZ, Ángel, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- LÓPEZ LÓPEZ, Ángel, *Derecho civil constitucional*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015.
- LURIA, Alexander R., *Desarrollo histórico de los procesos cognitivos*. Akal, Madrid, 1987.
- MARTÍNEZ LOZANO, Virginia/SÁNCHEZ MEDINA, José Antonio/GOUDENA, Paul, «A Cross-Cultural Study of Observed Conflicts Between Young Children», *Journal of Cross-Cultural Psychology*, núm. 42-6, 2011, pp. 895 ss.
- MURPHY Jeremy W./ FOXE John/MOLHOLM Sophie, «Neuro-oscillatory mechanisms of intersensory selective attention and task switching in school-aged children, adolescents and young adults», *Developmental Science*, núm. 19, 2016, pp. 469 ss.
- NIETO ALONSO, Antonia, «Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3, julio-septiembre, 2016, pp. 1 ss.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «El menor maduro ante el Derecho», *EIDON Revista Española de Bioética*, núm. 41, 2014.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Minoría de edad», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen/SOLÉ RESINA, Judith (dirs.), *Tratado de Derecho de la persona física*, T.1, Civitas Thomson Reuters, 2013, pp. 679 ss.

- PARRA LUCÁN, María Ángeles, *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, ed. Jur. Ramón Areces, Madrid, 2015.
- PIAGET, Jean, *El criterio moral en el niño*, Fontanella, Barcelona, 1932/1976.
- PIAGET, Jean/INHELDER, Bärbel, *Psicología del niño*, Ediciones Morata, Madrid, 2016.
- PIPER, Christine, «Assumptions about Children's Best Interest», *Journal of Social Welfare and Family Law*, núm. 22, 2000, pp. 261 ss.
- PIZARRO MORENO, Eugenio, *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, REUS, Madrid, 2020.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que le afecten», en CABEDO MALLOL, Vicente/RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 118 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007.
- ROCA TRÍAS, Encarna, «Familia, familias y Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIII, fasc. IV, enero-marzo, 1990.
- ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Civitas, Madrid, 1999.
- ROGOFF, Barbara, *The cultural nature of human development*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- SÁNCHEZ MEDINA, José Antonio/MARTÍNEZ LOZANO, Virginia/GOUDENA, Paul, «Conflict Management in Pre-schoolers: A Cross Cultural Perspective», *International Journal of Early Years Education*, núm. 9-2, 2001, pp. 53 y ss.
- SCOTT, Elisabeth S., «The Legal Construction of Adolescence», *Hofstra Law Review*, núm. 29-2, Article 5, 2000.
- SCOTT, Elisabeth S./REPPUCCI, Nicholas/WOOLARD, Jennifer, «Evaluating adolescent decision making in legal contexts», *Law and Human Behavior*, núm. 19, 1995, pp. 221 ss.
- SIEGLER, Robert S., *Emerging minds: The process of change in children's thinking*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- SILVA PEREIRA, Maria Margarida, *A gestação de substituição. Uma perspectiva de género*, AAFDL editora, 2024.
- SKIVENES, Marit, «Judging the child's best interests: Rational reasoning or subjective presumptions?», *Acta Sociológica*, núm. 53-4, 2010, pp. 339 ss.
- STEINBERG, Laurence, «Adolescent development and juvenile justice», *Annual Review of Clinical Psychology*, núm. 5, 2009, pp. 459 ss.
- STEINBERG, Laurence/CAUFFMAN, Elisabeth, «Maturity of judgment in adolescence: Psychosocial factors in adolescent decision-making», *Law and Human Behavior*, núm. 20, 1996, pp. 249 ss.
- VALERO HEREDIA, Ana, *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la Sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, Universidad de Valencia, Valencia, 2004.
- VALERO HEREDIA, Ana, *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2009.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. Rosario, «La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho», *Revista de Derecho Comparado*, núm. 9, Derecho de Familia I, Buenos Aires y en *Libro Homenaje al profesor Puig Ferriol*, Barcelona, 2005.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. Rosario, «Otras miradas a la familia: las familias y sus funciones», en *Libro Homenaje al profesor Albaladejo*, vol. I, Murcia, 2005.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. Rosario, «Reflexiones sobre el Derecho de Familia», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 2, 2007, pp. 75 ss.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. Rosario, «Comentario a los artículos 1263 y 1264 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, en CAÑIZARES LASO, Ana y otros (dirs.), vol. III, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2011.

- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. Rosario, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- VARELA CASTRO, Ignacio, «El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor», *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo, 2016, pp. 1 ss.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La construcción de la ciudadanía del menor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, «Comentario del art. 1263 CC», en CAÑIZARES LASO, Ana (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 5770 ss.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, «El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXIII, julio 2019, pp. 3 ss.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, «El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores», en MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «El derecho de la persona menor de edad: hacia una disciplina autónoma desde el Derecho Civil», en CABEDO MALLOL, Vicente/RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- VYGOTSKI, Lev S., «Pensamiento y lenguaje», *Obras escogidas, II. Aprendizaje Visor*, Madrid, 1993.
- VYGOTSKI, Lev S., *El desarrollo de los procesos psicológicos superiores*, 2ª ed., Crítica, Barcelona, 1989.
- WEIMER, Amy A./SALLQUIST, Julie/BOLNICK, Rebecca R., «Young children's emotion comprehension and theory of mind understanding», *Early Education and Development*, núm. 23-3, 2012, pp. 280 ss.
- WERTSCH, James, «The zone of proximal development: some conceptual issues», *New directions for child development*, 23, pp. 7 ss.

Aportaciones del *Guardian ad Litem* en la protección de los derechos de la infancia en los juzgados de familia

Análisis comparado e instituciones afines en el sistema español

Sumario

Este artículo tiene como objetivo principal examinar la figura del *guardian ad litem* (GAL) y su papel esencial en la promoción de la participación y representación de los intereses de los niños, niñas y adolescentes (NNA) en los procedimientos judiciales de familia. En primer lugar, se analizan las dificultades encontradas en la implementación el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. A pesar de la normativa existente, los estudios demuestran que los NNA no se sienten escuchados ni partícipes en la toma de decisiones que les afectan. En segundo lugar, se examinan las contribuciones de los GAL, con una larga tradición en países como Estados Unidos y el Reino Unido, a la hora de garantizar que la voz de los niños y niñas sea escuchada y sus intereses tomados en cuenta. Se analizarán sus orígenes, funciones y principales aportaciones para una mejor resolución de los conflictos familiares en sede judicial. A pesar de la falta de homogeneidad normativa, metodológica e incluso terminológica, los estudios confirman los beneficios y ventajas de su intervención. Finalmente, se explora la posible integración de esta figura en el ordenamiento jurídico español, mediante un análisis terminológico, jurisprudencial y doctrinal que permite identificar semejanzas y diferencias con figuras afines como el defensor judicial o el Ministerio Fiscal.

Abstract

This article aims to examine the figure of the *guardian ad litem* (GAL) and its essential role in promoting the participation and representation of the interests of children and adolescents (NNA) in family court proceedings. First, the challenges in implementing Article 12 of the Convention on the Rights of the Child are analyzed. Despite existing regulations, studies show that NNAs do not feel heard or involved in decision-making processes that affect them. Second, the contributions of GALs, with a long tradition in countries like the United States and the United Kingdom, are examined, particularly in ensuring that the voices of children are heard and their interests considered. The origins, functions, and main contributions of GALs will be analyzed to understand their role in improving family conflict resolution within judicial settings. Despite the lack of regulatory, methodological, and even terminological uniformity, studies confirm the benefits and advantages of their intervention. Finally, the possible integration of this figure into the Spanish legal system is explored, through a terminological, jurisprudential, and doctrinal analysis that identifies similarities and differences with related figures such as the defensor judicial (court-appointed guardian) or the Public Prosecutor's Office.

Title: Contributions of the Guardian ad Litem in Protecting Children's Rights in Family Courts: A Comparative Analysis and Related Institutions in the Spanish System.

Palabras clave: Derechos de la infancia, Guardian ad Litem (GAL), Defensor judicial, Ministerio Fiscal, Procedimientos judiciales, Derecho de familia, conflictos de interés, España.

Keywords: *Children's Rights, Guardian ad Litem (Guardian), Court-appointed guardian, Public Prosecutor, Judicial Proceedings, Family Law, Conflicts of Interest, Spain.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.02

1.2025

Recepción
19/09/2024

-

Aceptación
06/11/2024

-

Índice

-

1. Derechos de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de toma de decisiones.

- 1.1. Derecho de participación: principales dificultades.
- 1.2. La representación en procesos judiciales: representación legal o representación letrada.

2. El GAL en el derecho comparado

- 2.1. Concepto y orígenes.
- 2.2. El GAL en la normativa internacional.

3. Funciones, dificultades y propuestas de mejora.

- 3.1. Principales funciones.
- 3.2. La función de representación: defensor, mentor o abogado.
 - a. Diferencias entre los GAL y los CASAs
 - b. Diferencias entre el GAL y el abogado del niño o niña.
- 3.3. La formación del GAL: jurista o experto.
- 3.4. Financiación y retribución.
- 3.5. Eficacia y propuestas de mejora.

4. El GAL en el sistema español.

- 4.1. Análisis terminológico.
- 4.2. Análisis jurisprudencial
- 4.3. Análisis doctrinal
 - a. GAL versus curador ad litem o curador especial
 - b. GAL versus defensor judicial
 - c. GAL versus Ministerio Fiscal

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

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

1. Derechos de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de toma de decisiones.

1.1. Derecho de participación: principales dificultades.

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN¹) ha sido esencial en la protección e impulso de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA²) del mundo. El tratado se basa en tres pilares fundamentales, Participación, Protección y Provisión, poniendo el acento en el hecho de que además de proteger a la infancia es necesario garantizar su participación en los procesos de toma de decisiones. El artículo 12 de la CDN es esencial a la hora de entender que el niño o la niña son ciudadanos activos que pueden tomar decisiones sobre las cuestiones que les afectan³. Este artículo establece que los Estados partes garantizarán «al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño» (12.1 CDN). Para ello se le dará «la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional» (art. 12.2 CDN).

La literatura científica señala los evidentes beneficios de esta participación no solo para el propio NNA⁴, sino también para el sistema judicial, puesto que las decisiones adoptadas son más certeras, al tener una mejor comprensión de la situación emocional del niño o niña⁵, y de más fácil aplicación, al ser los resultados más acordes con sus necesidades⁶. Los Estados han hecho un esfuerzo por regular este derecho. En España las últimas modificaciones legislativas, especialmente la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁷, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁸ y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia⁹, refuerzan el derecho a

¹ Adoptada el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 31 de diciembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

² Utilizamos la definición de niño de la CNUDN entendiendo que será un niño, niña o adolescente menor de 18 años. Así mismo se utilizará el acrónimo NNA para describir al conjunto de Niños, Niñas y Adultos jóvenes o adolescentes.

³ KOSHER/BEN-ARIEH, «Children's Participation: A New Role for Children in the Field of Child Maltreatment», *Child Abuse and Neglect*, vol. 110, 2020.

⁴ VIS, et al., «Participation and health - a research review of child participation in planning and decision-making», *Child and Family Social Work*, vol. 16, núm. 3, 2011, pp. 325 ss

⁵ JULIUSSEN/GARMY/OLSSON, «Political representatives experiences of child participation in decision-making processes: A qualitative interview study», *Children and Society*, 2023(July), pp. 1 ss.

⁶ MCCAFFERTY/ MERCADO GARCÍA, *The British Journal of Social Work*, 2023, pp. 1 ss.

⁷ BOE nº 175, de 23/07/2015.

⁸ BOE nº 180, de 29/07/2015.

⁹ BOE nº 134, de 05/06/21.

ser oído y escuchado sin discriminación alguna por razón de edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tal y como afirma el informe de las Naciones Unidas de 2017¹⁰.

A pesar de los beneficios apuntados y del impulso de la legislación a la participación infantil, tanto la doctrina como la propia convención afirman que existen importantes carencias en la implementación del artículo 12 de la CDN. Los estudios recientes demuestran que los NNA siguen sintiéndose ignorados por los adultos que toman las decisiones que les afectan en casi todas las áreas, ya sea en su hogar¹¹, en el colegio¹², en los hospitales¹³, en los servicios sociales¹⁴ y, especialmente, en el ámbito judicial¹⁵. Las razones que justifican estas carencias son multifacéticas y complejas.

En primer lugar, las dificultades a la hora de entender el propio *concepto de participación*. Es evidente que participar no puede limitarse a escuchar al menor. Tal y como afirma la profesora Lundy¹⁶, «con la voz no basta», siendo imprescindible tanto garantizar que las opiniones de estos NNA sean tenidas en cuenta y sopesadas en el proceso de decisión, como ofrecer una explicación de los motivos y razones que han primado a la hora de tomarla¹⁷.

En segundo lugar, existen dificultades a la hora de determinar *la edad y la madurez* necesarias para participar en los procesos de toma de decisiones. La Convención afirma que se garantizará al niño o niña «que esté en condiciones de formarse un juicio propio» el derecho a expresar su opinión libremente. En el mismo sentido, el artículo 9.1 de 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

¹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Informes periódicos quinto y sexto combinados que los Estados partes debían presentar en 2015, España», CRC/C/ESP/5-6, 7 de marzo de 2017. A pesar del importante avance legislativo en la materia, el comité de los Derechos del Niño (2018) reitera su recomendación para que España intensifique la labor para promover y asegurar en la práctica el debido respeto por las opiniones del niño y asegurar su práctica. El Comité recomienda en particular que: a) Armonice las leyes pertinentes, en particular el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, con la Convención, a fin de asegurar el respeto, en la práctica, del derecho de los niños menores de 12 años a ser escuchados; b) Promueva los conocimientos de los profesionales de distintos ámbitos que trabajan con los niños y para ellos, incluidos los jueces y fiscales de familia, e imparta programas de formación acerca de los derechos del niño y de la aplicación del derecho del niño a ser escuchado, entendido como un derecho y no como una obligación; c) Asegure la aplicación efectiva y sistemática del derecho del niño a expresar sus opiniones en las actuaciones judiciales o administrativas pertinentes (aptdo. 17 Naciones Unidas, 2018, p. 5).

¹¹ GALLEGO-HENAO, «Participación Infantil...Historia de Una Relación de Invisibilidad», *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, no. 1, 2015, pp. 151 ss.

¹² USHER, «Conceptual framework for the participation of children in local area planning decision-making processes through primary geography education», *Irish Educational Studies*, vol. 42, núm. 4, 2023, pp. 583 ss.

¹³ QUAYE/COYNE/SÖDERBÄCK/HALLSTRÖM, «Children's Active Participation in Decision-Making Processes during Hospitalisation: An Observational Study», *Journal of Clinical Nursing* 28 (23–24), 2019, pp. 4525 ss.

¹⁴ McCafferty/ Mercado García, *The British Journal of Social Work*, 2023, pp. 1 ss.

¹⁵ GARCÍA-QUIROGA, *Derecho PUCP*, no. 90, 2023; STRÖMPL/LUHAMAA, «Child participation in child welfare removals through the looking glass: Estonian children's and professionals' perspectives compared», *Children and Youth Services Review*, vol. 118, 2020.

¹⁶ LUNDY, «'Voice' Is Not Enough: Conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child», *British Educational Research Journal*, vol. 33, no. 6, 2007, pp. 927 ss.

¹⁷ McCafferty, «Implementing Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child in Child Protection Decision-Making: A Critical Analysis of the Challenges and Opportunities for Social Work», *Child Care in Practice*, vol. 23, no. 4, 2017, pp. 327 ss.

Enjuiciamiento Civil¹⁸ (en adelante LOPJM) indica que «el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia (...) teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez». Es importante tener en cuenta que el Comité de los derechos del niño señala que «la edad por sí sola no puede determinar la importancia de las opiniones del niño»¹⁹ y que debe partirse de la premisa de que el niño o niña tiene la capacidad de formarse su propio juicio y reconocer que tiene el derecho a expresarlo; «no le corresponde al niño probar su capacidad» (párrafo 21). Esto implica que todos los niños y niñas, hasta los más pequeños²⁰, deben ser respetados como personas por derecho propio, debiendo hacerse una evaluación individualizada de su autonomía y capacidad de comprensión²¹. Precisamente estos niños y niñas más pequeños, entre los cero y seis años, son especialmente tenidos en cuenta por el Comité de los Derechos del Niño, exigiendo el reconocimiento y respeto a las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial, y el dibujo y la pintura, «mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias»²².

En tercer lugar, el *adultocentrismo* como perspectiva prioritaria a la hora de tomar decisiones. Los adultos tienen la importantísima función de informar, acompañar, orientar y ponderar en el proceso de toma de decisiones. Esta intervención es esencial, porque si bien no sería ético reducir la intervención del NNA a un mero acto simbólico sin contenido²³, tampoco lo sería sobrecargar al NNA con una responsabilidad que no pueden soportar²⁴. Afirmar la literatura más especializada que la aplicación del artículo 12 de la CDN está condicionada por las concepciones adultas sobre la edad, la capacidad y la participación infantil, que determinan su puesta en práctica. Una visión hegemónica del adulto se traduce en actitudes paternalistas, en falta de confianza en las capacidades de los NNA y en la percepción de que sus opiniones son menos válidas que las de los adultos, lo que sin duda crea barreras significativas para que su participación sea efectiva²⁵. La literatura científica afirma que entre las principales barreras se

¹⁸ BOE núm. 15, de 17/01/1996.

¹⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación General No. 12: El Derecho Del Niño a Ser Escuchado, 51o Período de Sesiones, 25 mayo-12 junio 2009», UN Doc. CRC/C/GC/12, 2009, párrafo 29.

²⁰ URBINA-GARCÍA, et al., «Voices of young children aged 3–7 years in educational research: an international systematic literature review», *European Early Childhood Education Research Journal*, vol. 30, núm. 1, 2022, pp. 8-31. WALL/ROBINSON, «Look who's talking: eliciting the voice of children from birth to seven», *European Early Childhood Education Research Journal*, vol. 30, núm. 1, 2022, pp. 1 ss.

²¹ GALLEGO-HENAO, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, no. 1, 2015, pp. 151-165. RADCLIFFE, «El principio de autonomía progresiva y su impacto en el derecho de las familias: diálogo entre los derechos argentino y español», *Revista de Derecho Privado*, núm. 46, 2023, pp. 89 ss.

²² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación General No. 7: Realización de Los Derechos Del Niño En La Primera Infancia», U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006, apartado 21.

²³ HART, «*Children's Participation: From Tokenism to Citizenship*», UNICEF, International Child Development Centre, Holloway, 1992; TOROS, «A Systematic Review of Children's Participation in Child Protection Decision-Making: Tokenistic Presence or Not?», *Children and Society* 35 (3), 2021, pp. 39 ss.

²⁴ McCafferty, *Child Care in Practice*, vol. 23, no. 4, 2017, pp. 327-341.

²⁵ VELÁZQUEZ RODRÍGUEZ/FERRÁS MORALES, «La escucha del niño en Cuba. Nuevos retos para la justicia de familia», *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, 2016, p. 5 «La dificultad intrínseca que implica la determinación del interés superior del niño en cada caso ha de unírsele el riesgo de abuso del mismo por parte de autoridades, fruto de determinaciones apriorísticas por motivaciones ideológicas o por prioridades en la asignación de recursos públicos; por los padres o tutores, en defensa de sus propios intereses; o por los profesionales implicados, que pueden desatender la obligación de contemplar el interés superior por considerarlo carente de importancia o por padecer limitaciones de medios que le compliquen asumir esta tarea. El deber de escuchar el interés del niño es una garantía frente a este riesgo» (p. 5).

encuentran una interpretación demasiado restrictiva de la edad o madurez²⁶, la priorización de la seguridad o de la protección frente a la participación²⁷, como si fuesen dos conceptos opuestos²⁸, o el intento de evitar una victimización secundaria en procesos judiciales penales especialmente traumáticos²⁹. Muchos expertos afirman que el debate debería centrarse menos en si los NNA tienen la edad o la capacidad suficiente para expresar sus necesidades y deseos y más en la habilidad y preparación de los adultos para atender a estas necesidades y conseguir que la infancia se implique en las decisiones sobre sus propias vidas³⁰.

Por último, los *desafíos organizativos* que conlleva la existencia de sistemas de protección muy heterogéneos tanto en la normativa como en los enfoques o métodos de trabajo. La falta de recursos, la falta de capacitación de los profesionales o el exceso de burocracia suelen ser obstáculos en una adecuada implementación de este derecho, especialmente en sede judicial³¹. Como podemos ver, a pesar de que este derecho está consagrado en el ordenamiento internacional y en normas nacionales, en la práctica, los NNA a menudo encuentran obstáculos culturales, burocráticos y sistémicos que limitan el ejercicio de este derecho esencial.

1.2. La representación en procesos judiciales: representación legal o representación letrada.

La CDN señala que se debe dar al NNA la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, «ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional» (art. 12.2 CDN). En España, la normativa pretende garantizar que las comparecencias o audiencias del NNA en los procedimientos judiciales o administrativos tengan carácter preferente y que éstos puedan ejercitar este derecho por sí mismos siempre que sea posible.

²⁶ GARCÍA-QUIROGA, «A Criterio Del Juez: Desafíos Para La Participación Infantil En Justicia de Familia», *Derecho PUCP*, no. 90, 2023, p. 136.

²⁷ Resultaría beneficioso habilitar instancias educativas que permitan a los jueces, así como a otros funcionarios en justicia de familia, reforzar y actualizar las competencias en relación con los derechos del niño y, asimismo, respecto del lugar que ocupa el NNA actualmente en las normativas nacionales e internacionales como agente activo y constructivo. Esto implica destacar la idea de que la protección y la participación no son fenómenos opuestos, sino complementarios. La participación, más que ser un proceso nocivo, actúa como factor protector y como medio para alcanzar otros de los derechos de los NNA, al permitirles comunicar sus necesidades y ser considerados en la sociedad como agentes constructivos, reforzando su autoconcepto y autoestima (...) Con ello, se ha de fortalecer la noción de que los NNA también ostentan un conocimiento valioso sobre sí mismos y sus propias vidas, el cual les entrega el potencial de gestionar cambios que puedan contribuir a su propio bienestar» GARCÍA-QUIROGA, *Derecho PUCP*, nº. 90, 2023, p. 136.

²⁸ RAMASWAMY, et. al. «Balancing the Law with Children's Rights to Participation and Decision-Making: Practice Guidelines for Mandatory Reporting Processes in Child Sexual Abuse», *Asian Journal of Psychiatry*, vol. 81, enero de 2023.

²⁹ CARRETTA/GARCÍA QUIROGA, «Justicia de Familia y Victimización Secundaria: Un Estudio Aplicado Con Niños, Jueces y Abogados», *Derecho PUCP*, no. 87, 2021, pp. 471 ss.

³⁰ LEESON, «My Life in Care: Experiences of Non-Participation in Decision-Making Processes», *Child and Family Social Work* 12 (3), 2007, pp. 268-77; KENNAN, Danielle/BRADY, Bernardine/FORKAN, Cormac, «Space, Voice, Audience and Influence: The Lundy Model of Participation (2007) in Child Welfare Practice» *Practice* 31 (3), 2019, pp. 205 ss.

³¹ MCCAFFERTY/ MERCADO GARCÍA, «Children's Participation in Child Welfare: A Systematic Review of Systematic Reviews», *The British Journal of Social Work*, 2023.

En aquellos casos en los que el NNA comparezca directamente, el esfuerzo se centra en garantizar que éste tenga todos los apoyos necesarios para expresar su opinión verbalmente o «a través de formas no verbales de comunicación» (art. 9.2 LOPJM), y, en su caso, contar con un intérprete en su comunicación. Tradicionalmente, los jueces han sido reacios a escuchar directamente a los menores debido al carácter adversarial del juicio, puesto que los requisitos de transparencia y accesibilidad limitan la confidencialidad de lo manifestado por el NNA ante el juez. Sin embargo, en la actualidad existen numerosas propuestas que alientan a los jueces a hablar con los niños y niñas en privado, si bien con ciertas salvaguardas, como contar con la presencia de los abogados de las partes y la transcripción de las entrevistas para que pueden ser consultadas después³². La situación se complica en algunos procesos judiciales en los que se dilucidan situaciones conflictivas graves, como abusos, negligencias o conflictos de intereses con los progenitores o tutores. En estos casos, tanto jueces como profesionales son reticentes a la participación directa del niño o niña, como una forma de evitar su revictimización y causar un daño mayor al ya infligido. Evidentemente, es esencial garantizar que los NNA no sean más vulnerables de lo que ya son por su participación en un proceso judicial³³, pero el sistema judicial está obligado a encontrar un equilibrio entre proteger los a todas las partes y garantizar que éstas tengan la oportunidad de ser escuchadas en los procesos que les afectan directamente. Algo que aclara la literatura especialista en la materia es que, si bien los NNA desean participar en el proceso, no quieren tener el peso de adoptar la decisión final puesto que no desean asumir la responsabilidad de tomar la decisión definitiva en el procedimiento³⁴.

Cuando el NNA no desee participar directamente, no sea posible, o no convenga a su interés, podrá hacerse a través de un representante. En estos casos es de suma importancia que el representante «transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular»³⁵. Se deben distinguir en este punto dos tipos de representación en relación a la actuación que pueden desarrollar los progenitores y otros terceros a la hora de defender los intereses de los NNA.

La representación legal se produce cuando una persona gestiona negocios ajenos actuando en nombre propio o del representado pero siempre en interés de éste, de forma que los efectos jurídicos de dicha actuación se producen directa o indirectamente en la esfera jurídica del representado³⁶. En relación a los menores de edad, esta función de representación legal recae en España, en primer lugar, en los progenitores, como parte de sus responsabilidades parentales, puesto que tienen el deber y el derecho de representar a sus hijos en todos los asuntos que afectan a su persona y patrimonio (artículo 154 CC), y, en su defecto, en los tutores como parte de las obligaciones de este cargo (art. 225 CC).

La representación letrada pretende garantizar el derecho a una legítima defensa, así como el acceso de todas las personas a un juzgado en condiciones de igualdad, la posibilidad de ser oída

³² DONNELLY, «Reflections of a guardian ad litem on the participation of looked-after children in public law proceedings», *Child Care in Practice*, 16(2), 2010, p. 187.

³³ McWILLIAMS/HAMILTON «There Isn't Anything Like a GAL: The Guardian Ad Litem Service in Ireland», *Irish Journal of Applied Social Studies*, vol. 10, no. 1, 2010, p. 37.

³⁴ DONNELLY, *Child Care in Practice*, 16(2), 2010, p. 189.

³⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación General No. 12: El Derecho Del Niño a Ser Escuchado, 51o Período de Sesiones, 25 mayo-12 junio 2009», UN Doc. CRC/C/GC/12, 2009, p. 12, apt. 36.

³⁶ ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal de los hijos menores*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 16.

con las debidas garantías y a tener una solución dentro de un plazo razonable, a través de una decisión que será adoptada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. En relación a esto último, la Observación General nº 14 del Comité de los derechos del Niño, señala que: «el niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión»³⁷. El artículo 40 de la CDN recoge el derecho de todo niño o niña «del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes» a tener una asistencia jurídica y otra asistencia apropiada en la preparación y representación de su defensa. En España, en un sentido similar, el artículo 22 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) reconoce el derecho del menor infractor a contar con un abogado desde el inicio del proceso penal, garantizando una defensa independiente. Aunque en principio estas normas se aplican a los procesos penales, esta garantía debe extenderse a todo NNA que se vea afectado por un procedimiento administrativo o judicial, por lo que deben contemplarse en procedimientos judiciales de otra naturaleza.

Las condiciones en las que un NNA participa en un proceso judicial no son las mismas de un adulto, siendo necesario dispensar una atención acorde a estas circunstancias. Se pueden destacar dos circunstancias especiales: la falta de consideración de los menores como parte procesal en litigios que les afectan de forma directa y la necesaria atención a los posibles conflictos de intereses con sus representantes legales.

En primer lugar, respecto a la especial situación de los NNA en los procesos judiciales o administrativos que les afectan, señala la literatura cómo, en los procesos civiles, se obedece a una concepción clásica del proceso, donde se distinguen dos partes y, eventualmente, terceros. En las causas de familia generalmente hay demandante y demandado, pero también un «sujeto procesal central»³⁸, que es el niño, niña o adolescente. Así, por ejemplo, en los procesos en los que se resuelven crisis familiares (separaciones, divorcios, custodias, responsabilidades parentales) el demandante y el demandado son los progenitores, y cada uno acudirá con su propio abogado. En los procesos sobre abuso o negligencia encontraremos al abogado de los demandados, generalmente los progenitores, y al abogado del demandante, generalmente el Estado o Comunidad Autónoma competente en la protección del NNA. En ambos casos los letrados no tienen como cliente al menor, sino a los progenitores o a la institución encargada de proteger a los menores, que pueden tener objetivos o intereses diferentes a la hora de tomar las decisiones que afecten al NNA.

En segundo lugar, dada la naturaleza de algunos procesos judiciales familiares, es necesario garantizar la independencia de la representación del NNA frente a los deseos o necesidades de sus progenitores y guardadores. Así, por ejemplo, en casos de maltrato y negligencia infantil, los intereses del niño o niña están a menudo en conflicto directo con los intereses de los

³⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013», UN Doc CRC/C/GC/14, 2013, p. 20, 88.e.

³⁸ GONZÁLEZ VALDERRAMA, «Análisis Crítico Del Rol Del Curador Ad Litem En La Justicia de Familia», memoria académica 2017, p. 58.

progenitores. El juez de familia está obligado a asegurarse de que los intereses de los NNA están debidamente representados, nombrando a un defensor judicial, si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos, y al Ministerio Fiscal en defensa de sus intereses (art. 2.5. LOPJM). En estos casos la representación recaerá en una persona que, por su profesión o relación de especial confianza con el NNA, puedan transmitir sus deseos y defender sus intereses objetivamente (art. 9.2. LOPJM).

Estas dos circunstancias han llevado a parte de la doctrina a valorar la conveniencia de garantizar una representación letrada independiente para los NNA en determinados procesos. En Estados Unidos la revisión de los roles que desarrollan los operadores jurídicos concluyó que es «evidente y demostrable la necesidad de proveer al niño o niña con una representación independiente en procesos de abuso o negligencia»³⁹. El NNA, como figura central del proceso tiene derecho «a un portavoz y un defensor que pueda defender total, inequívoca y activamente sus derechos e intereses»⁴⁰. Así lo defiende también el Comité de los derechos del niño, al reclamar que los NNA dispongan de abogados que atiendan específicamente sus intereses en los procedimientos judiciales y administrativos⁴¹. Es más, algunos autores, como Couso⁴² y González⁴³, afirman que el NNA debe contar con una defensa autónoma de sus intereses siempre, no siendo necesario demostrar que éste es contrario o independiente al de sus progenitores o guardadores. En España esta función de defensa del interés del menor la desarrolla la fiscalía de menores. El Ministerio Público tiene la responsabilidad de velar por la aplicación de la ley en interés general y de representar la acusación pública en nombre del Estado, manteniendo un equilibrio entre la protección de los derechos individuales y la eficacia del sistema judicial. De forma más específica, la fiscalía de menores actúa como un «guardián» del interés del menor, interviniendo en casos donde se vulneran sus derechos, pero su papel es garantizar el cumplimiento de la ley en general y no la defensa de un menor en particular, como

³⁹ NATIONAL CENTRE ON CHILD ABUSE AND NEGLECT, «Representation for the Abused and Neglected Child: The Guardian Ad Litem and Legal Counsel. A Special Report from the National Center on Child Abuse and Neglect», U.S. Department of Health and Human Services. U.S. Department of Health and Human services. DHHS Publication No. (OHDS) 80-30272, 1980, p.2.

⁴⁰ NATIONAL CENTRE ON CHILD ABUSE AND NEGLECT, U.S. Department of Health and Human Services, 1980, p.1.

⁴¹ VELÁZQUEZ RODRÍGUEZ/FERRÁS MORALES, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, 2016, p. 6.

⁴² «En Chile, la regulación legal del derecho a la defensa técnica de los niños ante los tribunales de familia es, a este respecto, algo defectuosa, pues parte de la base de que la necesidad de defensa autónoma para los niños (distinta de la que podrían proporcionarle sus padres), asociada en la ley, a la existencia de un “interés independiente o contradictorio” del de sus padres, es una excepción (Art. 19, Ley de Tribunales de Familia). Pero la verdad es que, si se parte del derecho del niño a participar en la decisión del caso, a partir de su propia visión sobre lo más conveniente para su vida, entonces por definición sus intereses son por lo menos independientes de los de sus padres. Incluso si, a primera vista, los padres del niño, o uno de ellos, defiende(n) un interés que coincide con el que el niño identifica como su interés en el asunto (por ejemplo, junto a su madre encargada de su custodia, el niño se opone a las visitas del padre no custodio), es perfectamente posible que en el curso del proceso, cuando el niño sea informado suficientemente sobre las diversas aristas del conflicto y sus derechos en juego, termine identificando otros intereses que son independientes o contradictorios (por ejemplo, que si quiere mantener una relación con su padre), lo que seguramente será más difícil que ocurra si no tiene un representante autónomo. Una consecuencia de ello, en mi opinión, es que los tribunales de familia (y la Corporación de Asistencia Judicial y demás instituciones habilitadas para ello deberán solicitar, en su caso) siempre la designación de un representante al niño, salvo en los casos en que esté completamente descartada la existencia de un interés del niño contradictorio o independiente del de sus padres o representantes legales», COUSO, «El Niño Como Sujeto de Derecho y La Nueva Justicia de Familia. Interés Superior Del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho Del Niño a Ser Oído», *Revista de Derechos Del Niño*, nos. 3 y 4, 2006, pp. 147.

⁴³ «El nombramiento de curador ad litem en materias de familia, debería ser la regla general, siendo por tanto excepcional, la representación del padre, la madre o su guardador» GONZÁLEZ VALDERRAMA, «Análisis Crítico Del Rol Del Curador Ad Litem En La Justicia de Familia», *Memoria Académica*, 2017, p. 23.

lo haría un abogado defensor. El fiscal de menores debe evaluar objetivamente la situación, velar por el interés superior del menor y asegurarse de que cualquier intervención sea conforme con los principios legales y derechos fundamentales.

La normativa, consciente de todas las dificultades apuntadas, prevé la participación de terceros que ayuden al juez a adoptar la mejor decisión posible, como los mediadores, los psicólogos, los trabajadores sociales, y a garantizar que los derechos de los menores sean protegidos y respetados en todo momento. En los últimos años han aparecido nuevas instituciones que refuerzan los servicios que se ofrecen a las familias en situaciones de conflicto, como los coordinadores de parentalidad, cuyo origen se encuentra en Estados Unidos pero que comienzan a implementarse en algunos países europeos, como España⁴⁴. Estos profesionales intervienen en situaciones de alta conflictividad entre los progenitores con el objetivo de proteger el interés del menor promoviendo su seguridad emocional y estabilidad y combinando diversas intervenciones, como evaluación, educación, gestión de casos, manejo y resolución de conflictos, y en ocasiones, la toma de decisiones⁴⁵.

En este artículo vamos a centrarnos en la figura del *guardian ad litem* (GAL), aún poco conocido en España, pero de larga trayectoria en países como Reino Unido o Estados Unidos. Es un profesional que tiene como principal función actuar como «representante del niño o niña» en situaciones de conflicto con sus progenitores o guardadores en los procedimientos judiciales⁴⁶. Son abogados, trabajadores sociales o incluso voluntarios certificados que desempeñan un papel crucial al considerar factores relacionados con la salud, el bienestar mental, la seguridad y las relaciones del niño o niña. Estos «defensores» deben ser imparciales y centrarse en el mejor interés del niño, aunque pueden alinearse con los deseos del menor cuando sea apropiado.

2. El GAL en el derecho comparado

2.1. Concepto y orígenes

El GAL es la figura de referencia en la representación de los NNA en los procesos civiles, y especialmente en situaciones de abuso y negligencia, en Estados Unidos, Reino Unido y otros países anglosajones. Son actores clave en el sistema de bienestar de la infancia, ya que pueden «controlar las cuestiones que se debaten en la sala del tribunal y sus recomendaciones influyen en las decisiones judiciales»⁴⁷.

El origen de este representante se encuentra en los primeros sistemas de derecho consuetudinario romano inglés en virtud de los cuales se nombraban tutores para la protección de niños, niñas o incapaces en determinados procedimientos judiciales. En estos casos cuando el NNA era demandado, el tribunal nombraba a un *tutor ad litem* para representarle, y a la

⁴⁴ FARIÑA/PARADA/NOVO/SEIJO, *Revista Acción Psicológica*, vol. 14, 2017, pp. 157 ss.

⁴⁵ BLANCO CARRASCO, *Las Responsabilidades Parentales En Situaciones de Crisis Familiar: Mediación, Puntos de Encuentro y Coordinación de Parentalidad*, Reus, Madrid, 2020.

⁴⁶ RUEGGER, «Seen and Heard but How Well Informed? Children's Perceptions of the Guardian Ad Litem Service», *Children and Society*, vol. 15, no. 3, 2001, pp. 133 ss.

⁴⁷ PHILLIPS/WALSH, «Teaming up in Child Welfare: The Perspective of Guardians Ad Litem on the Components of Interprofessional Collaboration», *Children and Youth Services Review*, vol. 96, 2019, p. 18.

inversa, cuando era demandante, el tribunal nombraba a un «amigo cercano» para representarle⁴⁸. Otros autores sitúan el origen de los GAL en la Inglaterra medieval, donde la tutela, ejercida por un *curator ad litem*, era principalmente para proteger los intereses de los niños que heredaban propiedades, dejando desprotegidos a los niños sin bienes. Esta diferencia en la protección legal se trasladó a las colonias americanas, donde la pobreza se asoció a menudo con la negligencia, requiriéndose la intervención judicial en tales casos⁴⁹.

Es un término que proviene del latín y podría traducirse como el *guardián* o *tutor a medida* o, en inglés *guardian for the suit*⁵⁰ o *guardian for the lawsuit*⁵¹. El término *guardian* se refiere a una persona designada por el tribunal para velar por los intereses de un menor en una acción o procedimiento civil. El término *ad litem* suele traducirse como *a medida, para el litigio o para el caso*, y se utiliza en para referirse a alguien que ha sido nombrado por un tribunal para actuar en un proceso judicial específico en representación de las poblaciones vulnerables⁵².

Este profesional está legalmente obligado a hacer todo lo que esté en su mano para «salvaguardar los intereses» de los NNA⁵³. A la inversa, es obligación del tribunal que el GAL proteja y promueva activamente el interés superior del menor. En ocasiones, también pueden ser nombrados para representar los intereses de personas mayores vulnerables⁵⁴ o con enfermedades mentales o discapacidades⁵⁵. Por ejemplo, el Código de Virginia exige que el tribunal designe a un «abogado discreto y competente» o a otra persona adecuada para proteger los intereses de una persona con discapacidad (Código Va. Code § 16.1-268) estableciendo que «cada GAL deberá fielmente representar el patrimonio de la persona incapacitada para la que ha sido designado, y será obligación del tribunal velar por que los intereses de dicho demandado estén representados y protegidos» (Código Va. Code § 8.01-9).

Tienen la consideración de «representantes independientes» del juzgado o de un *officer of the court* dado que se produce una «transferencia» a este tercero de la obligación del juzgado de velar por el interés del menor. Su principal misión es determinar «de forma independiente los deseos, sentimientos e intereses del niño y presentarlos al tribunal con recomendación»⁵⁶. Entre las tareas que puede desarrollar para alcanzar este fin se encuentran la de investigar el caso, hablar con el menor, sus padres y otros testigos relevantes, y hacer recomendaciones al tribunal basadas en sus hallazgos. El GAL no toma decisiones en nombre del menor, pero proporciona al tribunal una visión independiente sobre lo que podría ser lo mejor para el NNA.

⁴⁸ NATIONAL CENTRE ON CHILD ABUSE AND NEGLECT, U.S. Department of Health and Human Services. U.S. Department of Health and Human services, 1980, p.3.

⁴⁹ VISSING/ KNUDSEN, «Clinical Sociologists as Guardian Ad Litem», *Clinical Sociology Review*, vol. 18, núm. 2, 2023, pp. 109.

⁵⁰ GUIAQUE, *A Manual for Guardians and Trustees of Minors, Insane Persons, Imbeciles, Idiots, Drunkards, and for Guardians and Litem, Residents and Non-Residents Affected by the Laws of Ohio. The Robert Clarke Company*, 1897, p. 270.

⁵¹ McWILLIAMS/HAMILTON, *Irish Journal of Applied Social Studies*, vol. 10, no. 1, 2010, p. 31.

⁵² VISSING/ KNUDSEN, *Clinical Sociology Review*, vol. 18, núm. 2, 2023, p. 113.

⁵³ DONNELLY, *Child Care in Practice*, 16(2), 2010, p. 182.

⁵⁴ GUEST/STALZER/PATTON, «From Need to Policy: Community Supported Development and Implementation of the South Carolina Vulnerable Adult Guardian Ad Litem (SC VAGAL) Program», *Journal of Applied Gerontology* 41 (1), 2022, pp. 46–53. <https://doi.org/10.1177/0733464820978801>.

⁵⁵ EDLICH, «Guardian Ad Litem, a Potentially Expensive Invitation to Either the Mismanagement or Management of Patients with Cognitive Disorders», *Clinical Interventions in Aging*, no. 5, 2010, p. 369.

⁵⁶ McWILLIAMS/HAMILTON, *Irish Journal of Applied Social Studies*, vol. 10, no. 1, 2010, pp. 32.

Se les considera más como un funcionario del juzgado que como una parte en el proceso, siendo responsable no solo ante el niño o niña sino también ante el juzgado⁵⁷. Si los intereses del NNA se ven comprometidos por la negligencia del GAL el tribunal tiene el deber de intervenir y reasumir esas responsabilidades, y aquel puede ser sancionado y considerado responsable los daños sufridos por el menor. A pesar de su nombramiento, el tribunal sigue siendo el responsable y debe supervisar continuamente la actuación del GAL.

Su designación es temporal y de alcance limitado, siendo un representante designado exclusivamente para asistir a un menor o a una persona con discapacidad en un litigio o caso en particular, y su autoridad se limita a ese caso específico. No tiene poderes ni obligaciones antes de su nombramiento ni después del caso. A la inversa, el menor no tiene capacidad legal para renunciar al nombramiento ni el derecho unilateral a destituir a su GAL⁵⁸. El GAL no puede inmiscuirse ni asumir obligaciones relativas a la persona o los bienes del menor. No es el tutor legal del niño o niña, solo un representante temporal para el procedimiento concreto y específico y con unas funciones limitadas.

Son designados en casos judicializados, ya sean de derecho público o privado, especialmente en asuntos familiares como divorcios o disputas por el tiempo de crianza, pero también se pueden nombrar en otros casos donde los abuelos solicitan la custodia o un régimen de visita, así como en órdenes de protección, cuando un progenitor intenta obtener una orden contra otra persona vinculada con el entorno del otro progenitor.

2.2.El GAL en la normativa internacional

En Inglaterra y Gales, la Children Act 1989 establece un marco legal amplio para la representación de menores. La sección 41(2)(b) permite al juez designar un GAL para salvaguardar los intereses del menor, especialmente cuando no está representado por un abogado (Children Act, 1989, sección 41.6), siendo obligatorio en los procedimientos de Derecho público, a menos que considere que no redundaría en el interés del menor, puesto que tienen automáticamente la condición de parte. A diferencia de los tutores, que pueden ser designados por los padres, el GAL solo es nombrado por el juez en procedimientos judiciales, sin tener responsabilidad al margen de lo que ocurra en el proceso judicial⁵⁹. Aunque no define explícitamente a los GAL, la ley establece sus responsabilidades, otorgándoles la «parental responsibility» (secciones 2, 3 y 4). En ciertos casos, el Official Solicitor puede ser designado como GAL, y si lo requiere, el juez puede asignar un abogado adicional (sección 41(4)). En Escocia e Irlanda del Norte existen normas similares bajo la Children Order 1995 y la Adoption Order 1987, que permiten al tribunal nombrar un GAL en procedimientos de derecho público.

⁵⁷ GUIAQUE, *A Manual for Guardians and Trustees of Minors, Insane Persons, Imbeciles, Idiots, Drunkards, and for Guardians and Litem, Residents and Non-Residents Affected by the Laws of Ohio. The Robert Clarke Company*, 1897, p. 271.

⁵⁸ NATIONAL CENTRE ON CHILD ABUSE AND NEGLECT, U.S. Department of Health and Human Services. U.S. Department of Health and Human services, 1980, p.3.

⁵⁹ SORIANO, *Puentes*, núm. 2, 2002, p.58.

En Irlanda del Norte, los GAL suelen ser trabajadores sociales, tras el caso Maria Colwell⁶⁰, y, aunque pueden ser asistidos por abogados, su función es independiente y centrada en el bienestar del menor⁶¹. El CAAB (Children Acts Advisory Board) emitió directrices en 2009 para regular sus obligaciones y deberes, como la reunión periódica con el niño o niña y la presentación de informes al tribunal.

En Estados Unidos, la figura del GAL no está regulada a nivel federal, lo que significa que cada estado tiene sus propias leyes y procedimientos para la designación y determinación de sus funciones, generalmente recogidas en los códigos de familia o en legislaciones sobre menores y procedimientos civiles⁶². A principios del siglo XX, se produjeron avances significativos en la legislación para asegurar la representación legal de los menores. En 1912, la Regla 70 de las Reglas Federales de Equidad permitió a los tutores demandar en nombre de menores y personas incompetentes, incluyendo la figura del GAL, que luego fue formalizada en las Reglas Federales de Procedimiento Civil en 1938. En 1963, Colorado se convirtió en el primer estado en exigir la presencia de un GAL en casos de abuso infantil. En 1967, la Corte Suprema dictaminó, en el caso *in re Gault*⁶³, que los niños tienen derecho a representación legal en procedimientos donde su libertad esté en peligro⁶⁴. Este precedente fue posteriormente el fundamento para justificar que los menores deberían tener representación legal también en otros procedimientos donde se deciden cuestiones cruciales para el bienestar del menor, como en casos de abuso y negligencia⁶⁵. En 1974, la Ley Federal de Prevención y Tratamiento del Abuso Infantil (CAPTA), firmada por el presidente Nixon, exigió a los estados que nombraran un GAL en casos de protección infantil, como condición para recibir fondos federales (sección 4(b)(g), Ley Pública 93-74). Sin embargo, esta norma no especificaba estándares uniformes o criterios de formación para los GAL, lo que llevó a los estados a implementar diferentes enfoques. Debido a los costos

⁶⁰ Maria fue tutelada a los pocos meses de edad por negligencia. Varios años más tarde, su madre se volvió a casar y solicitó que le devolvieran a su hija, que tenía 6 años. A pesar de la resistencia de María a este plan y a su deseo expreso de permanecer al cuidado de sus cuidadores de acogida, fue devuelta a su madre y a su padrastro. María fue asesinada por su padrastro tras un periodo de abuso y abandono. Como consecuencia de la investigación realizada, cuyo informe afirmaba que el tribunal se habría beneficiado significativamente de la evaluación de un trabajador social «independiente» (DONNELLY, *Child in care*, 2010, p. 182), se creó un grupo de Tutores Ad Litem (GAL) en cada una de las jurisdicciones, incluida Irlanda del Norte.

⁶¹ McWILLIAMS/HAMILTON, *Irish Journal of Applied Social Studies*, vol. 10, no. 1, 2010.

⁶² Por ejemplo, en California, el guardian ad litem se rige por el Código de Familia de California, particularmente en la Sección 3150 y siguientes, que establecen el papel del GAL en casos de custodia y otras acciones legales que afectan a menores. En Texas, el papel del guardian ad litem está regulado por el Código de Familia de Texas, especialmente en la Sección 107.001 y siguientes, que describen las responsabilidades y procedimientos para su nombramiento y funciones en casos de custodia y bienestar infantil. En Nueva York, el guardian ad litem se regula en el Artículo 7 de la Ley de Familia, que establece las condiciones para el nombramiento del GAL y sus responsabilidades en procedimientos judiciales que involucren menores.

⁶³ El caso *In re Gault* de 1967 marcó un hito en la protección de los derechos procesales de los menores en Estados Unidos. Gerald Gault, de 15 años, fue arrestado por hacer llamadas telefónicas obscenas, pero sus derechos fueron gravemente violados durante el proceso judicial. Sus padres no fueron informados a tiempo de su detención ni de la audiencia, que se llevó a cabo sin notificarle a Gault su derecho a un abogado o a permanecer en silencio. Fue condenado a seis años en una institución juvenil, un castigo desproporcionado en comparación con la pena que habría recibido como adulto. Los padres de Gault interpusieron un habeas corpus que fue desestimado, pero recurrieron ante la Corte Suprema. Esta última sentenció que los menores tienen derechos procesales fundamentales, como ser informados de los cargos, recibir asistencia legal, controlar la prueba y no declarar contra sí mismos. El tribunal subrayó la importancia de contar con un abogado para garantizar un juicio justo y proteger los derechos del menor.

⁶⁴ VISSING/KNUDSEN, *Clinical Sociology Review*, vol. 18, núm. 2, 2023, p. 110.

⁶⁵ NATIONAL CENTRE ON CHILD ABUSE AND NEGLECT, U.S. Department of Health and Human Services. U.S. Department of Health and Human services, 1980, p.4.

asociados con la contratación de abogados y la falta de financiación adicional posterior al CAPTA, muchos estados comenzaron a utilizar voluntarios o personas sin experiencia legal como GAL. En 1977, el juez del tribunal de menores de Seattle, David W. Soukup, fundó el programa CASA (Court Appointed Special Advocates), que permitió la formación de voluntarios para asumir el rol de GAL, especialmente en casos de protección infantil. Desde entonces, los programas CASA/GAL se han extendido a nivel nacional⁶⁶, y los voluntarios reciben una formación rigurosa para asegurar que puedan desempeñar sus funciones de manera efectiva. Esta diversidad legislativa ha influido en la enorme heterogeneidad que existe en la actualidad en relación a la formación y las funciones del GAL. En general, los GAL pueden ser abogados o voluntarios capacitados (CASA), y deben tener conocimientos adecuados sobre las leyes de familia y el bienestar infantil. Aunque la función principal del GAL es representar los mejores intereses del menor, su enfoque puede variar. En algunos estados, el GAL actúa como un defensor directo, representando los deseos del NNA en el tribunal, mientras que en otros estados se espera que el GAL haga recomendaciones basadas en lo que considera que es el «mejor interés» del menor, independientemente de la voluntad del niño o niña.

En otros países anglosajones también encontramos normativa al respecto. En Canadá, las funciones del GAL varían entre provincias, reguladas por leyes como la *Children and Family Services Act*. En Australia, el GAL es conocido como *Independent Children's Lawyer* en la *Family Law Act* de 1975, siendo el encargado de representar los intereses de los menores en procedimientos de custodia. En Nueva Zelanda, se regula bajo la *Care of Children Act* de 2004 como *court-appointed lawyer*, quien investiga el caso y hace recomendaciones al tribunal.

A pesar de ser una figura de origen anglosajón, en América Latina, también se encuentran instituciones similares, si bien son denominados *curadores ad litem* o *tutores ad litem*. En Argentina, la Ley 26.061 y el Código Civil y Comercial aseguran la asistencia letrada especializada de los menores en cualquier procedimiento. En Chile, el artículo 19 de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, regula la figura del *curador ad litem*, quien será un abogado designado por la Corporación de Asistencia Judicial o cualquier institución pública o privada dedicada a la defensa de los derechos de los menores. Este abogado interviene cuando los menores carecen de representante legal o cuando sus intereses son contradictorios con los de sus representantes⁶⁷. En otros países como Colombia y Perú, existen defensores de familia y curadores *ad litem* con roles similares para garantizar los derechos de los menores⁶⁸.

⁶⁶ <https://nationalcasagal.org/>

⁶⁷ Couso, *Revista de Derechos Del Niño*, 2006.

⁶⁸ En Uruguay, el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 8, reconoce el derecho de los menores a ser escuchados y a recibir asistencia letrada en cualquier procedimiento que los afecte. En caso necesario, el juez puede designar un curador para representar los intereses del menor durante el juicio. El Defensor de Menores está regulado por la Ley 15.739, que establece su intervención para garantizar la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En Colombia, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) regula la figura del Defensor de Familia que representa a los menores en procedimientos judiciales y administrativos cuando no tienen representante legal o este se encuentra incapacitado o ausente. También interviene cuando los representantes legales son los responsables de vulnerar los derechos del menor. En México, el Ministerio Público especializado en derechos de menores y adolescentes está regulado por el Código Civil Federal, la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) y el Código Nacional de Procedimientos Penales y tiene la responsabilidad de proteger los derechos del menor y representar sus intereses en procedimientos judiciales. En Uruguay, el Defensor de Menores está regulado por la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 15.739) y su función es representar y proteger los intereses de los menores en el ámbito judicial.

3. Funciones, dificultades y propuestas de mejora

3.1. Principales funciones

El GAL se presenta como un representante independiente cuya principal función es la defensa de los derechos de los NNA, ejerciendo un papel activo a la hora de garantizar que son escuchados. A pesar de que a lo largo de este artículo se hace referencia constante a la función de representación del GAL no se alude a la representación legal en un sentido técnico, como fenómeno jurídico en virtud del cual el representante o representantes, generalmente los progenitores, sustituyen a sus hijos e hijas menores de edad a la hora de adoptar decisiones en los asuntos que les afecten, siempre en interés de éste. El GAL, asume una función de representación más parecida a la de un abogado o defensor del NNA, puesto que, según veremos más adelante, no puede adoptar decisiones en nombre del NNA que luego tendrán efectos en su esfera jurídica. El interés de los niños y niñas es la pieza clave en su intervención, siendo una de sus funciones esenciales hacer llegar a los jueces, o personas encargadas de la toma de decisiones, sus deseos y las posibles medidas a adoptar. Por esta razón el GAL es definido por parte de la doctrina como los «ojos del tribunal» o un «investigador con voz independiente»⁶⁹. En su intervención no se limita a recoger los deseos del NNA y transmitirlos al juzgado (informar) sino que tiene también la capacidad de recopilar toda la información posible tanto del entorno familiar como de otros profesionales (investigar) y debe hacer recomendaciones (asesorar) a la persona que deba adoptar la decisión sobre el litigio. Se señalan dos objetivos esenciales en la función del GAL⁷⁰: obtener una comprensión clara de la situación y las necesidades del NNA, y hacer recomendaciones al tribunal sobre lo que considera mejor para sus intereses. Las tareas que se encomiendan a estos profesionales son diversas según el modelo que se asuma, pero todas ellas incluyen: investigar el caso para proporcionar información independiente y objetiva al tribunal; hacer un seguimiento que permita asegurar el cumplimiento de las órdenes judiciales; valorar si se están ofreciendo servicios adecuados al NNA y a la familia y preparar informes escritos periódicos para el tribunal y las partes involucradas en el caso⁷¹.

Para desempeñar sus funciones, el GAL debe reunir y analizar exhaustivamente todos los informes y evaluaciones relevantes, valorando la eficiencia de la investigación en relación con los intereses del menor. Una vez recopilada la información, el GAL debe integrarla para determinar si existe un riesgo inmediato para el niño, si las lesiones sufridas o el comportamiento parental constituyen abuso o negligencia según la legislación estatal, y cuáles son las necesidades físicas, psicológicas y evolutivas del menor. Si el entorno familiar representa un peligro, el GAL puede solicitar al tribunal medidas provisionales, como la custodia temporal, hasta que se adopte una resolución judicial definitiva. El GAL desempeña un rol activo en los procedimientos judiciales. En la mayoría de los estados, tiene la facultad de

⁶⁹ VISSING/KNUDSEN, *Clinical Sociology Review*, vol. 18, núm. 2, 2023, p. 113.

⁷⁰ CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, «Representation of Children in Child Abuse and Neglect Proceedings», 2021, p.1.

⁷¹ CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, «Representation of Children in Child Abuse and Neglect Proceedings», 2021, p.5 El modelo desarrollado por el National CASA/GAL es muy similar, identificando cinco tareas: Aprender todo sobre el niño, su familia y su vida; Relacionarse con el niño durante visitas regulares; Hacer recomendaciones sobre los mejores intereses del niño, incluyendo su ubicación y los servicios necesarios; Colaborar con otros para asegurar que el niño reciba los servicios necesarios e Informar observaciones y otros datos al tribunal. <https://nationalcasagal.org/our-work/the-casa-gal-model/>

interrogar y contrainterrogar a los testigos tanto de la parte demandante como de la demandada, así como de presentar sus propios testigos, informes y evaluaciones e, incluso, negociar o mediar⁷². Al concluir el proceso, el GAL puede formular recomendaciones al tribunal si bien éste no está obligado a acogerlas. La medida en que las recomendaciones sean aceptadas depende de la habilidad del GAL para explorar las complejidades del caso, realizar una investigación independiente y justificar adecuadamente sus propuestas ante el tribunal⁷³.

3.2. La función de representación: defensor, mentor o abogado

a. Diferencias entre los GAL y los CASAs

En Estados Unidos la legislación de casi todos los estados reconocen la necesidad de que se nombre a un representante independiente para el NNA, pero varían a la hora de designar a este profesional⁷⁴. El Consejo Nacional de Jueces de Tribunales de Menores y de Familia señala tres formas de representar los intereses de un NNA, pudiendo en algunos supuestos trabajar dos o más de estos representantes en el mismo caso:

- Se puede nombrar a un GAL (*Guardian ad Litem*) para investigar y defender el interés del NNA.
- Se puede nombrar a un abogado para el niño o niña, CA (*Children Attorney*), que defiende su posición y deseos ante el tribunal.
- Se puede nombrar a un CASA (*Court Appointed Special Advocate*) para asistir al tribunal investigando las circunstancias del niño y proporcionando recomendaciones sobre cómo satisfacer las necesidades del niño o niña. En algunos casos, un CASA puede actuar como el GAL.

Los modelos y los protocolos de actuación de los GAL no son homogéneos y según el estado se desarrollan más o menos funciones por estos profesionales. Así, por ejemplo, veintinueve estados y el Distrito de Columbia requieren que el GAL informe al tribunal sobre los deseos del niño o niña, mientras que en dieciséis estados y Washington DC, se puede designar a un abogado separado para representar sus deseos o intereses. Aunque algunos estados, como Idaho, Nuevo México, Carolina del Sur, Alabama y Delaware, permiten asignar a una sola persona el mismo rol de GAL y CASA, con los dilemas que esto suele plantear, no es mayoritaria esta posibilidad, de forma que generalmente cada uno desarrollará un rol distinto⁷⁵.

⁷² FREED, «How My Role as a Guardian Ad Litem Has Changed with the Increase of Mental Health Diagnoses in Adolescents», *Family Court Review*, vol. 61, no. 3, 2023, pp. 507 ss.

⁷³ NATIONAL CENTRE ON CHILD ABUSE AND NEGLECT, U.S. Department of Health and Human Services. U.S. Department of Health and Human services, 1980, p.4.

⁷⁴ NATIONAL CENTRE ON CHILD ABUSE AND NEGLECT, U.S. Department of Health and Human Services. U.S. Department of Health and Human services, 1980, p.3. VISSING/KNUDSEN, *Clinical Sociology Review*, vol. 18, núm. 2, 2023, resumen la situación actual indicando que los 50 estados de USA y el Distrito de Columbia asignan representación legal a los niños en casos de abuso y negligencia, y aproximadamente 41 estados designan un guardián ad litem (GAL) para representar los mejores intereses del menor. En 16 de estos estados, el GAL debe ser un abogado. Ocho estados requieren que un niño tenga tanto un abogado como un GAL. En otros estados, voluntarios que no son abogados, como los CASAs, pueden desempeñar el papel de GAL. Otros GAL pueden ser trabajadores sociales profesionales, psicólogos, clínicos, o expertos en desarrollo infantil de alto nivel si están capacitados. Existen 939 organizaciones estatales de GAL y CASA en 49 estados, compuestas por casi 98,000 voluntarios que sirven a 242,000 niños anualmente. Dakota del Norte es el único estado sin un programa CASA.

⁷⁵ VISSING/KNUDSEN, *Clinical Sociology Review*, vol. 18, núm. 2, 2023, p. 106.

Ante este panorama tan variado y diverso, las asociaciones y entidades han ofrecido guías o protocolos para tratar de dilucidar las diferencias entre estos profesionales⁷⁶. En la mayoría de los casos los GAL son abogados y desarrollan actuaciones de naturaleza legal, lo que significa que, junto con su deber de investigar el caso, pueden hacer objeciones, presentar mociones, proporcionar pruebas y participar en juicios. Es responsabilidad del GAL asegurarse de que el tribunal tenga todos los hechos y opiniones relevantes en todas las audiencias y etapas del proceso. Un CASA, por lo general, es un voluntario que proviene de diversos ámbitos, no necesariamente abogado, que desarrolla una función a tiempo parcial y con formación legal (30 horas de formación y 12 horas de educación continua anualmente).

Aunque técnicamente es posible que un niño o niña tenga tanto un GAL como un CASA, esto no es común⁷⁷. La principal diferencia es que el puesto de GAL es remunerado, mientras que los CASAs son voluntarios capacitados. Los GAL trabajan en una variedad de casos de derecho familiar, pero los CASA solo son asignados a casos de abuso o negligencia en el Tribunal de Familia.

Los GAL deben ser imparciales en su actuación y utilizan principalmente entrevistas e informes de otros profesionales para hacer sus recomendaciones. Un voluntario CASA tiene acceso y utiliza tales informes, pero sus recomendaciones se basan en la relación de confianza construida con el NNA, puesto que generalmente actúan como mentores durante al menos quince horas al mes con un NNA, y utilizan esta relación como base para la defensa, informando al tribunal sobre sus evaluaciones y recomendaciones a través de un informe escrito en cada audiencia⁷⁸. El GAL también tiene la responsabilidad de construir una relación de confianza con el NNA, pero están obligados a visitarlo una vez cada 3 meses, mientras que los voluntarios CASA ven al niño o niña al menos dos veces al mes.

b. Diferencias entre el GAL y el abogado de niño o niña.

Especialmente importante es distinguir la función del GAL de la del abogado que se pueda nombrar al menor, CA (*Children Attorney*), máxime cuando la formación de origen del GAL suele ser también jurídica y puede ser un abogado en ejercicio.

La principal diferencia radica en que mientras el GAL utiliza su juicio independiente para determinar el interés superior del NNA, el abogado defiende lo que el cliente considera que es su propio interés⁷⁹. La literatura ha identificado estos roles como dos formas distintas de ejercer la abogacía: una centrada en el cliente (*client-directed approach*) y otra centrada en el mejor interés del cliente (*best-interest approach*). El enfoque centrado en el cliente requiere que el abogado persiga los objetivos jurídicos elegidos por el éste, mientras que el enfoque centrado en el mejor interés del cliente implican la adopción de medidas que pueden coincidir o no con sus

⁷⁶ <https://nationalcasagal.org/>

⁷⁷ VISSING/KNUDSEN, *Clinical Sociology Review*, vol. 18, núm. 2, 2023, p. 103.

⁷⁸ Asociación Nacional CASA/GAL: «Pasar tanto tiempo con el joven permite a los voluntarios CASA ganar la confianza del niño y comprender las complejidades del caso para hacer la mejor recomendación. La relación formada también brinda la oportunidad de participar en una variedad de experiencias positivas que promueven el crecimiento y desarrollo personal del joven». <https://www.casadc.org/post/what-is-the-difference-between-a-gal-and-a-casa>

⁷⁹ NATIONAL CENTRE ON CHILD ABUSE AND NEGLECT, U.S. Department of Health and Human Services. U.S. Department of Health and Human services, 1980, p.1.

deseos. Este enfoque debe tener en cuenta factores biopsicológicos, socioemocionales y otros factores evolutivos del NNA, siendo el abogado quien determina los objetivos de la representación basándose en la investigación del caso y en la aplicación de la ley.

Otra importante diferencia reside en la obligación de confidencialidad. En su intervención el GAL debe representar el «interés superior» del menor y hacer recomendaciones al tribunal, pero no existe un privilegio legal de confidencialidad entre el GAL y el cliente. Por el contrario, un abogado (CA) debe representar los deseos del menor siempre que estos no sean ilegales, y esta relación goza de secreto profesional.

En Estados Unidos, varios estados emplean modelos híbridos⁸⁰ donde el abogado o GAL desempeña ambas funciones, a menos que el interés expreso del menor y la posición del defensor difieran⁸¹. Expertos y profesionales han analizado los pros y contras de ambos tipos de representación⁸². La American Bar Association (ABA) apoya el enfoque centrado en el cliente (client-directed approach) para la práctica legal con NNA en casos de protección infantil, entendiendo que facilita su empoderamiento y les da voz en los procesos que les afectan y sobre todo distingue la intervención de éste frente al GAL. Afirma la ABA que «los abogados, ya sean contratados personalmente o designados por el tribunal, están allí para defender con firmeza los deseos de sus clientes, sean cuales sean esos deseos. La opinión del abogado sobre la situación no importa; están allí para representar a su cliente. Esto diferencia a un abogado de un guardian ad litem, quien está allí para representar los mejores intereses del representado. El estándar de 'mejores intereses' es subjetivo, basado más en lo que el representado puede necesitar que en lo que pueda desear»⁸³. En los últimos años, la tendencia ha favorecido la representación mediante abogado frente a la representación a través del GAL por varios motivos. En primer lugar, los abogados (CA) se centran en el derecho de los NNA a ser escuchados y a tener voz en los procedimientos. En segundo lugar, el código deontológico del abogado obliga a seguir las directrices del cliente y no a tomar decisiones por él. No obstante, también se encuentran dificultades, puesto que este tipo de representación no es viable para los niños y niñas más pequeños que no pueden hablar o son demasiado jóvenes para comprender los procedimientos, lo que puede significar demasiada responsabilidad para ellos⁸⁴.

Los argumentos a favor del GAL se basan, precisamente, en que su intervención libera a los menores de la responsabilidad de tomar decisiones vitales importantes, dejando éstas en manos de adultos que deben considerar sus deseos e intereses. En su intervención debe considerar factores relacionados con la salud, su bienestar mental, su seguridad y sus relaciones. También es cierto que, a pesar de la obligación de imparcialidad, la «interpretación» que pueda hacer el GAL de estos factores podría estar influenciada por sus propios prejuicios, lo que podría impedir una verdadera escucha de los deseos del menor. En estados como Florida, si hay un

⁸⁰ La ABA ha publicado una Ley Modelo sobre Representación de Menores, así como estándares de práctica para abogados que representan a niños en casos de abuso y negligencia (ABA, 1999). De igual modo, la National Association of Abogados de Menores (NACC) ha publicado recomendaciones para la representación de menores en estos casos.

⁸¹ MILLER, J. Jay, DONAHUE-DIOH, Jessica, & OWENS, Larry, *Children and Youth Services Review*, vol. 115, marzo de 2020, p. 2.

⁸² DUCHSCHERE/BECK/STAHL, *Juvenile and Family Court Journal*, 68(2), 2017, p. 34.

⁸³ MILLER/DONAHUE-DIOH, OWENS, *Children and Youth Services Review*, vol. 115, marzo de 2020, p.2.

⁸⁴ MILLER/DONAHUE-DIOH, OWENS, *Children and Youth Services Review*, vol. 115, marzo de 2020, p. 2 ss.

conflicto entre el niño y el GAL, los tribunales deben nombrar un *abogado ad litem* que represente los deseos del NNA⁸⁵.

A pesar de todas estas diferencias, también pueden señalarse muchas coincidencias entre ambas formas de representación. Ambos profesionales tienen como objetivo garantizar la seguridad de sus clientes, teniendo en cuenta los deseos de los menores y sus intereses, aunque en ocasiones éstos no puedan ser legalmente satisfechos. El trabajo del representante del menor consiste en encontrar la coincidencia entre los deseos del niño y el objetivo legal de la seguridad y trabajar con él para encontrar el mejor posible que sea compatible con ambos⁸⁶. Tanto GAL como abogados coinciden en que escuchar a cada niño o niña es fundamental y destacan la necesidad de recabar toda la información posible y contactar con todos los profesionales que trabajan con los NNA. Con tantas voces ante el tribunal, la intervención del representante se hace más vital para garantizar que la voz del niño sea escuchada y respetada, independientemente de si se trata de un GAL o un abogado del NNA⁸⁷.

3.3. La formación del GAL: jurista o experto

En muchos países el debate está abierto en torno a si los NNA necesitan un GAL o si por el contrario necesitan a su propio abogado o letrado (CA), llegando a defenderse incluso que debería contar con ambos en determinadas situaciones y especialmente en procesos sobre abusos o negligencia parental⁸⁸. Si bien en un inicio se priorizaba que los GAL fueran abogados al tener que representar a los NNA en los casos más difíciles, la falta de estos profesionales en el sistema de protección infantil hizo necesario reclutar otros profesionales y voluntarios para garantizar el éxito y el futuro del programa⁸⁹. Por esta razón, en la actualidad, los requisitos de formación para ser un GAL varían según el país, e incluso según el estado o región. En muchos estados de Estados Unidos el término GAL se reserva únicamente para aquellos que son abogados, mientras que el resto se denominan defensores especiales y pueden provenir de cualquier otra profesión siempre se sean debidamente seleccionados y formados. En algunos estados, como Florida, el programa GAL se basa principalmente en voluntarios⁹⁰ no remunerados que provienen de una variedad de profesionales, incluyendo abogados voluntarios⁹¹. En el Reino Unido se apuesta por un trabajador social u otro especialista en atención infantil con experiencia de cinco años en el trabajo con niños y en sistemas de protección y bienestar infantil⁹². En Chile, la figura del *curador ad litem* en los tribunales de familia exigen que sea un abogado, perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa promoción o protección de sus derechos, según el artículo 19 de la Ley de Tribunales de Familia⁹³.

⁸⁵ COOLEY/THOMPSON/COLVIN, «A qualitative examination of recruitment and motivation to become a Guardian ad Litem in the child welfare system», *Children and Youth Services Review*, 99 (November 2018), 2019, p. 116.

⁸⁶ DUCHSCHERE/BECK/STAHL, *Juvenile and Family Court Journal*, 68(2), 2017, p. 48.

⁸⁷ DUCHSCHERE/BECK/STAHL, *Juvenile and Family Court Journal*, 68(2), 2017, p. 49.

⁸⁸ NATIONAL CENTRE ON CHILD ABUSE AND NEGLECT, U.S. Department of Health and Human Services. U.S. Department of Health and Human services, 1980, p.1.

⁸⁹ COOLEY/THOMPSON/COLVIN, *Children and Youth Services Review*, 99 (November 2018), 2019, p. 116.

⁹⁰ PHILLIPS/WALSH, *Children and Youth Services Review*, vol. 96, 2019, p. 18.

⁹¹ COOLEY/THOMPSON/COLVIN, *Children and Youth Services Review*, 99 (November 2018), 2019, p. 115.

⁹² MCWILLIAMS/HAMILTON, *Irish Journal of Applied Social Studies*, vol. 10, no. 1, 2010, p. 33.

⁹³ El artículo 19 de la Ley 19.968 de 30 de agosto de 2004 que crea los tribunales de familia establece que «el juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución

En la mayoría de los estados se especifican las cualificaciones y formación necesarias para las personas asignadas para representar a un NNA⁹⁴. En los estados que requieren un abogado, algunos no exigen formación adicional específica, mientras que otros sí tienen requisitos de formación detallados. Para los no abogados que actúan como GAL o CASA (Court Appointed Special Advocate), muchos estados requieren un programa de formación inicial y formación continua sobre temas como abuso infantil, desarrollo infantil, roles del defensor, conciencia cultural y el proceso del tribunal de menores. Además, en algunos estados se exigen verificaciones de antecedentes penales y en registros de abuso infantil y delincuentes sexuales para los voluntarios.

Esta diversidad normativa enciende el debate sobre si el GAL debería ser un jurista o licenciado en derecho.

Entre los argumentos que se esgrimen para defender que el GAL debe ser un abogado se señalan, en primer lugar, el derecho del NNA a una defensa letrada. Parece complicado entender, como opinan algunos expertos, que un niño o niña tenga derecho a una representación independiente en los casos penales, en los que su libertad peligra, pero no en los casos civiles, en los que lo que está en peligro es su integridad física, psíquica o emocional. Por ello muchos abogan para que el GAL sea un jurista, especialmente aquellos que atienden a jóvenes o casos especialmente difíciles⁹⁵. Cualquier sistema saludable de bienestar del menor debe integrar las funciones de asesoramiento y representación de los NNA en el foro judicial. Esta función es mejor desempeñada por un abogado que actúe en el papel tradicional de defensor en un contexto adversarial. En segundo lugar, la necesidad de que el representante cuente con habilidades legales. En procedimientos judiciales complejos, donde otras partes están representadas por abogados, es fundamental que el NNA también tenga un representante con habilidades legales equivalentes. Un abogado tiene el conocimiento de la ley, la capacidad de proteger al NNA de acciones arbitrarias o prejuicios, puede explicar las leyes y las alternativas disponibles de manera clara, tiene la capacidad de convocar testigos, realizar una investigación previa al juicio, interrogar a testigos, presentar pruebas, y apelar decisiones. Un GAL sin formación legal puede no estar familiarizado con todas las acciones posibles para proteger estos derechos.

En contra de la necesidad de que el GAL tenga formación jurídica se esgrimen estos dos argumentos. El primero es que la principal función de los GAL es hacer llegar a los juzgados los deseos de los NNA que representan, sin filtros ni interpretaciones de ningún tipo, si bien luego deberán hacer una valoración independiente de la situación en su conjunto. La segunda, que el ejercicio tradicional de la abogacía en este tipo de casos podría llevar al abogado a defender lo indefendible, es decir, a defender el deseo de un niño o niña que ha sido abusado de regresar a

pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal.

⁹⁴ CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, «Representation of Children in Child Abuse and Neglect Proceedings», 2021, <https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/represent/>

⁹⁵ MILLER/DONAHUE-DIOH, OWENS, *Children and Youth Services Review*, vol. 115, marzo de 2020.

su casa, lo que supondría exponerle a un daño aún mayor por lo que algunos procesos exigen que los abogados ocupen una posición sustancialmente diferente a la de un abogado tradicional.

Para concluir, podemos indicar que la mayoría de los expertos apoyan que el representante debería tener formación legal, pero, además y casi es más importante, otro tipo de habilidades y conocimientos esenciales para poder desarrollar de forma adecuada sus funciones, como la capacidad para trabajar en equipo⁹⁶ y en entornos interdisciplinarios, la formación en materias no jurídicas vinculadas a la infancia y la adolescencia y la formación en la elaboración de informes o recomendaciones que puedan tener un impacto a la hora de mejorar la vida de los NNA⁹⁷. Los representantes de menores deben entender los problemas de desarrollo, psicológicos y sociales que existen en los casos de dependencia, abusos o negligencia⁹⁸. Esta formación debe seguir un modelo multidisciplinar que emplee principios fundamentales del derecho y el trabajo social⁹⁹. También sería esencial ofrecer formación continua a los profesionales que ejercen como defensores de menores en los procesos judiciales¹⁰⁰.

3.4. Financiación y retribución

Los programas de GAL y CASA en Estados Unidos se financian principalmente a través de fondos estatales y federales, pero también pueden recibir donaciones privadas y, en ocasiones, se puede ordenar por el juez sufragar los gastos del GAL por uno o los dos progenitores en casos de disputas sobre la custodia de los menores¹⁰¹. Más concretamente los CASA reciben aproximadamente \$12 millones al año, autorizados por la Ley de Violencia contra la Mujer (VAWA) y administrados por la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia (OJJDP) del Departamento de Justicia de EE. UU. También reciben financiación a través del Fondo para Víctimas de Crimen, establecido por la Ley de Víctimas de Crimen de 1984 (VOCA). Este fondo, compuesto de multas y decomisos por delitos federales, distribuyó más de \$83 millones a 500 programas estatales y locales en 2020. En la medida en que puedan hacerlo, el tribunal puede exigir al padre, tutor u otra parte que reembolse al tribunal por los honorarios del abogado o del GAL que se hayan pagado. En Tennessee y Samoa Americana, la persona responsable del abuso o negligencia debe cubrir estos gastos. Como los CASAs (Court Appointed Special Advocates) son voluntarios, no reciben compensación, sin embargo, en Maine y Missouri, pueden ser reembolsados por cualquier gasto que incurra.

⁹⁶ PHILLIPS/WALSH, *Children and Youth Services Review*, vol. 96, 2019.

⁹⁷ FREED, *Family Court Review*, vol. 61, no. 3, 2023.

⁹⁸ DUCHSCHERE/BECK/STAHL, *Juvenile and Family Court Journal*, 68(2), 2017, p. 49.

⁹⁹ MILLER/DONAHUE-DIOH/OWENS, *Children and Youth Services Review*, vol. 115, marzo de 2020, p.7.

¹⁰⁰ FREED, *Family Court Review*, vol. 61, no. 3, 2023.

¹⁰¹ VISSING/KNUDSEN, *Clinical Sociology Review*, vol. 18, núm. 2, 2023, p. 104.

En Irlanda del Norte, la sección 26 de la Children (Care and Protection) Act 1991¹⁰² establece que los servicios del GAL serán cubiertos por la junta de salud correspondiente. Esta Junta, a su vez, puede pedir al tribunal que determine o evalúe el monto de los costos o gastos incurridos, pudiendo el tribunal ordenar a otras partes en el procedimiento que reembolsen a la junta de salud los costos que ésta ha cubierto por el GAL, si así lo solicita.

A pesar de todo esto, la financiación no es suficiente y las compensaciones por estos trabajos suelen ser bajas, lo que puede afectar a la representación legal de los NNA. Aunque en teoría los honorarios legales no deberían impactar la calidad de la representación que reciben los jóvenes, en la práctica, esta tarifa puede influir en los abogados dispuestos a aceptar este tipo de nombramientos o en la prioridad que se le da a estos casos¹⁰³.

3.5. Eficacia y propuestas de mejora

Aunque no existen muchos estudios concluyentes que demuestren la utilidad inequívoca del GAL en la defensa de los intereses de los niños, niñas y adolescentes (NNA) en los procesos judiciales, los estudios disponibles proporcionan información valiosa sobre su efectividad y las áreas de mejora.

En Estados Unidos el *Child Abuse Report* de 1972 concluyó que este sistema creado por la Ley del Tribunal de Familia de Nueva York (1962) había fallado, especialmente en las zonas urbanas, donde los GAL son generalmente abogados, al constatar que realizaban menos investigaciones previas al juicio y adoptaban un rol pasivo en la toma de decisiones, frente a los GAL de las zonas rurales, que no solían ser abogados, y eran más activos en la investigación y defensa de los intereses de los menores¹⁰⁴. La respuesta a este informe fue, en lugar de mejorar el sistema de GAL, la creación de la figura del *Children's Attorney* (fiscal de menores) con el objetivo de investigar de manera exhaustiva los casos de abuso y negligencia, actuando como «parte necesaria» en los procesos judiciales relacionados con maltrato infantil. En el Condado de King, Washington (1977), se introdujo un servicio de GAL basado en la participación de voluntarios capacitados, quienes, bajo la supervisión de abogados, ofrecían una representación activa y exhaustiva en procesos de abusos o negligencias. Aunque el servicio recibió evaluaciones positivas, surgieron dos preguntas importantes: si los GAL representar adecuadamente a los NNA no siendo abogados y si los GAL podían mantener la independencia necesaria para actuar objetivamente en beneficio de los menores. Es destacable también el

¹⁰² sección 26 de la Children Care Act (17/1991) establece que: «(1) Si en cualquier procedimiento bajo la Parte IV (care proceedings) o VI (jurisdiction and procedure) el niño al que se refieren los procedimientos no es parte del mismo, el tribunal puede, si está convencido de que es necesario en el interés del niño y en el interés de la justicia hacerlo, nombrar un guardian ad litem para el niño. (2) Los costos incurridos por una persona al actuar como guardian ad litem bajo esta sección serán pagados por la junta de salud correspondiente. La junta de salud puede solicitar al tribunal que determine o evalúe el monto de dichos costos o gastos. (3) El tribunal que haya dictado una orden bajo el inciso (1) puede, a solicitud de una junta de salud, ordenar a cualquier otra parte en los procedimientos en cuestión que pague a la junta cualquier costo o gasto que deba ser pagado por esa junta bajo el inciso (2). (4) Cuando un niño respecto del cual se ha hecho una orden bajo el inciso (1) se convierta en parte de los procedimientos en cuestión (ya sea por virtud de una orden bajo la sección 25 (1) o de otro modo), dicha orden dejará de tener efecto».

¹⁰³ MILLER/DONAHUE-DIOH./OWENS, *Children and Youth Services Review*, vol. 115, marzo de 2020.

¹⁰⁴ NATIONAL CENTRE ON CHILD ABUSE AND NEGLECT, U.S. Department of Health and Human Services. U.S. Department of Health and Human services, 1980.

Informe del Instituto Regional de Bienestar Social (1979)¹⁰⁵ cuya recomendación final fue la creación de un modelo que incluyera abogados y voluntarios altamente capacitados para asistir en las investigaciones previas al juicio, y sugirió que un GAL independiente debería ser responsable del caso, pero asistido por profesionales no jurídicos y voluntarios para reducir costos y mejorar la efectividad del sistema. Además de los informes gubernamentales, la literatura también ha sugerido varias mejoras, como la necesidad de controlar los costes asociados a la intervención del GAL, especialmente en casos de adultos con discapacidades¹⁰⁶, afirmando que los solicitantes en casos de GAL deberían asumir una parte de los costes, lo que podría disuadir peticiones innecesarias.

En el Reino Unido, el plan de Estrategia Nacional para la Infancia (2000) llevó a una revisión del servicio de GAL encargada por la Oficina Nacional para la Infancia (*National Children's Office*) en 2003. Este informe reconoció que los GAL desempeñaban un papel crucial en la defensa de los intereses de los NNA, especialmente en los casos de acogida y que en la mayoría de los casos reforzaban las posturas de los trabajadores sociales, lo que permitía que los procesos judiciales avanzaran con mayor claridad y orientación¹⁰⁷. Sin embargo, los resultados de un estudio en el que se entrevistaron a 47 niños y niñas de entre 7 y 16 años en condados del norte y sur de Londres revelaron que los NNA estaban insatisfechos con la confidencialidad de los GAL, ya que éstos compartían información privada con otras partes del proceso judicial, como sus sentimientos hacia sus padres biológicos. Los niños y niñas también expresaron frustración porque el tribunal no siempre respetaba su opinión sobre dónde preferían vivir¹⁰⁸. Se ha señalado también una falta de coherencia en cuanto al nombramiento de GAL en Reino Unido, ya que en el 60% de los casos en los que debería haberse requerido un GAL, no se hizo debido a la falta de disponibilidad o al desconocimiento del proceso por parte de algunos jueces. Además, se observaron importantes diferencias en la formación de los GAL, puesto que aquellos empleados en agencias públicas recibían una formación más adecuada en comparación con los GAL privados. Para abordar estos problemas, se sugirió la creación de organismos independientes como CAFCASS (Child and Family Courts Advisory and Support Service) en Inglaterra y NIGALA (Northern Ireland Guardian Ad Litem Agency) en Irlanda del Norte, para garantizar la independencia y una formación adecuada de los GAL¹⁰⁹.

4. El GAL en el sistema español.

4.1. Análisis terminológico.

Cada ordenamiento jurídico cuenta con su propio lenguaje, producto de la evolución, la historia y la cultura del país o región, por lo que los conceptos jurídicos no son unívocos entre dos lenguas. Por esta razón la función de traducción de un término jurídico no puede limitarse a

¹⁰⁵ A pesar de la obligación legal de nombrar un GAL en casos de abuso o negligencia, solo se nombraron en el 50% de los casos. La mayoría de los GAL eran abogados (más del 75%), y un pequeño porcentaje eran trabajadores sociales o voluntarios. Un tercio de los jueces opinaba que no debería ser obligatorio nombrar un GAL en todos los casos, sino que debería ser una decisión discrecional.

¹⁰⁶ EDLICH, *Clinical Interventions in Aging*, no. 5, 2010, pp. 369 ss.

¹⁰⁷ McWILLIAMS/HAMILTON, *Irish Journal of Applied Social Studies*, vol. 10, no. 1, 2010.

¹⁰⁸ VISSING/ KNUDSEN, *Clinical Sociology Review*, vol. 18, núm. 2, 2023.

¹⁰⁹ NICHOLL/SHELDON/BEST, «An Evaluation of Social Work Practice in the Northern Ireland Guardian Ad Litem Agency in Working with Children and Families from Black Minority Ethnic Communities», *Child Care in Practice* 22 (4), 2016, pp. 335 ss.

traducir el texto, sino que debe realizarse buscando, como afirma Soriano, un «equivalente funcional»¹¹⁰ en los distintos ordenamientos jurídicos, siguiendo la labor desarrollada por la Internationales Institut für Rechts- und Verwaltungssprache de Berlín. El proceso, seguido por la referida autora, encuentra los equivalentes mediante la identificación de las características esenciales y accidentales de dos conceptos jurídicos de ordenamientos diferentes. Si las características esenciales y la mayoría de las accidentales coinciden serán términos equivalentes funcionales, mientras que, si solo coinciden algunas características esenciales o accidentales, no habrá equivalencia.

Soriano ha realizado este ejercicio, buscando un término equivalente al del GAL del Reino Unido e Irlanda en España. Para ello ha analizado los sistemas de protección de niños y niñas en función de los siguientes aspectos: a) el objeto de cada organismo tutelar, es decir, el porqué de su constitución; b) el sujeto pasivo de dicho organismo; c) el sujeto activo; d) quién puede promover la constitución del organismo en cuestión, es decir, quién puede pedir que se establezca; y e) cómo se constituye¹¹¹. Tras el análisis realizado, la autora considera que el guardian ad litem del Reino Unido e Irlanda equivale al defensor judicial en el ordenamiento jurídico español. También parece entenderlo así González cuando afirma que lo que en Chile se denomina curador ad litem es, en España, el defensor judicial¹¹².

En opinión de Soriano ambos términos coinciden básicamente en su objeto, aunque el campo de actuación del defensor judicial sea más amplio y menos preciso que el del GAL. En general no se aprecian grandes diferencias en cuanto a quiénes son las personas que pueden promover su constitución, ya que en ambos casos puede hacerlo cualquier persona que tenga un interés en el bienestar del menor, y que tanto el defensor judicial como el GAL pueden ser nombrados de oficio por el juez. Así mismo el procedimiento de constitución es básicamente el mismo en ambos casos, salvando, eso sí, las diferencias existentes en los dos ordenamientos jurídicos¹¹³. Entiende la autora que realmente son términos parcialmente equivalentes¹¹⁴ al existir alguna diferencia, no esencial, entre ambas, siendo la principal que el GAL debe ser necesariamente un abogado, algo que, como hemos visto no es así en otros países como Estados Unidos.

4.2. Análisis jurisprudencial

Con el objetivo de conocer el grado de conocimiento y aplicación de esta figura profesional en nuestros juzgados, se ha realizado una búsqueda en la base de datos del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) de los términos «guardian ad litem», «curador ad litem», y «defensor ad litem». La búsqueda se realizó sin limitaciones temporales ni restricciones por

¹¹⁰ SORIANO, *Puentes*, núm. 2, 2002.

¹¹¹ SORIANO, *Puentes*, núm. 2, 2002, p. 57.

¹¹² GONZÁLEZ VALDERRAMA, «Análisis Crítico Del Rol Del Curador Ad Litem En La Justicia de Familia», *Memoria Académica*, 2017, p. 89.

¹¹³ SORIANO, *Puentes*, núm. 2, 2002, p. 58.

¹¹⁴ Advierte la autora de que deberemos «ser conscientes de las diferencias existentes entre ambos y que su utilización podría conducir a una posible confusión, con lo cual, cabría plantearse recurrir a distintas estrategias de traducción, acordes con nuestro encargo, como pudieran ser, por ejemplo, añadir una explicación de las diferencias entre uno y otro término, y que pudieran paliar, al menos en cierto modo, las deficiencias de equivalencia con las que nos encontramos en este caso. Dependerá, de nuevo, del criterio de cada traductor y del caso concreto con el que nos encontremos». SORIANO, *Puentes*, núm. 2, 2002, p. 59.

materia, con el objetivo de obtener un panorama completo del uso de estos términos en el contexto legal español.

En primer lugar, el término «*guardian ad litem*», que es ampliamente utilizado en los sistemas legales anglosajones, no arrojó ningún resultado en la base de datos en su forma original, pero sí su «traducción» española, puesto que el término «guardián ad litem» obtuvo tres resultados. En estas tres sentencias, de contenidos muy similares, se recogen los criterios que la jurisprudencia tiene en cuenta a la hora de valorar y ponderar el interés del menor en conflictos sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales. En ellas se hace una referencia expresa a los sistemas legales anglosajones, y al GAL como experto en la valoración de los deseos de los NNA. En el AJPPi de Aranjuez 469/2014 de 27 de octubre (Id Cendoj: 28013410022014200001), relativo a la suspensión de un régimen de visitas solicitado por el Ministerio Fiscal en base al artículo 158.4 del Código Civil, el tribunal afirma que los sistemas anglosajones establecen una serie de criterios mínimos que deben tener en cuenta los tribunales a la hora de concretar el interés del menor y que «para conocer el deseo y sentimientos del niño puede ser oído este directamente por el Juez u obtenerlo por medio de expertos o del guardián ad litem»¹¹⁵. De manera idéntica se menciona la figura del GAL en la SAP de Bilbao 2818/2011, de 29 de septiembre (Id Cendoj: 48020370042011100612), aunque en esta ocasión se trata la impugnación presentada por los padres respecto a una decisión de los servicios sociales que había determinado el acogimiento de su hijo, y en la STS 5817/2009, civil, de 31 de julio (Id Cendoj: 28079110012009100603) en un recurso contra el acogimiento familiar preadoptivo. En todos estos casos la sentencia se limita a señalar que es un instrumento para conocer los deseos y sentimientos del niño.

El término «*curador ad litem*» generó seis resultados en la base de datos y se aplica en muy diversos contextos. En varios casos sirve para nombrar al representante de una de las partes demandadas que se encuentra en paradero desconocido en procesos en los que se solicita un exequatur de una resolución extranjera¹¹⁶. También se utiliza este concepto para identificar a la persona que representa a una de las partes en la transmisión de los títulos nobiliarios¹¹⁷. En los

¹¹⁵ «El derecho inglés, en la Children Act 1989, fija los siguientes: a) Los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento): más el deseo del niño no es vinculante para el juez sino uno más entre otros datos que considerar. A los comentaristas preocupa que lo que el menor exprese sea realmente lo que piensa y desea y no el resultado de un lavado de cerebro o presión de un progenitor o que el niño sea incapaz de expresar su preferencia por desear estar con ambos padres o no desagradar a ninguno. Para conocer el deseo y sentimientos del niño puede ser oído este directamente por el Juez u obtenerlo por medio de expertos o del guardián ad litem». Continúa la sentencia refiriéndose a «b) las necesidades físicas, educativas y emocionales; c) El efecto probable de cualquier cambio de situación (del menor); d) Su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica suya que el tribunal considere relevante; e) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo; f) Capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración, para satisfacer sus necesidades; g) El rango de las facultades a disposición del tribunal» (mismo fundamento).

¹¹⁶ Por ejemplo, en el ATS 3961/2003, Civil, de 8 de abril (Id Cendoj: 28079110012003203595), se discute un exequatur de una sentencia de divorcio emitida en Colombia y se afirma que «la demandada, en el momento de promoverse el juicio de divorcio ante la jurisdicción colombiana y tal y como consta de la documentación obrante en autos, se desconocía su paradero por lo que fue citada directamente por «carteles y nombrándosele un Curador Ad-litem» (Fundamento de Derecho 2). En el mismo sentido se pronuncian el ATS 13636/2004, civil, de 31 de noviembre (Id Cendoj: 28079110012004203451).

¹¹⁷ Así la STS 5463/1987, civil, 27 de Julio de 1987 (Id Cendoj: 28079110011987100020) en la que se dilucida la sucesión del título de Marqués de Villalba de los Llanos, menciona la figura del curador ad litem como representante del primogénito cedente del título. «El referido don Víctor Manuel en escritura pública otorgada el nueve de agosto de mil ochocientos cuarenta y cuatro cedió los títulos de Marqués de Aguila fuente y el de Villalba de los Llanos a favor de sus hermanos don Valentín y don Cornelio, respectivamente, «con la calidad de

procesos sobre NNA, encontramos una sentencia en la que se identifica el curador ad litem con la institución del Ministerio Fiscal. Así el ATS 290/1996, Civil, de 30 de enero (Id Cendoj: 28079110011996200288), resuelve una demanda de exequatur de la resolución dictada por el Alto Tribunal de Justicia del distrito de Sheffield, en el Reino Unido, por la que se declaró la obligación del progenitor de pagar alimentos a sus dos hijos, en cantidad de veinte libras esterlinas mensuales a cada uno de ellos. En esta sentencia se indica que «la resolución asevera que fueron oídos en juicio el demandado, los demandantes y el Ministerio Público como “curator ad litem” de los menores» (Fundamento de Derecho sexto).

El término «defensor especial o defensor ad litem» es el que presenta una mayor frecuencia de uso, con 14 sentencias identificadas. Este término es utilizado en contextos donde se requiere una institución para la protección específica de los intereses de una parte vulnerable, ya sean menores¹¹⁸, ya sean personas mayores de edad no presentes¹¹⁹, o personas mayores de edad discapacitadas¹²⁰.

Son especialmente interesantes las sentencias que hacen referencia a un cambio normativo y también terminológico, afirmando que la figura del curador ad litem, regulado en el antiguo artículo 1057 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la actualidad se debe identificar con la figura del defensor judicial. En la SAP 181/2015 de 9 de abril de 2015 (Id Cendoj: 26089370012015100181), se acuerda la nulidad de pleno derecho del consentimiento prestado una menor de edad porque «no tuvo ni la asistencia de un defensor judicial o de un curador “ad litem”, figura entonces contenida en el antiguo art. 1057 Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881»

perpetuamente para sí sus hijos y sucesores hasta que extinguidas sus respectivas líneas vuelvan a la primogenitura actual» (folio ciento ochenta y siete), siendo aprobada tal cesión por el curador «ad litem» del primogénito del cedente». En el mismo sentido la STS 8839/1987, civil, de 27 de julio (id. Cendoj 28079110012004203451).

¹¹⁸ 563/2012, Id Cendoj: 28079110012012100049.

¹¹⁹ AAP de Barcelona 563/2012, de 28 de febrero (Id Cendoj: 28079110012012100049). «Sobre esta base, se ha de advertir que, en el presente supuesto, de la documentación aportada consta que la demandada fue citada por medio de carteles de conformidad con el artículo 136 del Código de Procedimiento Civil, y no habiendo comparecido en persona, se procedió al nombramiento de defensor “Ad-litem”, sin que haya quedado acreditada, por tanto, ni su citación y emplazamiento personal en el juicio de origen ni la notificación de la sentencia por reconocer, ni que la defensor “ad-litem” que se le nombró se hubiera comunicado con su representada ..., circunstancias éstas que impiden calificar su rebeldía como de conveniencia, única modalidad de rebeldía que no supondría óbice para el otorgamiento del reconocimiento y ejecución de la sentencia dictada por los Tribunales venezolanos, lo que motiva que la petición de exequátur no deba prosperar al haber incumplido la parte la obligación que a la misma incumbe de acreditar que la demandada tuvo conocimiento en tiempo y forma de la acción contra ella ejercitada» (Fundamento de Derecho Segundo).

¹²⁰ STS 12932/1988, social de 15 de febrero de 1988 (Id Cendoj: 28079140011988102533). «Único: A tenor de los artículos 3 y 151 de la Ley de Procedimiento Laboral, es procedente el recurso de casación o de suplicación contra los autos dictados por el Magistrado de Trabajo, que se estima incompetente por razón de la materia, después que se haya ejercitado el de reposición. Tal es el caso presente; más el Juzgador de instancia, al determinar cuál de aquellos recursos es el procedente, incurrió en error cuando indicó el de casación, puesto que la reclamación del demandante -hoy sucedido por su hermano y defensor judicial “ad litem”- se contrae a prestaciones, en ningún caso superiores en su anualidad al 1.000.000 de pesetas, por invalidez provisional y por incapacidad laboral transitoria tan sólo; lo que determina que no sea de aplicación al caso el artículo 166.1 y sí el 153.2 del ya citado texto procesal. Ha de procederse, pues, como lo dispone el artículo 179 del mismo».

(Fundamento de Derecho tercero)¹²¹. A este artículo se remite también la STS 563/2012, civil, de 18 de enero (Id Cendoj: 28079110012012100049) que anula la adopción de una niña por sus abuelos porque «la madre biológica no prestó su consentimiento, teniendo quince años de edad y sin que estuviera auxiliada por el defensor judicial» (fundamento cuarto), argumentando el tribunal que al estar vigente la LEC de 1881 la institución a la que deberían referirse no es la de un defensor judicial sino la de un curador ad litem¹²². Estas sentencias afirman que la figura del curador especial o curador ad litem hoy en día se identifica con la del defensor judicial.

4.3. Análisis doctrinal

Tras el análisis terminológico y jurisprudencial podemos afirmar que el GAL puede encontrar semejanzas en nuestro ordenamiento jurídico con las instituciones de la antigua curatela ad litem, el defensor judicial y el ministerio fiscal. Es conveniente revisar qué dice la doctrina en relación a estas instituciones a fin de determinar sus semejanzas y diferencias con el GAL.

a. Gal versus curador ad litem o curador especial

El término «curador ad litem» o «curador especial», anteriormente regulado en el antiguo artículo 1.057. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establecía que «cuando el tutor, curador, padre o madre tengan en la herencia un interés incompatible con el del menor o incapacitado a quien representen, se proveerá a éste, con arreglo a derecho, de un curador especial para el juicio, cuya intervención se limitará a los actos en que exista dicha incompatibilidad». Como bien se ha encargado de señalar la jurisprudencia anteriormente analizada, este artículo fue derogado con la modificación de la LEC de 1881 y actualmente esta función se desarrolla en nuestro ordenamiento jurídico por un defensor judicial, como veremos más adelante. Sin embargo, el término curador ad litem sigue siendo utilizado extensamente en la actualidad en países latinoamericanos si bien con una connotación muy diferente. Con este término se identifica a «una persona designada por un juez que debe velar porque el juicio se realice en defensa de los derechos de quien representa, y que tiene por conducir un proceso judicial, realizando las diligencias conducentes para su logro». En estos países el curador ad litem se designará por un juez para asistir a al niño, niña, adolescente o incapaz cuando se estime que «sus intereses son independientes o contradictorios de los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. (...), y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo

¹²¹ «El Ministerio Fiscal, en una muy esmerada contestación a la demanda (folios 80-83), se opuso a la pretensión de los demandantes alegando que aunque Doña E. era menor de edad cuando prestó el consentimiento, le quedaba muy poco tiempo para alcanzar la mayoría de edad; y que además, no era posible que su consentimiento lo hubiera suplido un defensor judicial, cuyo nombramiento en aquella época estaba previsto para casos de conflictos entre padres e hijos, pero de naturaleza económica o patrimonial. Considera (con razón) irrelevante el allanamiento de los demandados Don Jesús María y Doña Ramona. Indica que el empadronamiento de F. con los demandantes Doña E. y Don V. se produjo cuando esta ya tenía 11 años según resulta del padrón. Además, alega que la adopción es irrevocable de acuerdo con el artículo 177 vigente a la fecha en que se produjo la adopción y ha transcurrido ampliamente el plazo de dos años para pedir la extinción de la adopción». (Fundamento de Derecho Primero). Esta sentencia utiliza ambos términos (curador y defensor ad litem) como sinónimos.

¹²² «La figura del defensor en el régimen anterior a la reforma producida por la ley 13/1983, de 24 octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, se refería fundamentalmente a la confrontación de los intereses económicos de los menores frente a sus padres; hubiera sido preferible aludir en el recurso a la falta de concurrencia del curador ad litem, contenida en el antiguo art. 1057 LEC/1881» (Fundamento de Derecho Sexto).

109 letra b) del Código Procesal Penal» (artículo 19 de la Ley 19.968 de 30 de agosto de 2004 que crea los Tribunales de Familia en Chile).

A pesar de la extensión de su uso en los países latinoamericanos, tras la modificación en el año 1881 de la LEC, en España se nombrará un defensor judicial y no un curador especial. A ello se añade que, en nuestro país, actualmente, no puede contemplarse la curatela cuando se trata de asistir a NNA. Tras la modificación del CC efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹²³, se trata de una institución solo aplicable a las personas con discapacidad. En el caso de que un NNA quede sin la asistencia de sus progenitores será necesario el nombramiento de un tutor¹²⁴. Se puede por tanto afirmar que, en España, el GAL no podrá en ningún caso ser asimilado a un curador cuando se trata de un menor de edad.

Pero incluso en los supuestos en los que se nombre a un curador a una persona mayor de edad con discapacidad, encontramos evidentes diferencias con el GAL. Las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, subraya la naturaleza asistencial de la curatela y reduce en lo posible la naturaleza representativa (art. 269 CC)¹²⁵. Estos cambios normativos buscan asegurar que las personas con discapacidad reciban el apoyo necesario sin que se menoscabe su capacidad de tomar decisiones¹²⁶ en todos los ámbitos. Se pone un énfasis renovado en la necesidad de respetar la autonomía de la persona en la mayor medida posible¹²⁷. Aunque comparte con el GAL el objetivo de proteger los derechos de las personas con discapacidad, ambas instituciones difieren en su extensión y alcance, puesto que el GAL tiene una función mucho restringida al ámbito judicial, ya que su principal responsabilidad es representar los intereses de la persona incapaz durante un proceso específico y especialmente cuando exista un conflicto de intereses en un proceso judicial. Una vez que el proceso judicial concluye, la intervención del GAL finaliza. Así mismo, existen diferencias en torno a la persona que pueden desempeñar estos cargos. En España el juez tiene la potestad de nombrar como curador a aquella persona que considere más adecuada para ejercer esta función, priorizando siempre el bienestar y las necesidades de la persona con discapacidad que requiere el apoyo

¹²³ BOE número 132 de 03/06/2021.

¹²⁴ BERNAD MAINAR, «La Tutela y La Curatela En El Derecho Romano: Conexión Con La Regulación Actual de La Tutela y La Curatela En La Ley 8/2021, Sobre Las Personas Con Discapacidad», RIDROM. *Revista Internacional de Derecho Romano*, no. 30, 2023, p. 35. SOLÉ RESINA, «La tutela de las personas menores después de la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Revista de Derecho Civil*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 41 ss. En los casos en los que se acuerda la tutela el designado asume derechos y obligaciones muy similares a las responsabilidades parentales, debiendo velar por el bienestar del menor, gestionar sus bienes y representarlo en todos los actos civiles. La intervención y obligaciones de un tutor son mucho más amplias, y abarcan todas las esferas de la vida del NNA, mientras que el GAL tiene un marco de intervención mucho más restringido, puesto que su función está limitada a representar al menor durante un litigio concreto, asegurando que sus derechos y mejores intereses sean considerados. No se encarga de gestionar el patrimonio del menor ni tiene responsabilidades sobre su bienestar fuera del proceso judicial. Su designación es realizada por el tribunal para un caso específico y su rol cesa una vez que el proceso judicial concluye.

¹²⁵ Exposición de Motivos: «Estamos en presencia de una curatela congruente con el propio significado del término –cuidado–, que le otorga de inicio un carácter asistencial, cuyo contenido consiste en asistir, ayudar, informar, supervisar, en el ámbito personal o patrimonial, o en ambos a la vez, de tal suerte que el curador no suplente la voluntad del discapacitado, sino que la asiste y completa. Sin embargo, de manera subsidiaria y extraordinaria, cabe la curatela representativa¹²⁸, a la que solamente se recurrirá excepcionalmente (artículo 249 del Código Civil) en atención al grado de discapacidad padecido, siempre con proporcionalidad».

¹²⁶ REPRESA POLO, «Carácter Subsidiario de La Curatela. Contenidos Posibles de La Curatela. Variabilidad de Contenidos. El Control Judicial de La Curatela», en QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La Reforma Civil y Procesal En Materia de Discapacidad: Estudio Sistemático de La Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, 2022, pp. 309 ss.

¹²⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, *La Curatela Tras La Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, 2022.

(art. 275 CC), recayendo esta función habitualmente en miembros de la familia, parientes, allegados o instituciones jurídicas (art. 276 CC). En cuanto a las personas que pueden ser designadas como GAL, aunque no existe un marco normativo uniforme, generalmente suelen ser nombrados abogados, trabajadores sociales o voluntarios, sin que sea necesario que tengan una relación previa con el menor. En este sentido, la selección del GAL se basa más en la capacidad profesional o la experiencia en procesos judiciales que en una conexión personal o familiar con la persona con discapacidad.

b. GAL versus defensor judicial

El GAL guarda importantes similitudes con el defensor judicial, una figura que ha cobrado especial relevancia como medida de apoyo tras la reforma efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, tanto en apoyo a dichas personas con discapacidad (art. 299 y ss del CC) como para los NNA (art. 235 y ss CC). Si nos centramos en estos últimos, el defensor puede nombrarse, según el artículo 235 CC¹²⁸ cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales o cuando éstos no puedan desempeñar sus funciones hasta que dicha circunstancia se solucione o se designe a otra persona¹²⁹. El procedimiento para su nombramiento, iniciado de oficio a solicitud del ministerio fiscal o cualquier persona interesada, viene regulado en la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria, modificado por la ley 8/2021 de 2 de junio¹³⁰. El defensor debe desempeñar su cargo «en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos» (artículo 236 CC). La autoridad judicial debe nombrar «a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella» (art. 295 CC). Esto implica que no es necesario que sea un letrado el que ejerza como defensor judicial, aunque también puede serlo, siendo esencial para nuestra regulación que sea una persona idónea, según los motivos y las circunstancias por las que se requiera el defensor judicial.

Las similitudes entre ambas figuras son claras, ya que tanto el defensor como el GAL intervienen en situaciones en las que existe un conflicto de intereses entre el menor o persona vulnerable y sus progenitores o representantes legales. Su intervención es limitada y se circunscribe exclusivamente al proceso judicial o la situación específica para la que han sido designados, sin extenderse a otras áreas de la vida del menor o incapaz fuera de ese contexto. Aunque el defensor o GAL puede ser un abogado, no es imprescindible que lo sea; lo más importante es que la persona designada sea la más idónea para ejercer el cargo y proteger los intereses del menor. En cuanto a las diferencias, la función del GAL se asemeja más a la de un representante legal que actúa en interés del menor, pero con competencias adicionales, puesto que, además tiene la capacidad de investigar, coordinarse con otros profesionales involucrados,

¹²⁸ BERROCAL LANZAROT, «El Defensor Judicial: Supuestos Concretos de Actuación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, pp. 1056 ss.

¹²⁹ Artículo 295. Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. 4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial. 5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

¹³⁰ BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO, «La Reforma Del Defensor Judicial En La Ley 8/2021», *Diario La Ley*, 2022.

solicitar pruebas, e incluso hacer recomendaciones al juez, funciones que no están previstas de manera explícita en la normativa española para otras figuras como el curador.

c. *GAL versus Ministerio Fiscal*

Por último, dada la amplitud de funciones que se reconocen a los GAL en Estados Unidos y en el Reino Unido, anteriormente analizadas, así como las dificultades a la hora de determinar qué tipo de representación desarrolla este profesional, nos llevan a buscar paralelismos entre esta figura y el fiscal de menores.

La Recomendación (2000) 19, sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal, entiende que éste es la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte, los derechos individuales y por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal. La principal función del fiscal es ejercer la acusación pública en nombre del Estado¹³¹, teniendo, en muchos sistemas legales, el monopolio de esta función. El fiscal actúa como gatekeeper o «guardián de las puertas» del proceso, garantizando la separación entre la función acusatoria (que realiza el fiscal) y la función de juzgar (que corresponde a los jueces), teniendo la facultad de iniciar o continuar investigaciones, dirigir o supervisar el trabajo de la policía u otras autoridades encargadas de investigar delitos, intervenir en la fase de ejecución de las sentencias y presentar recursos contra decisiones judiciales.

Fernández Le Gal subraya la complejidad de la naturaleza jurídica de esta institución, muy condicionada por su recorrido histórico en cada país, sobre la que pivota la responsabilidad de la persecución del delito, y la obligación de hacerlo de manera objetiva y respetuosa de los derechos fundamentales. El Ministerio Fiscal es parte en el proceso, pero es una parte imparcial, y, por eso, debe valorar de forma objetiva todos los elementos. Dicha imparcialidad «no puede asimilarse a la “terzietà” del juez. La razón es clara. El fiscal no es independiente de las partes, ya que él mismo es, en todo caso, parte acusadora, pero, a la vez, puede y debe operar como garante de la libertad, supervisando la legalidad de la actuación policial, en beneficio, a la postre, del derecho a la libertad personal del detenido»¹³².

Entre las fiscalías especializadas se distingue la fiscalía de menores (art. 18 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹³³) a quien corresponde la defensa de los derechos de los menores así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, «para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los

¹³¹ FERNÁNDEZ LE GAL, «Estado de Derecho, Independencia Judicial y Autonomía Del Ministerio Fiscal. Hacia Un Modelo Europeo de Fiscal», *Estudios de Deusto*, vol. 70, no. 1, 2022, p. 117.

¹³² FERNÁNDEZ LE GAL, *Estudios de Deusto*, vol. 70, no. 1, 2022, p. 118.

¹³³ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, BOE núm. 11, de 13/01/1982. También el artículo 3 establece «5. Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas (...) 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación. (...) 13. Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor».

hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento» (art. 6 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores¹³⁴). Interviene por tanto en situaciones que requieren la protección de menores, investigando los hechos y promoviendo las medidas necesarias para garantizar su seguridad y bienestar. En el ámbito de la justicia juvenil, la Fiscalía dirige la investigación de delitos cometidos por menores¹³⁵, asegurando que se apliquen medidas correctoras adecuadas conforme a la Ley Orgánica 5/2000, que regula la responsabilidad penal de los menores y vela porque las sanciones impuestas tengan un carácter educativo y rehabilitador. Además, trabaja en coordinación con otros organismos, como los servicios sociales, para garantizar que las medidas adoptadas en favor de los menores sean adecuadas y efectivas. Para ser Fiscal de Menores en España, si bien no es necesario tener una formación especializada, se prioriza a aquellos que tengan dicha formación a la hora de cubrir los cargos en estos asuntos, tal y como requiere la Disposición Final cuarta de la Ley 5/2000 LORPM¹³⁶.

La distinción entre el fiscal y el GAL es complicada atendiendo a la diversidad de modelos y normativa existente, pudiendo identificar algunas diferencias. En primer lugar, el objetivo de sus intervenciones. El GAL actúa principalmente como un representante independiente del interés superior del menor en procedimientos judiciales, especialmente en casos de custodia, abuso o negligencia. Su función es recopilar información, realizar investigaciones y hacer recomendaciones al tribunal basadas en lo que consideran que es mejor para el NNA. En España, el fiscal de menores es un funcionario público encargado de la protección de los derechos y el bienestar de los menores, pero con una perspectiva más amplia que incluye la defensa del orden público. El fiscal tiene la responsabilidad de promover la justicia y asegurar que se apliquen las leyes adecuadas en los casos que involucren a menores, actuando tanto en interés del menor como del sistema legal. En segundo lugar, respecto a poderes y funciones, GAL tiene la capacidad de interrogar testigos, presentar pruebas y hacer recomendaciones al tribunal, aunque estas recomendaciones no son vinculantes. El fiscal de menores tiene poderes más amplios, como iniciar procedimientos judiciales, participar en la fase de instrucción de los casos y solicitar medidas de protección o sanciones, con una influencia directa en el curso del

¹³⁴ BOE núm. 11, de 13/01/2000.

¹³⁵ Artículo 23. Actuación instructora del Ministerio Fiscal. 1. La actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto, tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa. 2. El Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al letrado del menor y, en su caso, a quien haya ejercitado la acción penal, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquel lo solicite. 3. El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada.

¹³⁶ «1. El Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, en el ámbito de sus competencias respectivas, procederán a la formación de miembros de la Carrera Judicial y Fiscal especialistas en materia de Menores con arreglo a lo que se establezca reglamentariamente. Dichos especialistas tendrán preferencia para desempeñar los correspondientes cargos en las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia y en los Juzgados y Fiscalías de Menores, conforme a lo que establezcan las leyes y reglamentos. 2. En todas las Fiscalías existirá una Sección de Menores compuesta por miembros de la Carrera Fiscal, especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos que sean necesarios, según se determine reglamentariamente. 3. El Consejo General de la Abogacía deberá adoptar las disposiciones oportunas para que en los Colegios en los que resulte necesario se impartan cursos homologados para la formación de aquellos letrados que deseen adquirir la especialización en materia de menores a fin de intervenir ante los órganos de esta Jurisdicción».

proceso. Por último, en relación al ámbito de actuación, el del GAL está centrado en casos civiles y de familia, como custodia o protección de menores. En cambio, el fiscal de menores en España interviene en una amplia gama de asuntos, incluyendo no solo la protección de menores, sino también en la justicia juvenil, donde persigue a menores que han cometido delitos.

5. Conclusiones

A pesar de los esfuerzos normativos y las políticas destinadas a garantizar los derechos esenciales de participación y representación de los NNA en los procesos judiciales, la literatura científica revela que éstos no se sienten escuchados, defendidos, ni tratados como actores con plenos derechos procesales. Son considerados como terceros con intereses protegidos en lugar de titulares activos de derechos. Ante esta evidencia, la literatura científica afirma que es esencial explorar alternativas que fortalezcan la participación activa de los NNA y proporcionar una representación independiente de sus progenitores no necesariamente limitada a situaciones de conflicto con ellos.

En este proceso de investigación de sistemas para la mejora del sistema judicial es frecuente que los operadores jurídicos y la literatura científica busquen posibles soluciones en la experiencia de otros países, incluso con los que no compartimos el mismo modelo jurídico. Así ha ocurrido con figuras como el mediador o el coordinador de parentalidad, de origen anglosajón, que se han introducido en nuestro ordenamiento jurídico ante la constatación de que ofrecen una solución a necesidades que no están cubiertas por otras figuras propias.

El GAL empieza a ser referenciado tanto en nuestra jurisprudencia como en la literatura científica, por lo que es el momento ideal para hacer una reflexión en profundidad de esta institución, conociendo su intervención, señalando sus aportaciones y, sobre todo, las principales dificultades en su implementación. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, la falta de homogeneidad normativa ha provocado una enorme heterogeneidad en cuestiones tan importantes como la formación o el alcance de sus funciones. En el Reino Unido, la intervención de organismos independientes ha sido fundamental para garantizar la independencia y mejorar la calidad del servicio, aunque persisten desafíos relacionados con la claridad de su papel en los procesos judiciales.

Tras el análisis terminológico, jurisprudencial y doctrinal realizado en este estudio, se puede concluir que en España no es necesario incorporar la figura del GAL en nuestro ordenamiento jurídico puesto que existen instituciones equivalentes. La figura que más se aproxima al GAL sería la del defensor judicial, aunque las funciones del primero son más amplias al incluir la capacidad de investigación, de coordinación con otros profesionales y de presentación de propuestas ante el juez que no se reconocen al defensor judicial. En este sentido, el GAL se acerca también a la figura del ministerio fiscal, aunque la principal diferencia radica en que aquel no es necesariamente un jurista ni un funcionario del Estado, sino que, en algunos países, como Estados Unidos, pueden ser voluntarios provenientes de diversas áreas con formación específica y sin remuneración.

El estudio realizado nos permite también reflexionar sobre algunas cuestiones que están hoy sobre la mesa en los países que han introducido los GAL en su ordenamiento jurídico. La

primera es si sería necesario nombrar a un representante legal para el NNA en todos los procedimientos judiciales y administrativos que les afecten, aunque no exista conflicto de intereses con sus progenitores. Como bien se afirma por parte de la doctrina, parece incongruente que se deba nombrar un abogado para el NNA acusado de haber cometido un delito porque su libertad está en peligro, pero no se vea esta necesidad en los procesos de familia, donde su integridad física y moral pueden verse en entredicho. En algunos estados de Estados Unidos se entiende que esto es necesario, motivo por el cual junto con el GAL se nombra a un abogado cuya función será defender los deseos de los NNA en los procesos judiciales. En segundo lugar, es interesante como en algunos países se ha incorporado la participación de perfiles no jurídicos en la representación de los intereses de los menores, a través de voluntarios, abogados retirados, personas con experiencia en la intervención familiar, trabajadores sociales, etc. Esto, que podría parecer inviable en el contexto español actual, puede tener ciertos beneficios, haciendo nuestras instituciones judiciales más participativas, tal y como requiere el objetivo del desarrollo sostenible número 16, y que podrían llevar a que, quizás en el futuro, pueda surgir un mayor compromiso social para mejorar la atención a los NNA.

6. Bibliografía

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *La Curatela Tras La Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, 2022.
- BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO, Carlos, «La Reforma Del Defensor Judicial En La Ley 8/2021», *Diario La Ley*, 2022.
- ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios. *La representación legal de los hijos menores*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- BERNAD MAINAR, Rafael, «La Tutela y La Curatela En El Derecho Romano: Conexión Con La Regulación Actual de La Tutela y La Curatela En La Ley 8/2021, Sobre Las Personas Con Discapacidad», *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, no. 30, 2023, pp. 1 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «El Defensor Judicial: Supuestos Concretos de Actuación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, pp. 1056 ss
- BLANCO CARRASCO, Marta, *Las Responsabilidades Parentales En Situaciones de Crisis Familiar: Mediación, Puntos de Encuentro y Coordinación de Parentalidad*, Reus, Madrid, 2020.
- CARRETTA, Francesco/GARCÍA QUIROGA, Manuela, «Justicia de Familia y Victimización Secundaria: Un Estudio Aplicado Con Niños, Jueces y Abogados», *Derecho PUCP*, no. 87, 2021, pp. 471 ss.
- CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, «Representation of Children in Child Abuse and Neglect Proceedings», 2021, https://cwig-prod-prod-drupal-s3fs-us-east-1.s3.amazonaws.com/public/documents/represent.pdf?VersionId=jfLJ55jFBGUuqpUjXBzBuq_qb2ji6w6U
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Informes periódicos quinto y sexto combinados que los Estados partes debían presentar en 2015, España», CRC/C/ESP/5-6, 7 de marzo de 2017.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013», UN Doc CRC/C/GC/14, 2013.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación General No. 12: El Derecho Del Niño a Ser Escuchado, 51o Período de Sesiones, 25 mayo-12 junio 2009», UN Doc. CRC/C/GC/12, 2009.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, «Observación General No. 7: Realización de Los Derechos Del Niño En La Primera Infancia», U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006.

COOLEY, Morgan E./THOMPSON, Heather/COLVIN, Marianna L., «A qualitative examination of recruitment and motivation to become a Guardian ad Litem in the child welfare system», *Children and Youth Services Review*, 99 (November 2018), 2019, pp. 115 ss.

DONNELLY, Cathy, «Reflections of a guardian ad litem on the participation of looked-after children in public law proceedings», *Child Care in Practice*, 16(2), 2010, pp. 181 ss.

DUCHSCHERE, Jennifer. E./BECK, Connie. J/STAHL, Rebecca. M. «Guardians Ad Litem and Children's Attorneys in Arizona: A Qualitative Examination of the Roles», *Juvenile and Family Court Journal*, 68(2), 2017, pp. 33 ss.

COUSO, Jaime, «El Niño Como Sujeto de Derecho y La Nueva Justicia de Familia. Interés Superior Del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho Del Niño a Ser Oído», *Revista de Derechos Del Niño*, nos. 3 y 4, 2006, pp. 145 ss.

EDLICH, Richard F., «Guardian Ad Litem, a Potentially Expensive Invitation to Either the Mismanagement or Management of Patients with Cognitive Disorders», *Clinical Interventions in Aging*, no. 5, 2010, pp. 369 ss

FARIÑA, Francisca/PARADA, Vanesa/NOVO, Mercedes/SEIJO, Dolores, «El Coordinador de Parentalidad: Un Análisis de Las Resoluciones Judiciales En España», *Revista Acción Psicológica*, vol. 14, 2017, pp. 157 ss.

FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck, «Estado de Derecho, Independencia Judicial y Autonomía Del Ministerio Fiscal. Hacia Un Modelo Europeo de Fiscal», *Estudios de Deusto*, vol. 70, no. 1, 2022, pp. 111 ss.

FREED, Samantha, «How My Role as a Guardian Ad Litem Has Changed with the Increase of Mental Health Diagnoses in Adolescents», *Family Court Review*, vol. 61, no. 3, 2023, pp. 504 ss.

GALLEGO-HENAO, Adriana María, «Participación Infantil. Historia de Una Relación de Invisibilidad», *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, no. 1, 2015, pp. 151 ss.

GARCÍA-QUIROGA, Manuela, et al., «A Criterio Del Juez: Desafíos Para La Participación Infantil En Justicia de Familia», *Derecho PUCP*, no. 90, 2023, pp. 115 ss.

GONZÁLEZ VALDERRAMA, Andrea Soledad, «Análisis Crítico Del Rol Del Curador Ad Litem En La Justicia de Familia», *Memoria Académica*, Universidad de Chile.

GUEST, M. Aaron/STALZER, Brenda/PATTON, Maria, «From Need to Policy: Community Supported Development and Implementation of the South Carolina Vulnerable Adult Guardian Ad Litem (SC VAGAL) Program», *Journal of Applied Gerontology* 41 (1), 2022, pp. 46 ss.

GUIAQUE, Florian, *A Manual for Guardians and Trustees of Minors, Insane Persons, Imbeciles, Idiots, Drunkards, and for Guardians and Litem, Residents and Non-Residents Affected by the Laws of Ohio*. The Robert Clarke Company, 1897.

HART, Roger, «*Children's Participation: From Tokenism to Citizenship*», UNICEF, International Child Development Centre, Holloway, 1992.

JULIUSSEN, Annika Karlson/GARMY, Pernilla/OLSSON, Anne Margret, «Political representatives experiences of child participation in decision-making processes: A qualitative interview study», *Children and Society*, 2023(July), pp. 1 ss.

KENNAN, Danielle/BRADY, Bernardine/FORKAN, Cormac, «Space, Voice, Audience and Influence: The Lundy Model of Participation (2007) in Child Welfare Practice» *Practice* 31 (3), 2019, pp. 205 ss.

KOSHER, Hanita & BEN-ARIEH, Asher, «Children's Participation: A New Role for Children in the Field of Child Maltreatment», *Child Abuse and Neglect*, vol. 110, 2020, art. 104429.

LEESON, Caroline, «My Life in Care: Experiences of Non-Participation in Decision-Making Processes», *Child and Family Social Work* 12 (3), 2007, pp. 268 ss.

LUNDY, Laura, «'Voice' Is Not Enough: Conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child», *British Educational Research Journal*, vol. 33, no. 6, 2007, pp. 927 ss.

McCAFFERTY, Paul, «Implementing Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child in Child Protection Decision-Making: A Critical Analysis of the Challenges and Opportunities for Social Work», *Child Care in Practice*, vol. 23, no. 4, 2017, pp. 327 ss.

McCAFFERTY, Paul & MERCADO GARCÍA, Esther, «Children's Participation in Child Welfare: A Systematic Review of Systematic Reviews», *The British Journal of Social Work*, 2023, pp. 1 ss.

McWILLIAMS, Ann & HAMILTON, Claire, «There Isn't Anything Like a GAL: The Guardian Ad Litem Service in Ireland», *Irish Journal of Applied Social Studies*, vol. 10, no. 1, 2010, pp. 31 ss.

MILLER, J. Jay, DONAHUE-DIOH, Jessica, & OWENS, Larry, «Examining the Legal Representation of Youth in Foster Care: Perspectives of Attorneys and Attorney Guardians Ad Litem», *Children and Youth Services Review*, vol. 115, marzo de 2020, pp. 1 ss.

NATIONAL CENTRE ON CHILD ABUSE AND NEGLECT, «Representation for the Abused and Neglected Child: The Guardian Ad Litem and Legal Counsel. A Special Report from the National Center on Child Abuse and Neglect», U.S. Department of Health and Human Services. U.S. Department of Health and Human services. DHHS Publication No. (OHDS) 80-30272, 1980.

NICHOLL, Patricia Devine/SHELDON, John/BEST, Sarah, «An Evaluation of Social Work Practice in the Northern Ireland Guardian Ad Litem Agency in Working with Children and Families from Black Minority Ethnic Communities», *Child Care in Practice* 22 (4), 2016, pp. 335 ss.

PHILLIPS, Jon D./WALSH, Matthew A., «Teaming up in Child Welfare: The Perspective of Guardians Ad Litem on the Components of Interprofessional Collaboration», *Children and Youth Services Review*, vol. 96, 2019, pp. 17 ss.

QUAYE, Angela A/COYNE, Imelda/SÖDERBÄCK, Maja/HALLSTRÖM, Inger Kristensson, «Children's Active Participation in Decision-Making Processes during Hospitalisation: An Observational Study» *Journal of Clinical Nursing* 28 (23–24), 2019, pp. 4525 ss.

RAMASWAMY, Sheila, et al., «Balancing the Law with Children's Rights to Participation and Decision-Making: Practice Guidelines for Mandatory Reporting Processes in Child Sexual Abuse», *Asian Journal of Psychiatry*, vol. 81, enero de 2023, art. 103, pp. 1 ss.

REPRESA POLO, Maria Patricia, «Carácter Subsidiario de La Curatela. Contenidos Posibles de La Curatela. Variabilidad de Contenidos. El Control Judicial de La Curatela», en QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (dir.), *La Reforma Civil y Procesal En Materia de Discapacidad: Estudio Sistemático de La Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, 2022, pp. 309 ss.

RUEGGER, Maria, «Seen and Heard but How Well Informed? Children's Perceptions of the Guardian Ad Litem Service», *Children and Society*, vol. 15, no. 3, 2001, pp. 133 ss.

RADCLIFFE, María Silvina, «El principio de autonomía progresiva y su impacto en el derecho de las familias: diálogo entre los derechos argentino y español», *Revista de Derecho Privado*, núm. 46, 2023, pp. 89 ss.

SOLÉ RESINA, Judith, «La tutela de las personas menores después de la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Revista de Derecho Civil*, vol. 10, núm. 3, 2023, pp. 41 ss.

SORIANO, Guadalupe, «Incongruencia terminológica y equivalencia funcional en traducción jurídica: la guarda de menores en España e Inglaterra y el País de Gales», *Puentes*, núm. 2, 2002, pp. 53 ss.

STRÖMPL, Judit y LUHAMAA, Katre, «Child participation in child welfare removals through the looking glass: Estonian children's and professionals' perspectives compared», *Children and Youth Services Review*, vol. 118, 2020, p. 1 ss.

TOROS, Karmen, «A Systematic Review of Children's Participation in Child Protection Decision-Making: Tokenistic Presence or Not? », *Children and Society* 35 (3), 2021, pp. 395 ss.

URBINA-GARCÍA, Angel et al., «Voices of young children aged 3–7 years in educational research: an international systematic literature review», *European Early Childhood Education Research Journal*, vol. 30, núm. 1, 2022, pp. 8 ss.

USHER, Joe, «Conceptual framework for the participation of children in local area planning decision-making processes through primary geography education», *Irish Educational Studies*, vol. 42, núm. 4, 2023, pp. 583 ss.

VELÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Glory Gisel y FERRÁS MORALES, Isabel María, «La escucha del niño en Cuba. Nuevos retos para la justicia de familia», *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, 2016, pp. 1 ss.

VIS, Svein Arild et al., «Participation and health - a research review of child participation in planning and decision-making», *Child and Family Social Work*, vol. 16, núm. 3, 2011, pp. 325 ss.

VISSING, Yvonne/KNUDSEN, Eric, «Clinical Sociologists as Guardian Ad Litem», *Clinical Sociology Review*, vol. 18, núm. 2, 2023, pp. 102 ss.

WALL, Kate/ROBINSON, Carol, «Look who's talking: eliciting the voice of children from birth to seven», *European Early Childhood Education Research Journal*, vol. 30, núm. 1, 2022, pp. 1 ss.

Antonio Orti Vallejo
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Granada

Patricia Viceira Ortega
Profesora Doctora de Derecho
Civil
Universidad de Granada

Responsabilidad de los mercados en línea respecto del contrato subyacente: un confuso panorama en el derecho de la Unión Europea

Sumario

-

El objeto de este trabajo son los mercados en línea, entendiendo por tales las plataformas que sirven para que los protagonistas del mercado (empresas, profesionales y consumidores) realicen contratos de intercambio de bienes y servicios. Se analiza el papel que realizan las plataformas de intermediación en relación con el contrato subyacente a la luz del Derecho europeo, examinando la responsabilidad en la que las plataformas pueden incurrir en relación con la eficacia y el cumplimiento del contrato entre el proveedor del bien o servicio y el adquirente. En función de la obligación de supervisión que establece el Reglamento (UE) 2022/1925 de Servicios Digitales a cargo de las plataformas de intermediación, y en base al art. 6.1 RSD, la plataforma puede ser responsable de determinados daños y perjuicios provocados a un adquirente por actividades de un proveedor contrarias al Derecho de la Unión o al Derecho nacional. Además, particularmente en contratos con consumidores, el mercado en línea puede quedar vinculado por el contrato mismo en el caso de que no cumpla con las obligaciones de transparencia e induzca al consumidor a creer que el producto o servicio se proporciona por la propia plataforma (art. 6.3 RSD). Por último, se estudia la responsabilidad de los mercados en línea en cuanto al incumplimiento de las obligaciones de información que establece la Directiva 2011/83/UE.

Abstract

-

The subject of this paper is online marketplaces, understood as platforms that are used by the protagonists of the market (businesses, professionals and consumers) to conclude contracts for the exchange of goods and services. The purpose is to examine in depth the role played by these intermediation platforms in relation to the underlying contract, in the light of the latest regulatory interventions in European law. More specifically, the aim of investigate about the liability that platforms may incur in relation to the effectiveness and performance of the contract concluded between the supplier of the good or service and the purchaser. Funded on the supervision obligation established by Regulation (EU) 2022/1925 on Digital Services in charge of intermediation platforms, we consider that based on article 6.1 RSD the platform may be liable for certain damages caused to a purchaser by activities of a provider contrary to Union law or national law. In addition, particularly in contracts with consumers, the online marketplace may be bound by the contract itself if it does not comply with transparency obligations and induces the consumer to believe that the product or service is provided by the platform itself (art. 6.3 RSD). Finally, responsibilities may also arise for online marketplaces from non-compliance with the information obligations established in Directive 2011/83/EU in the subject of distance contracts with consumers.

Title: Liability of online marketplaces in relation to the underlying contract: a confusing outlook in European Union law

-

Palabras clave: Plataformas de intermediación, Mercados en línea, Contratos en línea, Responsabilidad, Obligaciones de diligencia de las plataformas, Deberes de información precontractual; consumidores.

Keywords: *Intermediation platforms, Online marketplaces, Online contracts, Liability, Platform diligence obligations, Pre-contractual information duties, Consumers.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.03

1.2025

Recepción

12/08/2024

-

Aceptación

17/10/2024

-

Índice

-

- 1. Introducción.**
- 2. El confuso panorama normativo de los mercados en línea en el Derecho de la Unión Europea.**
- 3. Clarificación del concepto de mercado en línea. Las obligaciones de diligencia de los servicios intermediarios de la sociedad de la información.**
- 4. Las obligaciones de los mercados en línea. En particular los deberes de información.**
 - 4.1. Las obligaciones que establece el Reglamento de Servicios Digitales.
 - 4.2. El artículo 6 del RSD como fundamento de las responsabilidades de diversa índole de los mercados en línea.
 - 4.3. Las responsabilidades del mercado en línea derivadas de las obligaciones de información que establece la Directiva 2011/83/UE.
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**

-

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

1. Introducción

Las plataformas en línea surgieron en la primera década del siglo XXI con la Web 2.0¹, destacándose de entre ellas en un primer momento las redes sociales. Posteriormente, con la aparición de los servicios en la nube y los smartphones, el uso de estas plataformas ha crecido exponencialmente, determinando que internet actualmente esté dominado por ellas. Constituyen unos instrumentos cuya esencia es permitir a sus usuarios interactuar entre sí, pero a este estudio le interesan exclusivamente los llamados mercados en línea, entendiendo por tales los que sirven para que los protagonistas del mercado (empresas, profesionales y consumidores) realicen contratos de intercambio de bienes y servicios. La noción de mercado en línea, según la doctrina que viene estudiando el tema, se configura como un supuesto contractual en el que participan tres protagonistas y se establecen tres relaciones contractuales diferentes. Los sujetos son: 1) el prestador del mercado en línea, que es el titular de la plataforma o del sitio web en línea; 2) el proveedor que ofrece en venta un bien o la contratación de un servicio; y 3) el usuario, que es el potencial adquirente del bien o servicio. De esa manera, partiendo de la base ya sentada en la doctrina que viene estudiando el tema², se conforma una relación contractual a tres bandas o triangular. Veamos. El contrato –denominado subyacente– que vincula al proveedor del bien o servicio con el adquirente-usuario es el contrato principal y que se celebra en la plataforma. Además, existen otros dos contratos, el que liga al mercado en línea con el proveedor del bien o servicio y el que lo liga con el usuario (consumidor en la mayoría de los casos, aunque también puede ser profesional). A través de estos dos últimos contratos, la plataforma asume, como tercero, una función incardinable en el contrato de mediación o corretaje.

El propósito de este trabajo es profundizar en el papel que realizan esas plataformas de intermediación en relación con el contrato subyacente, a la luz de las últimas intervenciones normativas en el Derecho europeo. Más en concreto, se trata de indagar en torno a la hipotética responsabilidad en la que las plataformas pueden incurrir en relación con la eficacia y con el cumplimiento del contrato celebrado entre el proveedor del bien o servicio y el adquirente.

Interesa destacar, que los primeros mercados en línea fueron las plataformas de economía colaborativa (Sharing Economy) que surgieron a raíz de la crisis económica mundial de 2008 y que despertaron un especial interés en los investigadores, lo que propició una abundante

¹* Antonio Orti Vallejo, aorti@ugr.es, Patricia Viceira Ortega, pvic@ugr.es. Esta publicación es parte del proyecto I+D+i PID 2020-115355RB-100 financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación, Agencia Estatal de Innovación (DI: 10-130039/501100011033) titulado “El Derecho privado contractual ante la economía digital”.

HOBOKEN, J. et al., *Hosting Intermediary Services and Illegal Content. An analysis of the article 14 ECD in light of development in the online service landscape*, Institute for Information Law (Amsterdam), Study carried out for the European Commission, Luxembourg (Publications Office of the European Union), 2018, p. 8.

² Cfr. ORTI VALLEJO, «Las relaciones contractuales en las plataformas de Economía colaborativa», en ORTI VALLEJO/RUBIO GIMENO (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 83, 85 y 86 y los autores que se citan en nota 11. Más recientemente ÁLVAREZ MORENO, *La Contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Ed. Reus, Madrid, 2021, pp. 42 ss; y ARTIÑANO MARRA, «El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno», *Revista CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, núm. 276, enero 2024, p. 45.

literatura económica y jurídica³, así como un interés por parte de las instituciones europeas⁴. Ese nuevo mercado global pensado para los particulares no empresarios, entre iguales (peer to peer) de proveedores de bienes –y servicios– y adquirentes, permitía canalizar recursos materiales y humanos de una manera fácil por internet y crear un mercado alternativo a las empresas y productores tradicionales⁵. Pero, este instrumento fue pronto aprovechado por las propias plataformas en línea para abrir un mercado mucho más amplio, al permitir que los proveedores profesionales canalizaran sus productos y servicios, de manera que las plataformas se fueron constituyendo en intermediarias, dando paso a lo que se ha dado en llamar la economía de las plataformas⁶. Por ello, el enfoque de los estudiosos ha dejado en un segundo plano a las plataformas de economía colaborativa centrándose en el más generalista y omnicomprendivo de los mercados en línea, por la necesidad de abarcar el fenómeno como un todo⁷. Como veremos en las páginas siguientes, a nivel normativo ha ocurrido lo mismo, puesto que las intervenciones legislativas de la Unión Europea se han dirigido a regular las plataformas de intermediación en general.

2. El confuso panorama normativo de los mercados en línea en el Derecho de la Unión Europea

La Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico (en adelante DCE), como su nombre expresa, fue diseñada para regular el comercio por internet y los servicios de información y de almacenamiento que se prestan en la red. Por un lado, su objetivo primordial fue regular la contratación de mercancías y servicios en línea y, por tanto, la eficacia de la celebración de los contratos por ese medio, pero partiendo del supuesto de que esos contratos se celebrarían a través de la web que cualquier firma comercial o de servicios tenía y tiene en internet. Por otro lado, la Directiva también prestó atención a los servicios de la sociedad de la información que actúan de intermediarios en internet como instrumento de transmisión y almacenamiento de

³ Cfr. los estudios que se citan en ORTI VALLEJO/ RUBIO GIMENO (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

⁴ El interés de las instituciones europeas por la economía colaborativa lo evidencian diversos documentos elaborados en la primera década del año 2000: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa”, COM(2016) 356 final, [SWD(2016) 184 final]; y Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo xxi» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 177/01).

⁵ Se idealizó la aparición de este nuevo mercado consumer to consumer porque, frente al tradicional, propiciaba, además de compartir activos, bienes o habilidades infrautilizadas, una alternativa al consumismo desenfrenado: ORTI VALLEJO, «Las relaciones contractuales en las plataformas de Economía colaborativa», en ORTI VALLEJO/RUBIO GIMENO (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, 2019, pp. 83 y 84.

⁶ En sentido similar MIRANDA SERRANO, «La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa. Reflexiones al hilo de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 sobre Uber», *La Ley Mercantil*, núm. 50, sept. 2018, p. 2. También ANTÓN ANTÓN, «El ordenamiento jurídico ante la economía de las plataformas», en ANTÓN ANTÓN (dir.)/ FERRANDO NICOLAU, *Retos jurídicos y económicos emergentes en la economía de plataformas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 17; y ARTIÑANO MARRA, «El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno», *Revista CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, núm. 276, enero 2024, pp. 35 y 36.

⁷ Véase la explicación de este nuevo enfoque en CAMPOS CARVALHO, «Online Platforms: Concept, Role in the Conclusion of Contracts and Current Legal Framework in Europe», en ARROYO AMAYUELAS, (dir.)/CÁMARA LAPUENTE, *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 240 y 241.

información⁸. Para las primeras (las webs de comercio) no era necesario establecer un régimen de responsabilidad especial respecto al Derecho común y así, tal como estableció el art. 13.1 de nuestra Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante LSSICE), quedaban sujetas al régimen de responsabilidad general. Sin embargo, para los intermediarios, que son los que permiten que internet cumpla su función, estableció un régimen especial de responsabilidad, puesto que era necesario garantizar la libertad de expresión e información en internet, régimen que consistió en que esos intermediarios no podían ser responsables de los datos y contenidos ilícitos que los usuarios difunden y cuelgan en la red. Como es sabido, los prestadores de servicios de mera transmisión, los que realizan copia temporal de datos, llamada memoria tampón (*caching*) y los prestadores del servicio de alojamiento de datos (*hosting*), gozan de un régimen de exención de responsabilidad con matices –también de sobra conocidos– a través del mecanismo de notificación y acción.

En los albores del año 2000, los *marketplaces* o mercados en línea, cuya función es la de actuar como terceros intermediarios en las transacciones contractuales entre vendedores y adquirentes, aún no existían. Cuando comenzaron a florecer años más tarde, resultó que tenían un difícil encaje en la DCE, pues ni eran webs de comercio comunes en las que proveedor y usuario contrataban directamente, ni tampoco eran asimilables a los servicios de intermediación. Sin embargo, tanto la doctrina como la Jurisprudencia del TJUE e, incluso, las propias autoridades europeas, no dudaron en incardinar esos mercados en línea cuando surgieron dentro de la actividad de *hosting*⁹.

Con esos antecedentes, las intervenciones normativas de la Unión Europea en materia de mercados en línea, ante la dificultad de establecer una regulación general¹⁰, se han dirigido a

⁸ El considerando 18 de la Directiva expresa claramente cuáles fueron los objetivos de esta: Los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea; dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea. Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos.

⁹ COMISIÓN EUROPEA, Agenda Europea para la Economía Colaborativa, p. 6; WORKING GROUP, Impulse paper on specific liability issues raised by the collaborative economy in the accommodation sector, University of Groningen, 1 March 2016, p. 124; GRIMALDOS GARCÍA, «El contrato de intermediación entre las plataformas colaborativas y los usuarios», en ALFONSO SÁNCHEZ/VALERO TORRIJOS (dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 370; MONTERO PASCUAL, «La regulación de la economía colaborativa», en MONTERO PASCUAL (dir.), *La regulación de la Economía Colaborativa, Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 39; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa», en MONTERO PASCUAL (dir.), *La regulación de la Economía Colaborativa, Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 135; ARROYO Y AMAYUELAS, «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?», en ARROYO AMAYUELAS (coord.)/CÁMARA LAPUENTE, *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Ed. Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 346.

¹⁰ CAMPOS CARVALHO, cit., pp. 253 y 254, señala que se impone un análisis de las plataformas en línea por parcelas, pues la diversidad de estas hace muy difícil establecer un régimen general. En sentido parecido HOBOKEN, J. *et al.*, *Hosting Intermediary Services and Illegal Content. An analysis of the article 14 ECD in light of development in the online service landscape*, Institute for Information Law (Amsterdam), Study carried out for the European Commission, Luxembourg (Publications Office of the European Union), 2018, pp. 21 y 22 cuando al referirse a la responsabilidad de las plataformas de intermediación por contenido ilegal que publiquen los usuarios, afirma que es difícil, sino imposible, generalizar los aspectos regulatorios por las diferencias de tamaño, el ámbito geográfico, los fines de cada particular servicio dentro de cada categoría de servicio y la distinta naturaleza del contenido ilegal.

regular aspectos concretos y a llenar los vacíos regulatorios que la irrupción de este nuevo mercado provoca. Esto ha generado dispersión y confusión, resultando en un panorama normativo algo caótico. La atención a los mercados en línea aparece en textos distintos –y no siempre coordinados–, porque en cada uno de ellos se pone el foco de atención de manera particular en los diferentes protagonistas de los mercados en línea, según al que se quiera proteger jurídicamente o incidir, a saber: los proveedores del servicio de plataformas, los empresarios o profesionales que se sirven de la plataformas para comercializar sus productos o servicios y los adquirentes. Así, el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, trata de proteger a los usuarios profesionales que utilizan las plataformas para comercializar sus bienes o servicios. El Reglamento (UE) 2022/265 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (más conocido como Reglamento de Servicios Digitales, en adelante RSD) se centra en los prestadores de servicios intermediarios que ya regulaba la Directiva de Comercio Electrónico con otra denominación (la de prestadores de servicios de la sociedad de la información), aunque también dedica alguna norma a los mercados en línea en general y más extensamente también a los que permiten a los consumidores contratar con comerciantes. El Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (más conocido como Reglamento de Mercados Digitales), se ocupa de los aspectos de competencia de los prestadores de mercados en línea. Por último, la Directiva (UE) 2019/2161, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 (en adelante Directiva de modernización), en la que se modifica la Directiva 93/13/CEE y las Directivas 98/6/CE, 2003/29/CE y 2011/83/UE, que persigue reforzar la posición de los consumidores cuando contratan en mercados en línea¹¹.

3. Clarificación del concepto de mercado en línea. Las obligaciones de diligencia de los servicios intermediarios de la sociedad de la información

Vamos a analizar, siguiendo un orden cronológico de disposiciones, los textos que acabamos de mencionar junto con otras normas de la Unión Europea que también se refieren (aunque sea tangencialmente a los mercados en línea), con la finalidad de perfilar el concepto.

El primer texto que aborda la regulación de los mercados en línea es el Reglamento (UE) 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de contratos celebrados entre un consumidor y un comerciante¹². En su art. 4.1, letra f) define “mercado en línea” (además, empleando esa misma denominación) como un prestador de servicios de la sociedad de la información que permite a los consumidores y comerciantes celebrar contratos de compraventa y de prestación de servicios en línea en su propio sitio web. Como se observa, esta norma que comentamos limita el concepto de mercado en línea al supuesto en el que el contrato (subyacente) se celebre entre un consumidor y un comerciante y, específicamente en el sitio web de dicho mercado. Sin embargo, la letra e) del mismo precepto, al definir en qué consiste

¹¹ VICEIRA ORTEGA, P., «Dependencia económica y cláusulas contractuales en la contratación con plataformas de alojamiento: una perspectiva europea (1)», *Diario La Ley*, núm. 10550, sección tribuna, 19 de Julio de 2024.

¹² Desde este momento hemos de precisar que el concepto de comerciante incluye todo tipo de profesionales, tal como se define en el art. 4, b) de la Directiva 2013/11/UE: «... toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con actividades comerciales o empresariales, su oficio o su profesión».

un contrato de compraventa o de prestación de servicios celebrado en línea, incluye también aquel en el que el consumidor haya encargado dichas mercancías o servicios por otros medios electrónicos distintos al propio sitio web del mercado. Volveremos a este punto de inmediato.

Posteriormente, la Directiva (UE) 2016/1148, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de comunicación en la Unión, en su art. 4, ap. 17 define el “mercado en línea” como el servicio digital que permite a los consumidores o a los comerciantes celebrar contratos de compraventa o de servicios en línea con comerciantes, ya sea en el sitio web del mercado en línea o en un sitio web de un comerciante que utilice servicios informáticos proporcionados por dicho mercado. Esta Directiva amplía el concepto de mercado en línea al incluir situaciones en las que el contrato subyacente se celebra en el sitio web del comerciante, siempre que este utilice servicios informáticos del mercado en línea. Además, la Directiva abarca también los mercados en línea que facilitan la celebración de contratos entre comerciantes.

Otra norma europea que poco después vuelve a ocuparse de los mercados en línea es el Reglamento (UE) 2019/1150, sobre fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea ya citado (en adelante Reglamento sobre Transparencia). La protección que se dispensa a las empresas y profesionales que utilizan plataformas de intermediación para comercializar sus productos o servicios a través de internet, se centra en establecer requisitos de incorporación y de transparencia de las condiciones generales de los contratos entre las plataformas de intermediación (predisponentes) y las empresas que las utilizan (adherentes)¹³. El Reglamento define en el art. 2, ap. 2 los “servicios de intermediación” en línea (término nuevo) a aquellos que reúnen “todos” los requisitos siguientes: a) constituyen servicios de la sociedad de la información¹⁴; b) permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones, con independencia de donde aquéllas se concluyan en última instancia; y c) se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de servicios y los usuarios profesionales que ofrecen bienes o servicios a los consumidores. Rehúye utilizar el término mercado en línea, pero a mayor abundamiento, los considerandos 2 y 10 de este Reglamento aclaran que se está refiriendo a plataformas de economía (sic) que utilizan cualquier medio electromagnético para almacenar, transmitir y tratar datos que, sobre la base de un contrato con usuarios

¹³ Las medidas de protección que establece el Reglamento (en las que no vamos a entrar por escapar del propósito de este trabajo) se refieren sintéticamente a: a) control de inclusión de las condiciones generales que predisponga la plataforma; b) deberes de información de las razones por las que la plataforma suspenda el servicio de un usuario; c) deberes de información de los parámetros que usa la plataforma (también exigible a los motores de búsqueda) para clasificar o tratar de manera diferenciada a unos usuarios sobre otros; d) información también sobre el acceso que tenga la plataforma a datos personales o de otro tipo de los usuarios profesionales o de los consumidores con lo que contraten.

¹⁴ La norma añade que servicio de la sociedad de la información se entiende en el sentido previsto en el art. 1, ap. 1, letra b) de la Directiva (UE) 2015/1535 que dice así:

«servicio»: cualquier servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. A los efectos de esta definición, se entenderá por: i) «a distancia»: el servicio se presta sin que las partes estén presentes simultáneamente; ii) «por medios electrónicos»: el servicio se envía inicialmente y se recibe en su destino por medio de equipos electrónicos para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y se transmite, transporta y recibe íntegramente por hilo, por radio, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos; iii) «a petición individual de un destinatario de servicios»: que el servicio se presta mediante la transmisión de datos a petición individual.

profesionales y empresas, prestan a estos un servicio que consiste en facilitar el inicio de transacciones directas entre ellos y los consumidores. El considerando 11 del Reglamento excluye expresamente su aplicación a los servicios de intermediación en línea entre pares en los que no participen usuarios profesionales, así como también a aquellos en los que participan exclusivamente empresas, sin oferta a los consumidores. Sobre estas dos exclusiones, señalar que se justifica que no se aplique el Reglamento a los servicios de intermediación entre consumidores, porque estos, frente a la plataforma están plenamente protegidos dado que se les aplicaría toda la normativa de la UE de contratos con consumidores (ya veremos que los mercados en línea exclusivos entre consumidores están contemplados en la reforma de la Directiva (UE) 2019/2161, a la que hemos denominado de modernización) y, en particular, en lo que concierne a las condiciones generales lo estarían con mayor amplitud que los empresarios que la que brinda el Reglamento sobre Transparencia, pues no sólo están protegidos por falta de transparencia, sino también por abusividad¹⁵.

Respecto a la exclusión de los servicios de intermediación en los que participan sólo profesionales, pese a que encajaría en los objetivos que el propio Reglamento sobre Transparencia se propone (*vid.* el considerando 2), que busca proteger a las empresas –especialmente pequeñas y medianas– de la dependencia que tienen de los servicios de intermediación en línea, parece una exclusión que no se justifica. No hay razón para no tutelar a los profesionales en materia de condiciones generales frente a intermediarios en línea en mercados cerrados, pues cabría pensar en plataformas de muchos tipos en las que no participan nada más que empresas, tales como aquellas dedicadas a la información, anuncios, *crowdfunding*, *coworking*, etc.¹⁶

Pero, centrándonos en el concepto de mercado en línea que sigue el Reglamento sobre Transparencia, teniendo en cuenta que la finalidad del mismo es proteger a los profesionales frente a condiciones generales del contrato impuestas, el concepto de mercado en línea se extiende aquí, tanto a las plataformas o sitios webs en los que el contrato subyacente se realiza en la misma plataforma intermediando la transacción como también a aquellos otros servicios destinados a los profesionales que meramente facilitan las transacciones con los consumidores. Sin embargo, desde la perspectiva estrictamente contractual –que es la que aquí interesa– parece obvio que sólo puede hablarse de mercado en línea cuando el contrato se realiza en la misma plataforma del mercado en línea. Porque si la plataforma presta otros servicios distintos del anterior, podrán ser calificadas como servicio de intermediación, pero no son mercados en línea. Son los casos de las plataformas que sirven para que se pongan en contacto los proveedores de bienes o servicios con el potencial adquirente (publicando sus datos de contacto), así como aquellas que, mediante un vínculo, redireccionan a la web del proveedor del bien o el servicio o a las plataformas de anuncios o informativas (*message o bulletin boards*). En todos estos casos la plataforma tendrá un determinado vínculo contractual con el proveedor del bien o servicio, pero no con el potencial adquirente. Pero, sobre todo, estas plataformas no realizan esa función de mediación entre proveedores de bienes y servicios y adquirentes y, por tanto, no se plantean los problemas típicos que rodean a la función gestora que el mercado en línea cumple cuando interviene la celebración del contrato subyacente.

¹⁵ VICEIRA ORTEGA, *Diario La Ley*, núm. 10550, sección tribuna, 19 de Julio de 2024.

¹⁶ Por el contrario, el mismo considerando 11 del Reglamento sobre Transparencia incluye en su ámbito de aplicación a los mercados colaborativos en los que participen usuarios profesionales, los servicios de aplicación de software en línea, como las tiendas de aplicaciones y los servicios de redes sociales en línea.

Mención aparte y especial hay que hacer de los servicios de motores de búsqueda¹⁷ determinantes de la clasificación de los bienes¹⁸. Los motores de búsqueda puede incorporarlos el propio mercado en línea, pero también puede ser un servicio externo, que sería también un servicio de intermediación en línea, pero no un mercado en línea y en la medida que pueden influir en las decisiones de los adquirentes han de cumplir similares obligaciones de transparencia, tanto frente a proveedores de bienes y servicios como frente a los adquirentes.

Ocupémonos ahora de la Directiva de Modernización. Define “mercado en línea” en similares términos a como lo hizo el Reglamento UE 524/2013 citado, que esta Directiva lo incorpora a las Directivas 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales y 2011/83 (UE) sobre derechos de los consumidores¹⁹. El actual art. 2.1, ap. 17 de la Directiva 2011/83 ofrece la siguiente definición de mercado en línea: un servicio que emplea programas software, incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operado por el comerciante o por cuenta de este, que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con otros comerciantes o consumidores²⁰. El ap. 18 del mismo artículo –también añadido por la reforma de 2019– establece el concepto de “proveedor de un mercado en línea”, entendiendo por tal todo comerciante que pone a disposición de los consumidores un mercado en línea. Dos detalles hemos de resaltar del concepto de mercado en línea que aporta la Directiva de Modernización. Por un lado, limita el concepto de mercado en línea –tal y como antes hemos adelantado–, al supuesto en el que el consumidor contrata en el mismo sitio web o plataforma del proveedor del servicio de dicho mercado. De esa manera, el mercado en línea constituye una especie dentro del género servicios de intermediación en línea, en el sentido del Reglamento sobre Transparencia. Obsérvese también que, en lugar de transacciones, habla de celebrar contratos a

¹⁷ El ap. 5 del art. 2 del Reglamento de Transparencia define:

«motor de búsqueda en línea»: un servicio digital que permite a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web, o de sitios web en un idioma concreto, mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, consulta oral, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicitado. Y el ap. 6 define «proveedor de motores de búsqueda en línea»: toda persona física o jurídica que ofrece motores de búsqueda en línea a los consumidores o que les propone el uso de aquellos.

¹⁸ El ap. 8 del art. 2 del Reglamento de Transparencia define:

«clasificación»: la preeminencia relativa atribuida a los bienes o servicios ofrecidos mediante servicios de intermediación en línea o la relevancia atribuida a los resultados de búsqueda a través de motores de búsqueda en línea, tal y como los proveedores de servicios de intermediación en línea o los proveedores de motores de búsqueda en línea, respectivamente, los presentan, organizan o comunican, con independencia de los medios tecnológicos empleados para tal presentación, organización o comunicación.

¹⁹ El considerando 25 de la Directiva de Modernización dice:

Los mercados en línea deben definirse a efectos de las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE de un modo similar al del Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y al de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo. Sin embargo, la definición de «mercado en línea» debe actualizarse y dotarse de mayor neutralidad desde el punto de vista tecnológico con el fin de tener en cuenta las nuevas tecnologías. Por tanto, es apropiado aludir, en lugar de a un «sitio web», a programas («software»), incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operados por el comerciante o por cuenta de este, conforme al concepto de una «interfaz en línea», tal como se establece en el Reglamento (UE) 2017/2394 y el Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo.

El interfaz en línea tal como se define en estos dos últimos Reglamentos (art. 3.15 y art. 2.16, respectivamente) es: todo programa informático, incluidos los sitios web, partes de sitios web o aplicaciones, explotado por un comerciante o en su nombre y que sirve para proporcionar a los consumidores acceso a los bienes o servicios del comerciante.

²⁰ La Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales (ya referida en el texto) en su art. 2 recoge el mismo concepto de mercado en línea.

distancia, cuya normativa está contenida en la Directiva 2011/83/UE) que, por esta misma Directiva de Modernización se ha reformado y lo ha hecho, precisamente, para proteger al consumidor, tanto frente a la plataforma como frente al comerciante²¹. En cambio, para el Reglamento sobre transparencia es indiferente que el usuario (empresario o profesional) realice con el consumidor un contrato a distancia o de otro tipo, porque la finalidad es proteger al usuario profesional frente al titular de la plataforma. Hay que destacar que la Directiva incluya dentro de los mercados en línea, tanto aquellos en los que el consumidor celebra contratos con comerciantes como aquellos otros en los que los consumidores celebran contratos entre sí. Esta es una novedad que no tiene precedentes en los textos anteriores de la UE y que debe destacarse porque supone dar entrada legislativa a las plataformas de la llamada economía colaborativa, que en puridad son aquellas que están cerradas exclusivamente a los consumidores (sólo pueden celebrar contratos entre ellos), por más que en la práctica, la mayoría de los mercados en línea permiten celebrar contratos tanto a los consumidores entre ellos como a los empresarios con consumidores y también a los profesionales entre sí.

Por último, hay que referirse al ya citado Reglamento UE 2022/2065 de Servicios Digitales (RSD por sus siglas en español), también conocido como *Digital Services Act*, de importancia capital porque es el texto que se ocupa de manera general y orgánica de los servicios intermediarios de internet y entre ellos de los mercados en línea, como subtipo particular de las plataformas en línea. Los objetivos del RSD, tal como señala el art. 1.2 son, por un lado, establecer las exenciones de responsabilidad de los servicios intermediarios (que son los de mera transmisión, los de memoria caché y los de alojamiento de datos) y, por otro, las obligaciones de diligencia que han de cumplir²². Nos ocuparemos de ambos temas en su momento. Por ahora lo que interesa es precisar qué entiende el RSD por plataformas en línea y mercados en línea. La plataforma en línea, de acuerdo con el art. 3 i), es la que presta un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público. El considerando 13 aclara:

... es preciso distinguir dentro de la categoría general de prestadores de servicios de alojamiento de datos que se define en el presente Reglamento, la subcategoría de las plataformas en línea. Cabe definir a las plataformas en línea, como las redes sociales o las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, como prestadores de servicios de alojamiento de datos que no sólo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición de estos, sino que además difunden dicha información al público a petición de los destinatarios del servicio...

El RSD no utiliza la denominación “mercado en línea”, pero es claro que se está refiriendo a él al hablar de plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes. Lo que está claro es que para el RSD todas las plataformas en línea prestan un servicio de alojamiento de datos, lo cual es de gran relevancia a efectos de que pueden beneficiarse de la exención de responsabilidad aplicable a este. En efecto, el art. 6, del RSD dedicado a la exención de responsabilidad del prestador de servicio intermediario de alojamiento de datos y al mecanismo de notificación y acción, se refiere en el ap. 3 a las

²¹ VICEIRA ORTEGA, «Factores que afectan a la libertad contractual y a la efectividad de cláusulas de termination o resolución expresa impuestas por las plataformas de alojamiento hotelero a los usuarios profesionales en relación con el reglamento (UE) 1950/2019» en ALBIEZ DOHRMANN/CASTILLO PARRILLA (dirs.) *Equidad y transparencia en plataformas de alojamiento hotelero en España*, Universidad de Granada, 2024, pp. 409.

²² De menos interés para nuestro estudio, la letra c del art. 1.2 señala también como objetivo del RSD el establecimiento de normas sobre aplicación y ejecución del presente Reglamento, por ejemplo, en relación con la cooperación y coordinación entre autoridades competentes.

plataformas en línea que permiten que los consumidores formalicen contratos con comerciantes (que son mercados en línea), estableciendo una excepción a la exención de responsabilidad cuando concurren determinadas circunstancias que en su momento analizaremos. Lo que interesa destacar es que está meridianamente claro que el RSD ha plasmado normativamente el criterio del TJUE que, en el marco de la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico, fue considerar que los mercados en línea son un servicio intermediario de alojamiento de datos y que podían beneficiarse de la exención de responsabilidad por ilicitud de los datos que los usuarios cuelguen en la plataforma (art. 14 de la Directiva del Comercio Electrónico, actualmente derogado)²³. El hecho de que se haga especial mención a las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos con comerciantes, se debe a que el RSD establece normativas específicas para estas situaciones. De igual manera, existen otras disposiciones dentro de las obligaciones de diligencia que se aplican a todo tipo de plataformas en línea, como los mercados en línea que facilitan la celebración de contratos entre comerciantes, así como aquellos que permiten a los consumidores celebrar contratos entre sí (economía colaborativa). Asimismo, veremos más adelante que la Directiva de modernización incluye una norma que no sólo se aplica a los mercados en línea B2C, sino también a los mercados C2C.

Recapitulando todo lo expuesto, los caracteres que tiene un mercado en línea son los siguientes: 1.º es un servicio intermediario de la sociedad de la información, perteneciente a la categoría de alojamiento de datos; 2.º es un servicio que emplea un programa (*software*), un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operado por un profesional proveedor titular del mercado en línea o por cuenta de este; 3.º el servicio que presta consiste en permitir celebrar contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios entre particulares. Esta conceptualización del mercado en línea es general, lo cual no impide que haya normas que se apliquen a determinados mercados en línea dependiendo de la condición de profesional o consumidor de los que realicen el contrato subyacente. Así, en el ámbito del Derecho de la UE, son escasas las normas en materia de mercados en línea aplicables a los contratos B2B o C2C, la mayoría son las aplicables a los contratos B2C.

4. Las obligaciones de los mercados en línea. En particular los deberes de información

En este apartado vamos a ocuparnos de las obligaciones exigibles a los servicios intermediarios que establece el RSD, de las consecuencias en materia de responsabilidad de los mercados en línea y de los deberes de información establecidos en la Directiva de modernización aplicables a los mercados en línea en los contratos a distancia con consumidores, incluyendo las consecuencias del incumplimiento de estos deberes.

4.1. Las obligaciones que establece el Reglamento de Servicios Digitales

El RSD establece unas obligaciones de diligencia (así las denomina el RSD) exigibles a todos los servicios intermediarios y otro conjunto de obligaciones exigibles de manera especial para distintos tipos de servicios. No todos estos deberes tienen relevancia para el tema de los

²³ Véase el considerando 16 de RSD que reconoce: «... este Reglamento incorpora en materia de exenciones de responsabilidad de los prestadores de servicio intermediarios el marco de la jurisprudencia del TJUE...».

mercados en línea que es el objeto de nuestro estudio, por lo que sólo haremos especial énfasis en aquellas que estimamos les puedan afectar.

De manera general es exigible la determinación de un punto único electrónico de contacto (art. 12), lo cual tiene una gran importancia porque implica establecer una dirección electrónica a la que los usuarios de la plataforma puedan dirigirse para ejercer sus derechos. Asimismo, están obligados a publicar en sus condiciones generales los criterios de moderación de contenidos (art. 14), es decir, las medidas de control de los contenidos y actividades ilícitas de los usuarios²⁴. Es muy importante que quede claro en qué consiste el contenido ilícito, porque no pensemos que la idea se circunscribe a la transgresión de derechos protegidos por normas penales, administrativas, a los derechos de autor y marcas y derechos fundamentales, sino que tiene un espectro mucho más amplio en el que se incluyen también las conductas o prácticas que atentan contra los derechos legales de los consumidores y en general de la contratación privada que es lo que aquí interesa. En efecto, el artículo 3, h) del RSD entiende por contenido ilícito:

Toda información que, por sí sola o en relación con una actividad incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho.

Es claro y de gran importancia que cualquier información o actividad relativa a la contratación de bienes o servicios contraria a las normas que regulan la contratación tanto a nivel de la Unión como a nivel normativo interno es considerada ilícita.

Continuando con las obligaciones que establece el RSD, de manera especial para los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluyendo las plataformas en línea (sic), los arts. 16 y 17 obligan a establecer un mecanismo de notificación y acción, es decir, la manera de denunciar contenidos ilícitos por un perjudicado (en un mercado en línea podría ser la denuncia de un consumidor o en general cualquier adquirente de bienes o servicios que comunica que un proveedor incumple sus obligaciones contractuales), señalando el procedimiento de actuación del usuario afectado por una notificación de ilicitud (en el caso de un mercado en línea sería el comerciante o profesional que oferta bienes y servicios) y, en caso de que la plataforma suspenda el servicio (cesación o supresión de la cuenta), los recursos de que dispone el afectado contra la decisión de la plataforma.

Específicamente para las plataformas en línea (lamentablemente no están obligadas las pequeñas empresas²⁵) los arts. 19 a 24 establecen entre otros extremos la obligación de establecer un sistema interno de gestión de reclamaciones (art. 20). Muy importante en materia de mercados en línea es la obligación de diseñar el sistema web sin “patrones oscuros”, entendiendo por tales que el diseño de los interfaces en línea e organicen de manera que engañen o manipulen de manera que distorsionen la capacidad de que el destinatario tome decisiones libres e informadas» (art. 25)²⁶. Asimismo, la obligación de que el “sistema de

²⁴ Cfr. art. 3, t) RSD.

²⁵ El art. 19 RSD, que excluye a las plataformas en línea que sean microempresas y pequeñas empresas, remite a la Recomendación de la Comisión 2003/361/CE (art. 2 del anexo) para la delimitación de aquellas.

²⁶ Siguiendo a MATO PACÍN, María N. (*Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales. En especial, los patrones oscuros*, Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, p. 52) los patrones oscuros engloban muchas prácticas comerciales diferentes entre las que destacan la de ser técnicas mediante las que los

recomendación” que utilice la plataforma sea transparente (art. 27), porque el criterio que utiliza la plataforma para priorizar las ofertas de unos proveedores frente a otros es en muchas ocasiones un factor decisivo. Estas dos últimas obligaciones (no afectan tampoco a las pequeñas empresas) son especialmente relevantes para nuestro tema, porque son factores que influyen de manera importante a la hora de adoptar por el adquirente la decisión de con qué comerciante o profesional contratar. La sección del RSD en la que se enmarca el art. 27 se aplica a todo tipo de plataformas en línea y un motor de búsqueda lo es, con lo cual esta obligación de transparencia del sistema de recomendación sería exigible también a los motores de búsqueda (argumento *ex art 38 RSD*). Cuando el servicio de motor de búsqueda lo presta un proveedor diferente del mercado en línea con el que tiene un acuerdo al efecto, no se presentan mayores problemas en cuanto a las consecuencias derivadas del incumplimiento de esta obligación, porque la plataforma respondería, en cualquier caso. Por último, más problemático sería el supuesto de que el motor de búsqueda sea un servicio que no tiene relación con la plataforma.

Finalmente, el RSD establece obligaciones específicas para las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, aunque sin utilizar explícitamente el término “mercado en línea” (las pequeñas empresas también están excluidas de estas obligaciones). Un ejemplo es la obligación relacionada con lo que el RSD denomina “trazabilidad de los comerciantes”, regulada en el art. 30. Esta norma impone a los prestadores de plataformas en línea la responsabilidad de asegurarse de que los comerciantes sólo puedan utilizar dichas plataformas después de haber obtenido información identificativa del comerciante (como nombre, dirección, teléfono, correo electrónico) y su inscripción en el Registro Mercantil. Además, incluye un deber de diligencia por parte de la plataforma, que consiste en hacer todo lo posible, antes de autorizar al comerciante a utilizar la plataforma, para evaluar si la información proporcionada es fiable y completa, incluso solicitando al comerciante la presentación de documentos justificativos provenientes de fuentes fiables. Dicha información ha de ponerla la plataforma a disposición de los consumidores de manera clara, accesible y comprensible. Conviene precisar que la trazabilidad constituye una “especial obligación de monitorización” que es excepcional frente a la regla que establece el art. 8 RSD de inexistencia de obligación general de monitorización. Con todo, el considerando 73 aclara que los prestadores de plataformas en línea no deben estar obligados a realizar actividades excesivas, costosas o desproporcionadas de búsqueda, señalando de manera expresa que no cabe entender que los prestadores que hayan hecho todo lo posible garanticen la fiabilidad de la información al consumidor. Otra obligación de los mercados en línea es la que el RSD denomina “cumplimiento desde el diseño” (art. 31), que comporta que la plataforma ha de configurarse de manera que el comerciante pueda cumplir con sus obligaciones de información precontractual, conformidad de los bienes y seguridad de los productos. Finalmente establece la obligación que podríamos calificar de postventa, de informar a los consumidores de que un producto o servicio ofrecido por un comerciante y adquirido por estos es ilícito (art. 32)²⁷.

4.2. El artículo 6 del RSD como fundamento de la responsabilidad de diversa índole de los mercados en línea

diseñadores de páginas webs y aplicaciones utilizan su conocimiento sobre el comportamiento humano para implementar características o pasos engañosos que no se alinean con lo que es mejor para el usuario o interfaces cuyos diseñadores conscientemente confunden a los usuarios, dificultan que expresen sus preferencias reales o manipulan a los usuarios para que realicen determinadas acciones.

²⁷ Junto a las obligaciones señaladas en el texto hay otras obligaciones llamadas de gestión de riesgos sistémicos que sólo son exigibles a las plataformas y motores de búsqueda de gran tamaño (arts. 33 a 43 RSD).

En estrecha relación con las obligaciones de trazabilidad y monitorización de los comerciantes que acabamos de referir se encuentra la regulación que establece el art. 6 RSD relativa a la responsabilidad de los servicios intermediarios de alojamiento de datos. No queremos dejar de insistir en que el RSD considera a los mercados en línea un servicio intermediario y, dentro de estos, de alojamiento de datos²⁸. Recordemos también que una de las finalidades del Reglamento, tal como precisa el art. 1.2, es establecer el marco regulatorio de las exenciones de responsabilidad de los servicios intermediarios y que el art. 6.1 del RSD recoge los criterios que ya estableció la DCE en el año 2000 sobre el llamado “puerto seguro”. Aplicado a los mercados en línea significaría que no serían responsables salvo que tengan conocimiento efectivo de la información o actividad ilícita o cuando tengan conocimiento actúen con prontitud para bloquear el acceso, pero sí en caso contrario. Aquí tenemos una clara apoyatura de responsabilidad de los mercados en línea que habrá de dibujarse en el marco del Derecho interno de cada país de la Unión y también del Derecho comunitario. Detengámonos.

El mercado en línea sería responsable de los daños y perjuicios que haya causado al adquirente de un bien (defectuoso o falsificado) o al contratante de un servicio irregular, cuando habiendo conocido esas circunstancias, no haya desplegado algún tipo de actividad frente al proveedor del bien o servicio, ya sea exigiéndole la retirada del bien o del servicio, la suspensión del servicio de intermediación, el bloqueo del comerciante, etc. El perjudicado tendría obviamente que aportar las pruebas del conocimiento efectivo (una simple comunicación dirigida a la plataforma sería suficiente) y de la falta de adopción de alguna medida de las anteriores contra el proveedor tendente a evitar futuros daños a otros adquirentes. ¿Qué daños serían indemnizables? No los daños en el propio producto o servicio y, por supuesto, tampoco las acciones de puesta en conformidad del bien o servicio derivadas del contrato subyacente, porque el mercado en línea no es parte en ese contrato. Exclusivamente tendría derecho a que le indemnizen los daños que se habrían evitado de haber conocido el ilícito, como serían, los gastos que haya provocado al adquirente la reclamación entablada o el pleito dirigido contra el comerciante, los daños en otros bienes o intereses distintos del producto o servicio contratado y el daño moral²⁹. En cuanto al fundamento de la responsabilidad a la que nos estamos refiriendo sería *ex contractu*, pero derivada de la relación contractual de mediación que liga al adquirente del bien o servicio con el mercado en línea. Y, muy importante, hay que tener en cuenta que la regla que establece este art. 6.1 sería aplicable a todo tipo de mercados en línea, dado que la norma es general, es decir, no sólo a mercados en línea que permitan celebrar contratos a los consumidores con comerciantes, sino también a los mercados en línea exclusivos para comerciantes y a los mercados en línea sólo para consumidores.

²⁸ El considerando 13 RSD dentro de la categoría general de prestadores de servicios de alojamiento de datos incluye la subcategoría de las plataformas en línea y añade que cabe definir a las plataformas en línea como las redes sociales o las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, como prestadores de servicios de alojamiento de datos que no sólo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio sino que además difunden dicha información al público. En otras palabras, los mercados en línea son considerados a efectos del reglamento como plataformas en línea.

²⁹ MATO PACÍN, cit. p.63, se refiere al daño psicológico del contratante *on line* causado por sentimientos como la frustración o el estrés y por el bienestar que se pierde por el tiempo energía y atención invertidos y por el mayor tiempo conectado o consultando una aplicación.

Pero el art. 6 RSD no termina con lo dicho, porque el apartado 3 establece una excepción a la exención de responsabilidad que sería aplicable únicamente (aquí sí) a los mercados en línea que permiten celebrar contratos a los consumidores con comerciantes. Dice la norma:

El apartado 1 no se aplicará con respecto a la responsabilidad en virtud del derecho en materia de protección de los consumidores, de las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control.

Aquí tenemos otro tipo de responsabilidad del mercado en línea mucho más amplia, derivada de la falta de transparencia en que incurre, al inducir al consumidor a pensar que está contratando el producto o el servicio con el mercado en línea³⁰. Además, estimamos que esta responsabilidad del mercado en línea es con independencia de que exista o no ilicitud en la actuación o en la información que haya facilitado el comerciante-proveedor, porque no deriva del incumplimiento de la obligación de los mercados en línea de monitorización de los comerciantes, sino de la manera equívoca en que se presenta la plataforma a sí misma. En consecuencia, al dejar de ser aplicable el puerto seguro del ap. 1, el mercado en línea queda sujeto a la responsabilidad establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico (art. 13.1 LSSICE). Además, es probable que el mercado en línea que induce a creer al consumidor que el producto o servicio objeto del contrato lo proporciona la propia plataforma incumpla los deberes de diseñar la plataforma sin patrones oscuros.

Ahora hemos de preguntarnos qué alcance y en qué clase de responsabilidad incurre el mercado en línea, para lo cual, dado que ese ap. 3 RSD no la establece (como es frecuente en el Derecho de la UE), queda sujeto a lo prescrito en el ya citado art. 13.1 LSSICE, que determina el sometimiento a las normas generales de la contratación del Derecho español. Así, el intermediario en la contratación, como puede ser un corredor, un comisionista, un agente o un mandatario, que se presentan ante el tercero como tales intermediarios no son responsables del incumplimiento del contrato que se realiza con su intervención. Sin embargo, en España y en la mayoría de los ordenamientos hay una excepción en el régimen de la representación indirecta y así, los arts. 1717 del CC y 246 del Ccom. en el marco de los contratos de mandato y de comisión establecen que el mandatario o el comisionista que contrate en nombre propio (representación indirecta) queda obligado de un modo directo como si el negocio fuese suyo³¹.

Aplicando lo anterior a los mercados en línea, no tendrán que responder por el incumplimiento en que incurra el prestador del bien o servicio cuando esté claro que su función es mediadora, pero sí en caso contrario, porque la hipótesis de la representación indirecta coincide con la previsión del art. 6.3 RSD. Cuando el mercado en línea por la forma en que presenta la información puede inducir a creer al consumidor que el producto o servicio se proporciona por la propia plataforma, es decir, que no está contratando el producto o servicio con un tercero, la

³⁰ MONTINARO, «Online Marketplaces and Consumer Law», en *Il nuovo Diritto Civile, Dike Giuridica*, fascicolo 3, 2021, p. 232, señala que la responsabilidad de la plataforma no puede ser limitada a ser un mero intermediario cuando el modelo de negocio adoptado y el grado de involucración en las actividades de los suministradores sugiere que la plataforma ejerce control o autoridad hacia el suministrador.

³¹ En el *Soft Law* en el ámbito de la representación lo sancionan en el mismo sentido el art 3.301 PECL y el art. II.-6:106 DCFR.

propia plataforma quedará vinculada con el consumidor³². Es decir, que la plataforma ha de responder de todas consecuencias del contrato subyacente como si fuera el proveedor del bien o el prestador del servicio. Cabe traer a colación en apoyo del criterio que exponemos la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2016, asunto C-149/15, Wathelet contra Garage Bietheres, que, aunque no se trata de un contrato electrónico, sino una venta presencial, llega a la misma conclusión, fundamentándola en la asimetría informativa existente entre los profesionales y los consumidores, presente en diversas normas del Derecho europeo³³. El Tribunal declaró en su sentencia:

... en materia de información, existe un desequilibrio considerable entre el consumidor y el intermediario profesional, especialmente cuando no se informa al consumidor de que el titular del bien vendido es, en realidad, un particular. [...] Por ello, en circunstancias como las del procedimiento principal, donde, habida cuenta del contexto en el que se efectúa la compraventa, el consumidor puede ser fácilmente inducido a error, debe atribuírsele un grado de protección reforzado. Por tanto, en virtud de la Directiva 1999/44, la responsabilidad del vendedor debe poder ser exigible al intermediario que crea un riesgo de confusión al dirigirse al consumidor, haciéndole creer que actúa en calidad de propietario del bien objeto de la compraventa...

En consecuencia, las respectivas responsabilidades del mercado en línea en los supuestos del ap. 1 y del ap. 3 del art. 6 RSD nos parecen claras y determinantes. Por ello nos resulta criticable lo que señala el propio RSD en el considerando 17 cuando afirma:

... las normas de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecidas en el presente reglamento sólo deben determinar cuándo no se pueden exigir responsabilidades al prestador de servicios intermediarios [...] No cabe entender que esas disposiciones sienten una base positiva para establecer cuándo se pueden exigir responsabilidades a un prestador, lo cual corresponde determinar a las normas aplicables del Derecho de la Unión o nacional...

Esta declaración resulta paradójica, pues parece estar presuponiendo que un juez no podría apoyarse (exclusivamente) en el art. 6 del RSD para sancionar la responsabilidad del prestador en los supuestos que analizamos. Este texto (por lo demás, carente de valor normativo por no estar en el articulado) contradiría la jurisprudencia de la UE vertida en aplicación de la DCE 2000/31/CE, que ha establecido la responsabilidad de los mercados en línea fundándose en su art. 14, regulador de los servicios de alojamiento de datos (hoy derogado por el RSD: cfr. art.

³² BERMÚDEZ BALLESTEROS, «Mayor transparencia en las transacciones realizadas a través de mercados en línea: novedades en el Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, p. 51, (<https://drive.google.com/drive/search?q=type:pdf>).

³³ En el presente caso el taller vendió un vehículo por cuenta del propietario sin informar a la compradora (consumidora) que actuaba en su condición de intermediario del propietario del vehículo. El coche sufrió una avería que fue reparada en el taller, iniciándose el pleito por una demanda que ejercitó el taller contra la compradora reclamándole el importe de la reparación, a la cual reconvino la compradora ejercitando la acción de resolución del contrato de compraventa e indemnización. El tribunal belga de segunda instancia planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE, preguntando si el profesional (taller) podría ser responsable del cumplimiento del contrato al margen de que haya informado o no al consumidor que el vendedor es un particular.

89.1)³⁴. En ese texto del RSD tenemos una manifestación de la falta de decisión del legislador comunitario en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios y, por tanto, de la confusión existente en el tema de los mercados en línea que venimos denunciando.

4.3. Las responsabilidades del mercado en línea derivadas de las obligaciones de información que establece la Directiva 2011/83/UE

El art. 6 bis de la Directiva 2011/83/UE³⁵ en el en el ámbito de los contratos a distancia con consumidores establece una serie de deberes de información que pesan sobre los mercados en línea. Prescribe lo siguiente:

Antes de que el consumidor quede obligado por un contrato a distancia, el proveedor del mercado en línea está obligado a facilitar la siguiente información:

- A) información sobre los parámetros que determinan la clasificación de las ofertas presentadas al consumidor como resultado de la búsqueda.
- B) si el tercero que ofrece los bienes o servicios es un comerciante o no.
- C) cuando el tercero que ofrece los bienes o servicios no sea un comerciante, que los derechos de los consumidores no son de aplicación al contrato.
- D) cuando proceda cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes o servicios y el proveedor del mercado en línea.

Tal como la normativa comunitaria nos tiene acostumbrados, especialmente en materia de deberes de información precontractual, no se señalan cuáles son las consecuencias de su falta de cumplimiento. Con ello una vez más hemos de acudir al Derecho interno para llenar la laguna. Conviene hacer notar previamente que la Directiva habla de “tercero” para referirse al proveedor de bienes y servicios, con lo que resulta que el legislador comunitario está presumiendo que el mercado en línea va a presentarse frente a los potenciales adquirentes como un gestor que facilita la interacción contractual entre el proveedor de los bienes o servicios y los adquirentes-consumidores. De no ser así, ya sabemos que entraría en aplicación el art. 6.3 RSD.

Presupuesto lo anterior, veamos uno por uno los extremos de información precontractual que se establecen en la Directiva 2011/83/UE y las posibles consecuencias de su incumplimiento o mal cumplimiento.

³⁴ Como señala acertadamente DIEZ SOTO, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea por incumplimiento del contrato subyacente», en GONZÁLEZ PACANOWSKA/PLANA ARNALDO (coords.), *Contratación en el entorno digital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 208, resulta significativo que el RSD no se haya hecho eco de la doctrina “de la decisiva influencia de la plataforma en la presentación de las ofertas de los proveedores” que el TJUE sentara entre otros casos, en la sentencia de 12 julio 2011, asunto C-324/09 L’Oreal c. eBay, que versó sobre diversas vulneraciones de derechos de la marca de cosméticos cometidas en las ventas que terceros realizaron en la plataforma eBay y en las sentencias de 20 diciembre 2017, asunto C435/15, Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, S.L. y 10 abril 2018, asunto C320/16 Uber France SAS, en los que había que dilucidar si el mercado en línea era un servicio de intermediación que no necesita autorización para operar o un servicio de transporte necesitado de una licencia *ad hoc* y en competencia (ilegal) con el del taxi.

³⁵ El contenido de este precepto en la redacción que recibió por la Directiva de modernización, lo ha recogido el TRLGDCU en el art. 97 bis, que es copia textual del art. 6 bis de la Directiva 2011/83/UE, salvo en que recoge dos extremos informativos adicionales a los que luego nos referiremos.

El apartado A) se enmarca en la obligación de transparencia del sistema de recomendación exigible a las plataformas en línea por el art. 27 RSD. La ocultación de los parámetros que determinan la clasificación o la indefinición de estos podría determinar que el consumidor se decantara por una u otra oferta de bienes o servicios y contratara con tal o cual proveedor basándose en una errónea información. En otras palabras, si se cumplen los requisitos para que se configure un error-vicio del consentimiento (art. 1266 CC), es decir, si el consumidor no hubiera celebrado el contrato de haber conocido los parámetros, el contrato podría ser impugnado frente al proveedor de los bienes o servicios y la plataforma habría de responder de los perjuicios como causante del error. Sin embargo, un requisito previo para ir contra el mercado en línea sería que el consumidor ejercitara efectivamente la acción de nulidad del contrato subyacente y que tuviese éxito. La acción indemnizatoria contra la plataforma derivaría *ex contractu* de la relación de mediación, no es un extraño el causante del error. Lo anterior puede hacerse extensivo a los motores de búsqueda independientes de los mercados en línea. Aunque la Directiva 2011/83 que examinamos no se refiere a ellos, el RSD extiende a éstos la obligación de transparencia del sistema de recomendación, lo cual abre una vía para exigirles responsabilidad, aunque aquí la culpa sería aquiliana porque el motor de búsqueda sería tercero extraño a la relación triangular típica de los contratos en plataformas de intermediación.

En cuanto a la obligación de información establecida en el apartado B) hay que conectarla con las obligaciones de los mercados en línea relativas a la monitorización de los comerciantes -ya examinadas- que regula el art. 30 del RSD. Recordemos en este sentido que los mercados en línea no deben estar obligados a realizar actividades excesivas o desproporcionadas de control de la información que los comerciantes les proporcionen. En consecuencia, sólo en caso de demostrarse que el mercado en línea no ha cumplido con el deber de diligencia señalado, podría ser responsable de los perjuicios causados al consumidor por la falsedad de los datos facilitados por el proveedor de bienes o servicios (por ejemplo, que el proveedor haya informado a la plataforma que es comerciante no siéndolo realmente o, al contrario, que el proveedor es consumidor -particular- no siéndolo). Igualmente, si el mercado en línea ha recibido una notificación *ad hoc* de falsa información de que un proveedor se ha atribuido una condición falsa y la plataforma no ha actuado para retirar exigir la rectificación del contenido o bloquear el acceso a ese proveedor, respondería en base al art. 6.1 RSD. La responsabilidad de la plataforma en estos casos tendría el mismo alcance y presupuestos que la que acabamos de ver respecto de la letra A), ya que la contratación de un bien o un servicio basada en una condición del proveedor que no se corresponde con la realidad podría justificar la anulación del contrato por error o dolo (del proveedor), siendo responsable la plataforma por haber provocado la nulidad.

En relación con el deber de información de este apartado B) del art. 6 bis que analizamos, hemos de referir otra posible actuación en el marco del Derecho de la competencia, aunque tenga muchas limitaciones para llevarla a la práctica. No informar sobre la condición de profesional o consumidor del proveedor haría incurrir a la plataforma en línea en omisión engañosa³⁶. El apartado 4, f) del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales establece como omisión engañosa, aplicable específicamente a los mercados en línea, la información falsa de que el tercero que ofrece el producto es un

³⁶ En este sentido BERMÚDEZ BALLESTEROS, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, pp. 50. (<https://drive.google.com/drive/search?q=type:pdf>).

comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero³⁷. Como el presupuesto es que el mercado en línea facilite esa información por la declaración del proveedor, esto significaría que habrá que demostrar el incumplimiento por la plataforma de la obligación de monitorización de los comerciantes del art. 30 RSD con los límites que vimos que tenía. A parte de lo anterior, la Directiva 2005/29/CE recoge un nuevo art. 11 bis (introducido por la Directiva de Modernización) que, como novedad, dispone que los consumidores en caso de prácticas comerciales desleales deberán tener acceso a medidas correctoras, incluida una indemnización y –cuando proceda– una reducción del precio o la resolución del contrato. El legislador comunitario brinda margen en este art. 11 bis a los Estados miembros para establecer las condiciones y efectos de estas nuevas medidas correctoras, lo que no ha hecho ni desarrollado el legislador español, salvo la indemnizatoria que ya estaba en nuestra Ley de Competencia Desleal (art. 32.1, 5.ª) y también con límites en cuanto a la legitimación (art. 33, 1, párr. 3.º LCD). En este aspecto que comentamos el panorama es bastante descorazonador.

Pasamos ahora a la información a la que se refiere el apartado C), la advertencia de que no son de aplicación las normas de protección de los consumidores supone una alerta que puede desincentivar que el adquirente (consumidor también) culmine el proceso de contratación, es decir, que decida no contratar. Cabe pensar, por tanto, que su falta podría ser también motivo para anular el contrato por error. Se trataría de un error de Derecho, sólo invalidante en la medida en que, de haber conocido que no estaba protegido por las normas sobre contratos con consumidores, no habría realizado el contrato. El mercado en línea tendría que asumir los perjuicios causados como en los supuestos anteriores por haber provocado la nulidad.

Respecto a la obligación del apartado D), relativa a cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero y el mercado en línea, se trata de una obligación configurada por el legislador como meramente potestativa, reparto que de especificarse o no, en ningún caso elimina la responsabilidad que el mercado en línea o el proveedor tienen legalmente. Sin embargo, en caso de que la información al respecto fuera falsa, también tendría consecuencias en la misma línea de lo dicho respecto a los otros extremos.

Para terminar, hemos de examinar los extremos informativos adicionales -no establecidos en la Directiva- que incluye el art. 97 bis del TRLGDCU. Son: letra e) en su caso, las garantías y seguros ofrecidos por el proveedor del mercado en línea; y letra f) los métodos de resolución de conflictos y, en su caso, el papel desempeñado por el proveedor del mercado en línea en la solución de controversias. El de la letra e) es potestativo, pero si se informa falsamente al respecto, reiteramos lo señalado en los párrafos anteriores sobre la responsabilidad de la plataforma. En cuanto a la información sobre el método de resolución de conflictos, el RSD en los arts. 19 y ss., tal como hemos referido en págs. anteriores, establece la obligación de las plataformas en línea de crear un sistema interno de gestión de reclamaciones e indicaciones sobre los órganos de resolución extrajudicial de litigios. Son obligaciones de diligencia del mercado en línea que es poco probable que se incumplan. Si se cumplen y la información que se dé al respecto resulta falsa, difícilmente creemos que en la práctica el engaño (dolo) de la plataforma sea determinante (grave en la dicción del CC: art. 1270) para que el consumidor celebre el contrato y por tanto invalidante, lo que no excluye un dolo incidental de cuyo daño sería responsable la plataforma.

³⁷ Este nuevo acto de competencia desleal no lo ha introducido el legislador español en la reforma realizada en la Ley de Competencia Desleal por RDL 24/2021, lo que no excluiría su aplicación directa al Derecho interno.

5. Conclusiones

En este estudio se ha analizado la regulación de los mercados en línea en el Derecho de la Unión Europea con la finalidad de determinar las responsabilidades en las que puede incurrir respecto del contrato subyacente que intermedia. Se ha constatado que las múltiples intervenciones legislativas, aunque necesarias para abordar diferentes aspectos de la intermediación digital, han resultado en un panorama normativo confuso y difícil de interpretar, que este trabajo pretende aclarar y abrir a una mayor profundización.

El Reglamento (UE) 2022/1925, a pesar de sus paradojas, permite fundamentar que los mercados en línea como prestadores que son de un servicio intermediario de alojamiento de datos, pueden incurrir en responsabilidad por determinados daños y perjuicios causados al que adquiere un bien o servicio en su plataforma, por actividades del proveedor de estos contrarias al Derecho de la Unión o al Derecho nacional. Además, el incumplimiento de las obligaciones de transparencia por parte de la plataforma en línea puede vincularla directamente con el contrato subyacente, haciéndola responsable como si fuese ella misma el proveedor del bien o del servicio ante el consumidor. Asimismo, en tanto que el Reglamento de Servicios Digitales (RSD) y la Directiva 2011/83/UE imponen a las plataformas de intermediación obligaciones estrictas de información y supervisión, su incumplimiento o mal cumplimiento pueden determinar que el contrato subyacente adolezca de vicios del consentimiento cuyo cuasante y responsable del daño derivado del contrato anulado será la plataforma.

Es evidente que, en el contexto actual, la Unión Europea ha intentado adaptar su marco jurídico a los rápidos cambios tecnológicos y comerciales, pero queda claro que aún existen áreas que requieren mayor claridad y consolidación normativa para proteger adecuadamente a todos los actores involucrados en los mercados en línea, especialmente a los adquirentes aunque también a los proveedores.

6. Bibliografía

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La Contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Ed. Reus, Madrid, 2021.

ANTÓN ANTÓN, Alvaro, «El ordenamiento jurídico ante la economía de las plataformas», en ANTÓN ANTÓN, A. (dir.)/ FERRANDO NICOLAU, E., *Retos jurídicos y económicos emergentes en la economía de plataformas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 11 ss.

ARROYO Y AMAYUELAS, Esther, «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?», en ARROYO AMAYUELAS, E., (coord.)/CÁMARA LAPUENTE, S., *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Ed. Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 336 ss.

ARTIÑANO MARRA, Pastora, «El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno», *Revista CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, núm. 276, enero 2024, pp. 31 ss.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario, «Mayor transparencia en las transacciones realizadas a través de mercados en línea: novedades en el Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, pp. 38 ss.

(<https://drive.google.com/drive/search?q=type:pdf>).

CAMPOS CARVALHO, Joana, «Online Platforms: Concept, Role in the Conclusion of Contracts and Current Legal Framework in Europe», en ARROYO AMAYUELAS, E., (dir.)/CÁMARA LAPUENTE, S., *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 236 ss.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa», COM(2016) 356 final, {SWD(2016) 184 final}.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 177/01).

DIEZ SOTO, Carlos, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea por incumplimiento del contrato subyacente», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I./PLANA ARNALDO, M.C. (coords.), *Contratación en el entorno digital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 159 ss.

GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel, «El contrato de intermediación entre las plataformas colaborativas y los usuarios», en ALFONSO SÁNCHEZ, R./VALERO TORRIJOS, J. (dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 363 ss.

HOBOKEN, Joris et al., *Hosting Intermediary Services and Illegal Content. An analysis of the article 14 ECD in light of development in the online service landscape*, Institute for Information Law (Amsterdam), Study carried out for the European Commission, Luxembourg (Publications Office of the European Union), 2018.

MATO PACÍN, María N., *Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales. En especial, los patrones oscuros*, Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024.

MIRANDA SERRANO, Luis María, «La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa. Reflexiones al hilo de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 sobre Uber», *La Ley Mercantil*, núm. 50, sept. 2018, p. 1 ss.

MONTERO PASCUAL, Juan José, «La regulación de la economía colaborativa», en MONTERO PASCUAL (dir.), *La regulación de la Economía Colaborativa, Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 38 ss.

MONTINARO, Roberta, «Online Marketplaces and Consumer Law», en *Il nuovo Diritto Civile, Dike Giuridica*, fascicolo 3, 2021, pp. 219 ss.

ORTI VALLEJO, Antonio, «Las relaciones contractuales en las plataformas de Economía colaborativa», en ORTI VALLEJO/RUBIO GIMENO (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 81 ss.

ORTI VALLEJO, Antonio/ RUBIO GIMENO, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel, «El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa», en MONTERO PASCUAL (dir.), *La regulación de la Economía Colaborativa, Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 125 ss.

VICEIRA ORTEGA, Patricia, «Factores que afectan a la libertad contractual y a la efectividad de cláusulas de termination o resolución expresa impuestas por las plataformas de alojamiento hotelero a los usuarios profesionales en relación con el reglamento (UE) 1950/2019» en ALBIEZ DOHRMANN, K.J./CASTILLO PARRILLA, J.A. (dirs.) *Equidad y transparencia en plataformas de alojamiento hotelero en España*, Universidad de Granada, 2024, pp. 409 ss.

VICEIRA ORTEGA, Patricia, «Dependencia económica y cláusulas contractuales en la contratación con plataformas de alojamiento: una perspectiva europea (1)», *Diario La Ley*, núm. 10550, sección tribuna, 19 de Julio de 2024.

WORKING GROUP, Impulse paper on specific liability issues raised by the collaborative economy in the accommodation sector, University of Groningen, 1 March 2016.

Xavier Cecchini Rosell
Universidad Autónoma de
Barcelona

Ineficacia sobrevenida del testamento y efectos revocatorios en el Código civil de Cataluña

Sumario

El presente estudio tiene por objeto analizar los efectos de los testamentos en los que, conteniendo institución de heredero, se produce su frustración por causas sobrevenidas. Se entiende por frustración de la institución aquellos supuestos en los que el llamado no llega a suceder porque no quiere o porque no puede. La doctrina no es unánime en cuanto a los efectos del supuesto y la práctica notarial y registral no siguen criterios unificados. La fidelidad del legislador catalán a los principios del Derecho sucesorio tradicionales provoca cierta rigidez del sistema y puede llevar a soluciones que no sean acordes con la voluntad del testador. La ineficacia del testamento por falta de institución de heredero – originaria o sobrevenida- y el juego de la cláusula codicilar, no disponen de una regulación clara en cuanto a los supuestos en los que deben aplicarse. Se analizan las posiciones doctrinales y se propone una vía de solución.

Abstract

The purpose of the present paper consists of the study of the effects of testaments in which, containing the institution of the heir, their frustration occurs due to unforeseen causes. Frustration of the institution of the heir is understood as those cases in which the succession does not take place because the heir does not want to or because he or she cannot inherit. The authors are divided regarding the effects of the issue and notaries and property registers do not follow unified criteria. The fidelity of the Catalan legislator to the traditional principles of inheritance law causes a certain rigidity of the system and can lead to solutions that are not in accordance with the will of the testator. The nullity or ineffectiveness of the testament due to lack of institution of the heir - original or supervening - and the use of the codicillary clause, do not have a clear regulation regarding the cases in which they must be applied. The opinions of the authors will be examined, and a solution will be presented.

Title: Subsequent ineffectiveness of the will and revocation effects in the Civil Code of Catalonia

Palabras clave: Testamento, revocación, ineficacia, frustración de la institución de heredero, principios sucesorios.

Keywords: Testament, revocation, ineffectiveness, frustration of the institution of heir, inheritance principles

DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.04

1.2025

Recepción

12/09/2024

-

Aceptación

02/01/2025

-

Índice

-

1. Planteamiento del problema.

- 1.1. Objeto de estudio.
- 1.2. Breve examen del régimen jurídico del Código civil español.
- 1.3. ¿En qué momento un testamento debe considerarse ineficaz?

2. Delimitación de los conceptos de nulidad e ineficacia del testamento.

- 2.1. Origen de la ineficacia de los testamentos.
- 2.2. Inexistencia o nulidad del testamento.
- 2.3. ¿Es admisible la categoría de la anulabilidad en los negocios testamentarios?
- 2.4. Inconvenientes del régimen singular de la nulidad de los testamentos.
- 2.5. La forma y las formalidades como requisitos de validez de los testamentos.
- 2.6. La eficacia revocatoria de los testamentos otorgados en diversos países.

3. La institución de heredero como elemento necesario para la validez del testamento. Una crítica a los principios sucesorios del Derecho catalán.

- 3.1. La institución de heredero en el testamento.
- 3.2. El principio de incompatibilidad entre sucesión voluntaria y legal.
- 3.3. El principio de perdurabilidad de la institución de heredero.

4. La eficacia revocatoria del testamento nulo o ineficaz.

- 4.1. Examen de distintos supuestos de ineficacia.
- 4.2. La caducidad de los testamentos.
- 4.3. La preterición errónea como supuesto de ineficacia no revocatoria.
- 4.4. Especial referencia a la ineficacia por crisis matrimonial o de convivencia.
- 4.5. La frustración del llamamiento de heredero y eficacia revocatoria.

5. La cláusula codicilar y supuestos en que actúa.

- 5.1. Origen, concepto y función actual.
- 5.2. Posiciones doctrinales sobre la aplicación de la cláusula codicilar.

6. Conclusiones.**7. Bibliografía.**

-

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

1. Planteamiento del problema^{1*}

1.1. Objeto de estudio

El interés del tema objeto del presente estudio tiene su origen en los problemas interpretativos que determinados preceptos del CCCat provocan en sede de ineficacia testamentaria y, en especial, en cuanto a los efectos revocatorios del testamento ineficaz. La falta de claridad en los términos utilizados por el legislador catalán ha dado lugar a opiniones opuestas entre los autores y ha presentado diversidad de soluciones en la práctica notarial, por lo que es necesario examinar en profundidad el contenido de la norma jurídica, así como la interpretación de los negocios jurídicos testamentarios bajo el prisma de la voluntad del testador².

La función del legislador debería ser la de dar soluciones jurídicas a los supuestos de hecho que se presentan en la práctica y esas soluciones deberían ser claras, sin que dieran entrada a interpretaciones contrapuestas en perjuicio de la seguridad jurídica. La exposición de motivos de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña (en adelante CCCat), relativo a las sucesiones, expresa que las normas sobre ineficacia de los testamentos y de las disposiciones testamentarias, son objeto de una nueva sistematización y reformulación, más de acuerdo con los principios de la dogmática jurídica moderna³. Sin embargo, esa pretendida claridad buscada por el legislador no parece que haya sido lograda en su totalidad. Así, cuando el artículo 422-9.2 CCCat sostiene que «*El otorgamiento de un testamento válido y eficaz revoca de pleno derecho el testamento anterior*» se presentan dudas sobre qué debe entenderse por testamento «*eficaz*», esto es, si se refiere a los testamentos válidamente otorgados y no impugnados o a los testamentos en los que no les afecte una ineficacia sobrevenida por causa de frustración de la llamada al heredero. Estas dudas no quedan disipadas, sino que incluso se incrementan, por el hecho de que el CCCat haya introducido una modificación en el precepto respecto del anteriormente vigente artículo 130 del código de sucesiones (en adelante, CS). Este artículo del CS afirmaba que «*El otorgamiento de un testamento válido revoca de pleno derecho el*

^{1*}Autor/a de contacto: Xavier Cecchini Rosell (Xavier.Cecchini@uab.cat).

² El actual interés del objeto de este trabajo deriva de las últimas resoluciones de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de la Generalitat de Cataluña, especialmente la Res. JUS/1618/2024, de 8 de mayo (DOGC, núm. 9163, de 15 de mayo de 2024) donde se constata que la ineficacia por crisis matrimonial o de convivencia del art. 422-13 del Código civil de Cataluña, cuando afecta a la institución de heredero provoca la invalidez del testamento, por lo que el instrumento carecería de eficacia revocatoria respecto del testamento anterior, que ordenaría la sucesión, en preferencia a la apertura de la sucesión intestada. Sin embargo, dicha Dirección adoptó un criterio contrario en el caso en que la institución de heredero en el testamento quedaba frustrada por repudiación del llamado (Res. JUS/2437/2015, de 15 de octubre –DOGC 6993, de 9 de noviembre de 2015). Si bien es cierto que la Res. 2024 citada junto con la Res. JUS/2093/2024, de 7 de junio, lo expresan *obiter*. Esta contradicción la constata ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (abril-juny 2024)», *InDret*, 3.2024, p. 576, «En canvi, quan es tracta d'una ineficàcia de la institució deguda a l'aplicació de l'art. 422-13 del Codi Civil de Catalunya, norma aquesta l'oportunitat de la qual ja s'ha qüestionat altres vegades, la resposta és diferent i no s'acaba d'entendre amb quin fonament. En aquest cas, per a la DGDEJiM caldria que s'hagués previst una institució d'hereu per al cas que el cònjuge instituint no arribi a ser-ho, perquè d'altra manera, diu la DGDEJiM, la ineficàcia de la institució d'hereu determina la manca de validesa (i d'eficàcia) del testament en la seva integritat, perdent també, cal entendre, la força revocatòria dels testaments anteriors.»

³ Afirma la exposición de motivos de la Ley 10/2008 que «*Se pone un cuidado especial en esclarecer el derecho vigente en materia de revocación y compatibilidad entre testamentos, así como en todo lo relativo a las consecuencias de la ineficacia de los testamentos. En este sentido, se precisan las consecuencias generales de la nulidad y caducidad de un testamento respecto al testamento anterior y las consecuencias de la nulidad parcial.*»

testamento anterior», sin hacer referencia al concepto de «eficacia»⁴. El problema se agrava cuando se examina el texto del Proyecto de ley del libro IV, que sostenía en el art. 422-9.2 (proyecto) que «El otorgamiento de un testamento válido revoca de pleno derecho el testamento anterior. Los mismos efectos revocatorios producen el testamento válido, que posteriormente deviene ineficaz.». El texto que finalmente pasó al articulado del art. 422-9.2 parece decir lo contrario de lo que decía el proyecto, ya que según su texto el testamento ineficaz (cabe pensar por frustración, ya que en el caso de preterición errónea o de caducidad es claro que no se produce el efecto revocatorio), tenía eficacia revocatoria, en cambio según el texto vigente, solo tendrá eficacia revocatoria el testamento válido y eficaz.

Juntamente con el citado artículo 422-9.2 sobre la revocación tácita, también aparecen los conceptos de «*validez y eficacia*» expresados de forma conjunta en el artículo 422-6.1 al regular la cláusula codicilar. Dice el art. 422-6.1 que «*El testamento que es nulo o deviene ineficaz por falta de institución de heredero vale como codicilo si cumple los requisitos del mismo*». La lógica del precepto puede llevarnos a entender que la ineficacia sobrevenida del testamento se producirá en los supuestos en que los llamados no quieran (p.e. repudiación, no aceptación del cargo de albacea universal en los testamentos que no contengan institución de heredero) o no puedan suceder (p.e. premoriencia, declaración de muerte antes de la apertura de la sucesión, conmoriencia, inhabilidad, indignidad, incumplimiento de la condición suspensiva, muerte del llamado antes del cumplimiento de la condición suspensiva, crisis matrimonial o de convivencia después de otorgarse el testamento o nulidad de la institución de heredero en virtud del art. 423-11). Cabe incluir entre los supuestos de ineficacia sobrevenida de la institución la no constitución de la persona jurídica ordenada por el testador.

Estos supuestos podrían considerarse como casos en los que el testamento no tendrá eficacia revocatoria del anterior, por mandato del art. 422-9.2. Si este precepto, a su vez, se relaciona con el art. 422-6, podría argumentarse que el testamento ineficaz vale como codicilo, no revocatorio del testamento anterior –en caso de existir–, por lo que éste será el que debería regir la sucesión y no las normas de la sucesión intestada. Evidentemente que estas causas que se han descrito de frustración de la institución de heredero concurrirán si no se ha previsto, por parte del testador, una sustitución vulgar, siempre que sea efectiva y en el caso que la frustración afecte a todos los llamados, ya que siempre podrá actuar el derecho de acrecer.

El resultado que en una primera aproximación ofrece el legislador se enfrenta de forma clara con la voluntad del testador, ley en la sucesión testamentaria. Así, si el testador ha otorgado un segundo o ulterior testamento y ha manifestado su voluntad de revocar el anterior o anteriores, flaco favor se hace a su voluntad testamentaria si se rige la sucesión por el testamento expresamente revocado por causa no contemplada en el testamento, sobrevenida, como la repudiación o la premoriencia del llamado y de los sustitutos vulgares, en caso de existir. Como se examinará después, no parece que el hecho de que conste una revocación expresa o tácita en el otorgamiento de un segundo o ulterior testamento quepa albergar diferenciación en cuanto a

⁴ MARSAL GUILLAMET, Joan, “Ineficacia y revocación del testamento”, en AAVV, *Tratado de derecho de sucesiones*, tomo I, Civitas, Madrid, 2011, p. 628, considera que los artículos 130 CS y 422-9.2 CCCat y su distinta redacción no ha alterado su contenido: «Debe entenderse que se trata de preceptos de idéntico contenido y que la alusión a la eficacia es consecuencia de la nueva regulación de la preterición errónea de legitimarios, que ya no provoca la nulidad del testamento sino su ineficacia (art. 422-7.1 CC).»

los efectos revocatorios, a pesar de la literalidad de los dos primeros apartados del artículo 422-9 CCCat.

1.2. Breve examen del régimen jurídico del Código civil español

La justificación de esta referencia al Derecho del Código civil español (en adelante, CCE), se justifica porque los artículos 739 y 740 CCE conforman un precedente de la materia en aplicación del Derecho supletorio, como destaca la Resolución JUS/2437/2015, de 15 de octubre de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de la Generalitat de Cataluña (en adelante, DGDEJyM).

La cuestión que se pretende estudiar aquí concierne especialmente al Derecho sucesorio catalán por virtud del principio sucesorio de la necesidad de institución de heredero para la validez del testamento. No puede trasladarse la cuestión en los mismos términos en el Derecho civil regulado en el CCE. En efecto, en el Derecho del CCE este problema no se produce, principalmente, por dos razones. La primera, porque en el mismo no se exige la institución de heredero para la validez del testamento, por lo que un testamento en el que se determine una herencia totalmente distribuida en legados no será nulo por esta causa⁵. La segunda, porque el artículo 740 CCE sostiene, aunque confundiendo los conceptos de caducidad con los de ineficacia, que «*La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquél o de éstos*»⁶. En el CCE se considera que es «perfecto» el testamento que es formalmente válido y que la invalidez testamentaria no cabe confundirla con la virtualidad de los llamamientos.⁷ Se afirma, en el caso del art. 740, que el testamento es externamente perfecto, aunque en su aspecto interno o de contenido sea ineficaz, por lo que sitúa la cuestión en una ineficacia meramente subjetiva que no afecta a la eficacia revocatoria del testamento anterior, por mandato del artículo citado⁸.

1.3. ¿En qué momento un testamento debe considerarse ineficaz?

En líneas generales, se ha planteado la duda sobre si, o bien la validez y eficacia del testamento se produce en el momento de su otorgamiento, esto es, en vida del testador, o bien sólo puede hablarse de validez y eficacia del negocio jurídico testamentario a partir del momento de la

⁵ Dice el art. 764 CCE que «*El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.*», de donde se deduce la no vigencia en el derecho civil español de los principios de necesidad de institución de heredero en el testamento y de la no ineficacia del mismo por frustración de los herederos llamados, por lo que el testamento válido tendrá, sin duda, eficacia revocatoria.

⁶ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, “Comentario al artículo 740”, en *Comentarios del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1850, señala que «El precepto emplea el término caducidad sin univocidad, pues en otros alterna este término con el de ineficacia; en el concepto de caducidad se suelen incluir todos los supuestos de ineficacia sobrevenida, sea por haber cesado las circunstancias que justificaban la especialidad del testamento otorgado (en peligro de inminente de muerte, en caso de epidemia; en campaña o peligro de acción de guerra, marítimo: v. arts. 703, 719, 720 y 730 CC), sea por incumplimiento de formalidades o requisitos posteriores a su otorgamiento (adveración y protocolización: art. 704 CC).»

⁷ SANCHO REBULLIDA, “Comentario al artículo 739”, en *Comentarios...*, cit. p. 1848.

⁸ Según RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones, Común y Foral*, tomo I, 4ª edición, Dykinson, Madrid, 2009, p. 811 «El testamento posterior ha de ser como exige el art. 739, perfecto. El calificativo hay que entenderlo en el sentido de que el testamento posterior es extrínsecamente correcto, aunque en el aspecto interno o de contenido sea ineficaz.»

muerte del causante. Todo parece indicar que el testamento es un negocio jurídico *mortis causa*, que solo podrá considerarse válido y eficaz a partir de la muerte del testador y nunca antes de ese momento⁹. Antes de la muerte del testador existe un negocio jurídico que es esencialmente revocable, por lo que no puede hablarse de eficacia, pero tampoco de validez. Evidentemente que, en lo que respecta especialmente a los testamentos notariales abiertos, podrá hablarse de un documento autorizado por notario en el que concurren los requisitos necesarios exigidos por el ordenamiento jurídico; el negocio se habrá perfeccionado, pero ello no lo convierte en válido ni en eficaz, todavía.

Por ello, el testamento que se otorga, sea notarial u ológrafo, solo será eficaz a partir del momento de la apertura de la sucesión, esto es, cuando se produzca la muerte del causante, puesto que el testamento es un negocio *mortis causa* y no producirá ningún efecto sucesorio en vida del testador¹⁰. De ahí que la ley no conceda legitimación para impugnar un testamento en vida del testador, ya que el negocio, si bien perfecto, no ha podido desempeñar su eficacia¹¹. Por ello considero que no puede hablarse de reviviscencia del testamento revocado por otro posterior, ya que el propio legislador prevé la posibilidad que el testador en un tercer testamento revoque el anteriormente otorgado, el segundo, declarando expresamente que valga aquello previsto en el primero (art. 422-9.3). El primer testamento nunca se revocó por el segundo, e incluso al otorgarse el tercero, tampoco es eficaz, todavía, el primero, sino que deberá esperarse a que se haya abierto la sucesión y el instrumento contenga los requisitos para su validez.

2. Delimitación de los conceptos de nulidad e ineficacia del testamento

2.1. Origen de la ineficacia de los testamentos

La doctrina civilista catalana clásica distinguía entre causas originarias y causas sobrevenidas que invalidaban un testamento. Entre las causas sobrevenidas de invalidación se destacaba el *testamentum destitutum vel desertum* que era aquel en el que, si bien el instrumento contenía institución de heredero, este faltaba por causas sobrevenidas, como podría ser la premoriencia o la repudiación¹².

⁹ Podría considerarse como excepción el supuesto en el que, al testador, después de haber otorgado testamento, le sobreviniera una discapacidad con medidas de apoyo de naturaleza representativa, que no le permita emitir una voluntad testamentaria y la imposibilidad que en esos casos pudiera otorgarse un testamento por sustitución ejemplar.

¹⁰ MARSAL GUILLAMET, Joan “Ineficacia y revocación del testamento”, en AAVV, *Tratado...*, cit., p. 627, señala que «los negocios jurídicos mortis causa tienen como presupuesto de adquisición de valor negocial el fallecimiento del testador, los efectos de la revocación se producen siempre post mortem.»

¹¹ MARSAL GUILLAMET, Joan “La ineficàcia del testament” en BADOSA COLL, Ferran, *Compendi de Dret civil català*, Madrid-Barcelona, 1999, p. 485; en el mismo sentido, CAMACHO CLAVIJO, Sandra, *El testamento revocatorio: la reorganización de la sucesión mediante la revocación testamentaria*, Madrid, 2015, p. 70, sostiene que «en vida del testador, por sí sola carece de eficacia jurídica sin que se produzcan ninguno de los efectos extintivos que la ley le atribuye, pues el fallecimiento del testador es la *condictio iuris*, o sea el hecho futuro y objetivamente incierto del que depende la plena eficacia jurídica de la revocación».

¹² BORRELL I SOLER, Antoni M., *Dret civil vigent a Catalunya*, vol. V, segunda parte, Barcelona, 1923, p. 381-382. Destaca como causas de invalidación originarias: la falta de capacidad o de voluntad libre del testador (*testamentum nullum*); la falta de solemnidades externas (*testamentum injustum*); la falta de heredero (por no existir el instituido o por ser incapaz el heredero). Respecto de las causas de invalidación sobrevenidas destaca la falta sobrevenida de capacidad del testador (*testamentum irritum*); la falta sobrevenida de voluntad del testador, revocación (*testamentum ruptum*); la falta sobrevenida de heredero (*testamentum destitutum vel desertum*). Como última causa que califica de originaria o sobrevenida destaca la preterición (*testamentum rescissum*).

El CCCat utiliza, como se ha podido ver, los conceptos de validez y eficacia sin que se determine de forma clara cuándo se produce una categoría o la otra ya que, aparte de considerar que todo testamento nulo será ineficaz, también considera la ineficacia como supuesto autónomo. Así, se distingue entre las causas de nulidad del testamento, en primer lugar, la atipicidad, esto es, el uso de un instrumento de últimas voluntades que no corresponde a ningún tipo de los legalmente previstos (notarial abierto o cerrado y ológrafo); en segundo lugar, el otorgado sin cumplir los requisitos legales de capacidad y de forma; y, en tercer lugar, el otorgado con engaño, violencia o intimidación grave (art. 422-1). Cabe destacar que la actual regulación distingue entre las causas de nulidad del testamento (art. 422-1) respecto de las causas de nulidad de las disposiciones testamentarias (art. 422-2), esto es, de determinadas cláusulas sean de la institución o no, que no privarán de validez al resto del testamento, dando paso a un supuesto de nulidad parcial.

La ineficacia del testamento puede proceder de su nulidad o de otras causas que le impidan desarrollar los efectos previstos o esperados. En el caso de la nulidad se sostiene que sus causas tienen origen en elementos intrínsecos del propio negocio, que afectan a su validez y, consecuentemente, a su eficacia. Por el contrario, el concepto de ineficacia que no proceda de la nulidad del negocio debe sus causas a elementos extrínsecos que le han afectado con posterioridad a su otorgamiento y que impedirán la producción de efectos.

Cabe preguntarse si la disposición testamentaria que afecta únicamente a la institución de heredero, esto es, la existencia, por ejemplo, de un supuesto de intimidación grave por parte del instituido (único) pero que no anula todo el testamento, puede considerarse como testamento válido. Ya hemos destacado que según el artículo 422-1.3 *«Son nulos los testamentos que no contienen institución de heredero, salvo que contengan nombramiento de albacea universal o sean otorgados por una persona sujeta al derecho de Tortosa»*, pero el artículo 422-5 deja la puerta abierta al hecho de que el testamento no pierda su validez, aunque la disposición declarada nula sea la institución de heredero, al sostener que *«La nulidad de cualquier disposición testamentaria no determina la nulidad total del testamento en que se ha ordenado, salvo que de su contexto resulte que el testador no habría ordenado las disposiciones válidas sin la disposición nula»*, donde cabe destacar que se refiere a *«cualquier disposición testamentaria»*, incluyendo pues la propia de la institución de heredero. Los motivos principales de esta regla cabe deducirlos del principio de conservación del negocio (*favor testamenti*), del respeto a la voluntad del testador y del hecho de que el testamento contenía institución de heredero, aunque la misma haya sido declarada nula¹³. Cabe considerar si los efectos que se acaban de describir de la cláusula de la institución nula pero que no anula el testamento es en realidad un supuesto de la denominada cláusula codicilar, ya que la institución será nula, y el negocio se habrá convertido en codicilo, por lo que el heredero habrá que buscarlo en la intestada.¹⁴

2.2. Inexistencia o nulidad del testamento

¹³ En este sentido afirma ANDERSON, Miriam, «Comentario al artículo 422-1» en *Comentari al Llibre Quart del Codi civil de Catalunya relatiu a les successions*, vol. I, Atelier, Barcelona, 2009, p. 268 que «es podria entendre que, per complir amb l'exigència de l'art. 423-1 CCCat i mantenir la validesa del testament, n'hi ha prou amb la institució d'hereu, encara que aquesta sigui nul·la». En el mismo sentido TARRAGONA COROMINA, Miquel, *Comentarios al Código de sucesiones de Catalunya*, tomo I, Barcelona, 1994, p. 488.

¹⁴ Sobre la cláusula codicilar nos remitimos a los que será tratado en el punto 5.2.

La doctrina ha discutido sobre si debe distinguirse entre las categorías de inexistencia y nulidad del negocio jurídico testamentario. A similitud de la doctrina derivada de la teoría general de la nulidad de los contratos originaria de la doctrina francesa (*pas de nullité sans texte*), se afirmaría que los supuestos en que no hay ni apariencia de testamento no podrían calificarse de «nulidad» sino propiamente de «inexistencia»¹⁵. Se trataría de los casos en que se manifiesta la voluntad *mortis causa* fuera de los instrumentos típicos permitidos por la ley, por ejemplo, en el caso de una grabación (de voz o de vídeo) del testador expresando sus últimas voluntades en soporte digital contenidas en un sobre como testamento cerrado, un testamento realizado solo ante testigos o un testamento ológrafo otorgado por un menor no emancipado.

La aceptación de la categoría de la inexistencia como diferenciada de la de nulidad de los testamentos no es meramente teórica, ya que puede tener consecuencias diversas en cuanto a sus efectos. En concreto, nos referimos a la aplicabilidad del artículo 422-3, que prevé que, si no se impugna el testamento dentro del plazo de caducidad de cuatro años por parte de las personas legitimadas, deberá considerarse el negocio como convalidado. De la misma manera quedaría convalidado si las personas legitimadas consienten en su validez o renuncian a la acción¹⁶. Ante ello, podríamos preguntarnos: ¿Cabría negar la posibilidad de convalidación de los negocios testamentarios inexistentes?

El legislador del CCCat ha unificado y simplificado el régimen de la invalidez de los testamentos, incluyendo dentro del concepto de nulidad supuestos propios de inexistencia del negocio (atipicidad) como otros supuestos de nulidad por defectos de forma o vicios de la voluntad. Sin embargo, parece difícil admitir la categoría de la inexistencia del testamento y parece más coherente aplicar el régimen singular de la nulidad, que requerirá del ejercicio de la acción judicial para que pueda considerarse nulo el negocio testamentario, aunque el mismo sea contrario a la ley, a la moral o al orden público (cfr. Art. 6.3 CCE, 111-6 CCCat)¹⁷.

Por ello, los efectos jurídicos en cuanto al ejercicio de la acción de nulidad serán los mismos tanto de aquellos actos que entren dentro de las causas de nulidad previstas como de aquellos que tienen una mera apariencia de testamento¹⁸. En este punto cabe considerar que la ley prioriza el

¹⁵ Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen I, Introducción. Teoría del contrato, 4ª edición, Madrid, 1993, p. 429.

¹⁶ La exposición de motivos de la Ley 10/2008 señala que «Se establece, en sustitución de los párrafos segundo y tercero del artículo 128 del Código de sucesiones, una regla que impide el ejercicio de la acción de nulidad a las personas que, conociendo la posible causa de nulidad, admiten la validez de la disposición testamentaria, la ejecutan voluntariamente o renuncian al ejercicio de la acción.»

¹⁷ Si bien el artículo 111-6 CCCat determina como límite a la libertad civil la imperatividad de las normas, el artículo 111-8 CCCat no admite que los particulares puedan ir contra sus propios actos. En el supuesto de nulidad de los testamentos, la ley da preeminencia a los actos de los particulares aunque sean nulos (aceptación del testamento nulo, atípico, otorgado con engaño, violencia o intimidación grave, o sin cumplir la forma solemne fijada por la ley imperativa), respecto de la coherencia de su conducta (aceptación del testamento, ejecución del mismo, renuncia al ejercicio de la acción de nulidad), dando lugar a una singular regulación de la nulidad de los negocios jurídicos testamentarios.

¹⁸ ANDERSON, M., cit, p. 265, cree que debe procurarse no distinguir entre nulidad e inexistencia y que el régimen jurídico aplicable de forma generalizada debe ser el contenido del artículo 422-3. Así, el testamento nulo o inexistente será eficaz si no se impugna en el plazo de cuatro años, si se renuncia a la acción, lo ejecutan voluntariamente o si se admite la validez del testamento. En contra, si bien con base en la legislación anterior, TARRAGONA COROMINA, «Comentario al art. 128 CS», en *Comentarios al Código de sucesiones...*, cit., p. 491: «Si la nulidad deriva de un defecto esencial de forma o de la ausencia de requisitos, entre los que sobresale el de

hecho de que estamos ante un acto de Derecho privado y que si las personas legitimadas para impugnar el testamento nulo o inexistente no lo hacen o el mismo es aceptado expresa o tácitamente por los interesados, salvo los derechos de los acreedores y las legítimas, nada obsta a concederle plena eficacia jurídica al acto o negocio.

Siempre se ha destacado que el régimen de invalidez de los negocios jurídicos bilaterales *inter vivos* es distinto respecto del de los negocios jurídicos unilaterales *mortis causa*¹⁹. En sede contractual no hay duda de que debe considerarse que son nulos los contratos que no reúnan los requisitos esenciales para su validez (art. 1261 CCE) y aquellos que contraríen la ley imperativa, vayan en contra de la moral o el orden público (art. 111-6 CCCat, y arts. 6.3 y 1255 CCE). En cambio, cuando en los contratos existe un vicio del consentimiento y su emisión no ha sido libre, por concurrir supuestos de error, intimidación, dolo o violencia, el ordenamiento jurídico se inclina por la categoría de la anulabilidad.

2.3. ¿Es admisible la categoría de la anulabilidad en los negocios testamentarios?

El régimen vigente de ineficacia entre los contratos y los testamentos no parece diferir tanto en el supuesto en el que hayan concurrido vicios en la declaración de voluntad. En el régimen de la nulidad de los testamentos existente en el CCCat en el que haya existido una voluntad fruto del engaño, violencia o intimidación grave, si el testamento no se impugna por parte de las personas legitimadas para ello en el plazo previsto de cuatro años de caducidad, el testamento ya no podrá impugnarse y quedará convalidado definitivamente. Ello obliga a preguntarse si en sede de invalidez de los testamentos también existe la categoría de la anulabilidad, entendida como aquel tipo de invalidez claudicante que sólo provocará la ineficacia del negocio a partir del momento en que sea decretada por la autoridad judicial después del oportuno ejercicio de la acción judicial.

No obstante, aunque el no ejercicio de la acción de nulidad, su renuncia, la ejecución del testamento o la admisión, por parte de los legitimados y con conocimiento de la causa de nulidad del testamento provoque la convalidación de este, no caber admitir en el régimen de invalidez de los testamentos la categoría de la anulabilidad²⁰. El hecho distintivo parece encontrarse en que la sentencia que señale la nulidad de un contrato por ejercicio de la acción de anulabilidad será una sentencia constitutiva que modificará o alterará una situación jurídica determinada, mientras que en sede testamentaria la sentencia judicial tendrá efectos declarativos, constatando una nulidad previa al ejercicio de la acción²¹.

capacidad –supuestos del artículo 125- no cabe la renuncia a la acción o la confirmación. Propiamente, el testamento, el codicilo o la memoria en que no se han observado los respectivos requisitos o formalidades puede reputarse inexistente como tal acto formal y solemne y, en consecuencia, carente de efectos.»

¹⁹ ROCA TRIAS, Encarna, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, 2009, p. 179.

²⁰ ROCA TRIAS, Encarna, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, 2009, p. 179, considera que es más prudente no extender el régimen de la anulabilidad contractual al testamento. En favor de entender que estamos ante un caso de anulabilidad, ESPIAU ESPIAU, Santiago, *El error en las disposiciones testamentarias. La regulación del “Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya”*, Tecnos, Madrid, 1994.

²¹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1988, p. 281, citando a Lacruz y Puig Brutau sostiene que «estos mismos autores admiten que la inexistencia y la nulidad radical son distintas de la anulabilidad o impugnación, ya que en aquéllas la sentencia es meramente declarativa, sin que el negocio sea subsanable si sea susceptible de confirmación y sin que la acción para pedir las pueda extinguirse por prescripción.»

2.4. Inconvenientes del régimen singular de la nulidad de los testamentos

En sede de negocios jurídicos testamentarios estamos, pues, ante una nulidad con efectos limitados por varias razones. Entre ellas cabe destacar que se restringen las personas legitimadas para impugnar el testamento, que no es apreciable de oficio por la autoridad judicial²², que se somete a un plazo limitado de caducidad, que de superarse comportará la convalidación del negocio y que se admiten como supuestos impeditivos de la acción determinadas conductas de los sujetos legitimados, como los actos propios, la renuncia a la acción, la ejecución del testamento o la admisión de su validez, sin más (art. 422-3.3)²³.

La acción de nulidad si bien es transmisible a los herederos, no podrán ejercerla los acreedores de la herencia (art. 422-3.4). Ello comportará que su no ejercicio pueda perjudicar a determinados acreedores, que no podrán ver tutelado su derecho mediante el ejercicio de la acción de nulidad en subrogación de los legitimados. Así, si un testamento nulo por violencia o intimidación provocada por el heredero testamentario podría ser impugnado por los llamados en la intestada (personas a quien puede beneficiar la declaración de nulidad), y no lo hacen estando en situación de insolvencia, sus acreedores no podrán ejercitar la acción (subrogatoria) en su lugar. No se trata de una acción personalísima, pero sí de una acción que tiene muy limitada los sujetos legitimados para ejercerla.

2.5. La forma y las formalidades como requisitos de validez de los testamentos

La regulación de la nulidad en los testamentos contenido en el CCCat no hace especial distinción entre requisitos de «forma» y las llamadas «formalidades». No hay duda de que el testamento es un negocio jurídico formal y solemne que necesariamente debe observar determinados requisitos para su validez. Estos requisitos, en los testamentos notariales, tienen por finalidad declarar la certeza de que la emisión de la voluntad por parte del testador se hizo en una situación de plena libertad, capacidad y legalidad. En el testamento notarial, especialmente el abierto, la intervención del notario asegura el hecho de que la emisión de la voluntad sea formalmente libre y que la persona testadora tenga plena capacidad para emitirla. En los testamentos notariales cerrados serán exigidos otros requisitos para asegurar la libertad en la emisión de la voluntad por parte del testador, como su firma en todas las páginas, con la expresión del lugar y la fecha. No podrán otorgar testamento cerrado quienes no sepan o no puedan leer y, en su apertura, deberán concurrir dos testigos idóneos. En los testamentos ológrafos las exigencias formales son más intensas, ya que la autografía del documento y su otorgamiento sin la presencia de fedatario

²² SAP Barcelona, sección 14, N.º 33/2007, de 25 de enero, (Roj: SAP B 271/2007), señala que «Este hecho impeditivo de la acción, exige un previo pronunciamiento de extinción o nulidad, que no puede apreciarse ex officio. La declaración de ineficacia o nulidad de cualquier disposición testamentaria precisa instar la acción una vez abierta la sucesión (artículos 125 y siguientes del Código de sucesiones). Conforme a la naturaleza de las normas de la sucesión, no pueden los Tribunales apreciar de oficio causas de nulidad de las disposiciones testamentarias, por cuanto rige el principio de prevalencia de las previsiones del causante.»

²³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones I*, cit, p. 287, señala que «Existe una doctrina jurisprudencial, francamente acertada, por responder al principio del *favor testamenti*, que admite la *convalidación* del testamento nulo o simplemente anulable por ciertos defectos puramente formales en su otorgamiento, basada en la admisión, expresa o tácita, de los herederos o legatarios de la validez del testamento informal, por aceptar su parte en la herencia.» En un sentido similar, ROCA TRIAS, *Instituciones...*, cit, 2009, p. 180, aunque sin aceptar la categoría de la anulabilidad en los testamentos.

público puede acarrear dudas respecto de su autoría y autenticidad, del lugar de redacción y de la fecha de este.

Se consideran «formalidades» aquellos requisitos exigidos por la ley cuando su inobservancia no determina necesariamente la nulidad del testamento²⁴. La distinción conceptual entre forma y formalidad no tiene su origen en la ley sino en la jurisprudencia y en la doctrina, y muchas veces no es fácil su distinción²⁵.

La expresión del lugar del otorgamiento es una formalidad, pero si bien no afectará a la validez del testamento la omisión de su expresión, sí es necesaria su determinación, aunque sea por medios indirectos.²⁶ Así, el artículo 422-1.2 sostiene que «*La falta de indicación o la indicación errónea del lugar o la fecha de otorgamiento del testamento que puedan afectar a su validez se salvan si pueden acreditarse de alguna otra forma*» por lo que el CCCat no exceptiona la exigencia del requisito de forma el lugar del otorgamiento, sino que prevé que el mismo pueda ser probado de otra manera²⁷. Por ello, el testamento podrá impugnarse si no consta el lugar del otorgamiento y no puede acreditarse de otra manera, especialmente en Derecho internacional privado, cuando la ley aplicable pueda ser distinta de la del lugar de otorgamiento.²⁸

Junto con la exigencia del lugar, cabe examinar el requisito de la hora. El CCCat en el citado artículo 422-1.2 se refiere a la fecha, no concretamente a la hora, sin embargo, cabe entender que el momento en que se otorga un testamento es determinante a efectos revocatorios de los

²⁴ ABRIL CAMPOY, Joan Manel, «Testamento ológrafo: requisitos de forma e institución de heredero. La calificación de los albaceas nombrados. (Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de abril de 1998 (1).)», en *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 222, de 21 de septiembre de 1998, p. 2 afirma que «se torna necesario diferenciar entre forma y formalidad. Así, mientras la forma es un medio de exteriorización de la voluntad, la formalidad es toda aquella circunstancia adicional que se conecta típicamente con la manifestación de la primera», a lo que añade «la mención del lugar debe reputarse como una formalidad y por ende no goza de trascendencia para viciar de nulidad el negocio testamentario».

²⁵ Es de obligada cita la STSJC de 23 de abril de 1998 (ponente: Lluís Puig Ferriol) en el que se relata que «El testament hològraf es va escriure en un full de paper que en el seu marge superior esquerra i amb lletres impreses porta la indicació «CIAS-Hospital de Barcelona». En el text manuscrit de la disposició testamentària el testador no fa constar el lloc de l'atorgament. L'article 120.1 del Codi de Successions exigeix per a la validesa del testament hològraf, apart d'altres requisits que ara no interessen, l'expressió del lloc de l'atorgament.». Ante la falta de este requisito el ponente hace distinción entre lo que debe considerarse como forma del testamento respecto de la mera formalidad: «s'ha d'entendre que la indicació de manera autògrafa del lloc de l'atorgament és un formalisme més que un requisit essencial de forma, especialment quan la determinació del lloc es pot determinar encara que sigui de forma indirecta, ja que la determinació indirecta permet comprovar que efectivament es van complir els requisits de forma que estableix la llei.» Por su parte, la STSJC de 7 de enero de 1992 indicó que la falta de la firma de uno de los testigos en el testamento (momento en que era requisito formal) no originaba su invalidez, sosteniendo que dicha firma «[se] trata de una mera formalidad, o con mejor tecnicismo, de un formalismo o ritualidad sin relevancia esencial.»

²⁶ Respecto de la falta del lugar de otorgamiento en un testamento ológrafo y la consideración de mera formalidad, véase la STSJC núm. 48/2013 de 9 septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2013:6527).

²⁷ CAMACHO CLAVIJO, Sandra, *El testamento revocatorio: la reorganización de la sucesión mediante la revocación testamentaria*, Madrid, 2015, p. 119, considera que «debe defenderse una interpretación general de la norma y esto significa que en cualquier caso de infracción de los requisitos de fecha y lugar del testamento, éstos puedan ser probados de otra manera y así evitar la nulidad.»

²⁸ Según el artículo 1.2 f) del Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento «la validez formal de las disposiciones mortis causa hechas oralmente». A su vez, la exposición de motivos del libro IV CCCat señala que «Es manté vigent, per tant, la prohibició dels testaments atorgats exclusivament davant de testimonis, sens perjudici dels casos en què se'ls pugui reconèixer validesa d'acord amb les normes del dret internacional privat.»

anteriores. El CCCat exige que conste la hora en los testamentos notariales, pero no en los ológrafos (art. 421-17.2).

Si se otorgan dos o más testamentos notariales en un mismo día constará normalmente la hora del otorgamiento en cada uno de ellos o podrá determinarse por el número de protocolo si son otorgados ante el mismo notario. Si en el testamento notarial no consta la hora y se ha otorgado otro testamento notarial por distinto notario, pero en el mismo día, estaremos ante un conflicto que podría provocar que no puedan considerarse válidos ninguno de los dos testamentos, si no se puede determinar de otra manera cuál de ellos antecede al otro. En los testamentos ológrafos, aunque no sea requisito de estos la constancia de la hora (art. 421-17), la validez puede quedar comprometida en determinados supuestos en los que no conste la hora, como sería el caso en el que el testador haya otorgado dos testamentos en el mismo día, uno notarial y otro ológrafo, o haya otorgado dos ológrafos sin determinar la hora. Si no se hace referencia en ninguno de los testamentos de la existencia del otro, que pueda permitir entender que es posterior en el tiempo y no se puede determinar de ninguna forma cuál de ellos es posterior, deberán considerarse ambos revocados. En el supuesto en que exista un testamento anterior a estos dos de la misma fecha, ese será el que deberá regir la sucesión, al no poderse reconocer validez ni eficacia revocatoria a ninguno de los dos testamentos de la misma fecha²⁹. En conclusión, los requisitos de lugar, fecha y hora de los testamentos sean estos considerados como forma o formalidad, si bien no es esencial que consten expresados en el documento, necesariamente deberán ser conocidos de cualquier otra manera ya que, en caso contrario y en determinados supuestos, puede comprometerse la validez del negocio y su eficacia revocatoria.

Desde otra perspectiva se ha planteado la posibilidad de considerar válidos ambos testamentos, en los supuestos en que no pueda saberse cuál de ellos es posterior, en aplicación del criterio de la compatibilidad. Esto es, que no se declarasen nulos ambos testamentos, sino que se considerasen válidos en todo aquello que fueran compatibles, en una aplicación directa del principio del *favor testamenti*. Esta solución ha sido propuesta en base a otras legislaciones españolas como la existente en el Derecho aragonés y en el CCE, pero que no puede aceptarse en el CCCat³⁰. En el ordenamiento jurídico catalán solo es posible la compatibilidad de testamentos cuando el testador lo haya previsto de forma expresa, sin que la interpretación del operador jurídico pueda dar eficacia a dos testamentos al mismo tiempo, aunque los mismos se consideren compatibles en su contenido. El régimen jurídico de la revocación testamentaria regulado en el art. 422-9 CCCat determina como elemento esencial de revocación de los testamentos el criterio cronológico, sin que actúe el de la compatibilidad a no ser que lo ordene el testador. En cambio, en materia de codicilos y memorias testamentarias el CCCat admite que puedan coexistir estos negocios jurídicos con otros posteriores en el tiempo siempre que se aprecie compatibilidad entre ellos, incluso sin existir conflicto en cuanto a las fechas (art. 422-12).

²⁹ ROCA TRIAS, *Instituciones...*, 2009, p. 183.

³⁰ Sobre la compatibilidad de los testamentos, véase a COBAS COBIELLA, M^a Elena, *La revocación testamentaria*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, Monografía n^o 26, 2011, p. 77. Por lo que respecta al derecho civil aragonés, cabe citar el artículo 434.1 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas: «Si aparecieren dos testamentos de la misma fecha, sin que sea posible determinar cuál es posterior, se tendrán por no escritas en ambos las disposiciones contradictorias de uno y otro.» Por lo que respecta al CCE, véase a DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «La pluralidad de testamentos», en *Revista de Derecho Notarial*, 1960, p. 75, que propone la compatibilidad de dos testamentos que considero no aplicable en el derecho vigente en el CCCat.

2.6. La eficacia revocatoria de los testamentos otorgados en diversos países

Un problema que puede derivar del efecto revocatorio del testamento posterior respecto del anterior se puede dar en las sucesiones transfronterizas. Los titulares de bienes inmuebles en diversos países pueden creer que debe otorgarse un testamento en cada lugar respecto de los bienes sitos en ese territorio. Cuando se otorguen testamentos ológrafos y el testador no disponga del correcto asesoramiento jurídico pueden surgir conflictos entre la eficacia revocatoria de los testamentos y la voluntad del testador al otorgarlos.³¹

En el caso de existencia de diversos testamentos transfronterizos, puede existir la duda respecto de cuál será el testamento que rijan la sucesión. Si la ley aplicable a la sucesión es la del CCCat cabrá aplicar la regla de que el testamento posterior (criterio cronológico) revoca los testamentos anteriores, a no ser que expresamente el testador haya establecido en los testamentos posteriores que también valgan los anteriores (art. 422-9.3), esto es, un régimen voluntario de compatibilidad³². Si no existe esta manifestación expresa, el testador transfronterizo que ha hecho diversos testamentos nombrando heredero a distintas personas respecto de los bienes en los diversos países, cabría entender, en una primera aproximación, que el último testamento que sea válido y eficaz revocará los testamentos anteriores (art. 422-9.2).

Sin embargo, esta solución puede parecer no satisfactoria, por lo que deberán buscarse otras alternativas. Una primera podría consistir en entender que el heredero universal es el instituido en el último testamento y que los instrumentos anteriores en el tiempo otorgados válidamente en los diversos países serán, en realidad, codicilos, atribuyendo diversos bienes o derechos particulares en forma de legados. Esta solución entrañaría el problema de que solo el heredero del último testamento, que no necesariamente de la mayor parte de bienes o derechos de la herencia ni de los más valiosos, será el responsable de las deudas y cargas de la misma, por lo que los legatarios de los distintos bienes transfronterizos no responderán de las deudas. Una segunda solución podría consistir en interpretar que la voluntad del testador ha sido la de otorgar legados en cada uno de los países donde poseía bienes el causante y que, aunque se haya utilizado el «nomen» heredero en los distintos instrumentos, en realidad lo que se han otorgado es una pluralidad de codicilos, con atribuciones a título particular. Esta segunda solución comportará la necesidad de abrir la sucesión intestada para determinar el heredero, que al ver que todos los bienes de la herencia están distribuidos en legados, tendrá acción para reclamar la cuarta falcidia, si se dan los requisitos para ello. Ante esta disyuntiva, me inclino por la consideración de que se han otorgado tantos codicilos como instrumentos transfronterizos y que debe abrirse la sucesión intestada, aunque esta solución puede no ser totalmente respetuosa con la voluntad del causante³³.

³¹ En la STSJC núm. 9/2023, de 13 de febrero ECLI:ES:TSJCAT:2023:4011, se resolvió un supuesto en el que el causante había otorgado dos testamentos ológrafos, uno respecto de los bienes sitos en Francia y otra respecto de los bienes sitos en España.

³² Partimos del supuesto en que sería aplicable la ley catalana tanto por el criterio de la ley personal (art. 9.1, 14 y 16 CCE), como por el criterio de la residencia habitual en virtud del *Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*.

³³ GARRIDO MELERO, Martín, *El libro cuarto del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio)*, Madrid, 2008, p. 70, sostiene que «No tiene de extraño que en las legislaciones modernas más actuales

3. La institución de heredero como elemento necesario para la validez del testamento. Una crítica a los principios sucesorios del Derecho catalán

3.1. La institución de heredero en el testamento

La necesidad de institución de heredero en el testamento se configura como un elemento esencial de la sucesión *mortis causa* en Cataluña³⁴. Este principio de base romana dispone que el testamento sin institución de heredero es nulo y su estructura y efectos se han mantenido hasta la actualidad (art. 422-1.3). Su fundamento parece descansar en la idea de universalidad de la institución, en el sentido que el heredero no es un mero ejecutor de la voluntad del causante, sino que es un continuador de su personalidad, por lo que es imprescindible esta figura al ordenar la sucesión por parte del testador. Por ello no es casualidad que la primera palabra que consta en el articulado del libro cuarto del CCCat sea la de «*El heredero*». En efecto, el artículo 411-1 dice que «*El heredero sucede en todo el derecho de su causante*», configurando a esta persona como verdadera protagonista de la sucesión *mortis causa* en Cataluña. Así, todo el proceso gira en torno a la idea de continuidad, por lo que se incide expresamente en que el heredero, continuador, se subroga en las relaciones jurídicas de carácter patrimonial que no se extingan por la muerte del causante³⁵.

Sin embargo, no se trata de un principio sin fisuras en la evolución jurídica del Derecho sucesorio, ya que el mismo presenta importantes excepciones. En primer lugar y por causa del Derecho canónico, se admitieron los testamentos *ad pias causas*, en el que se instituía heredero a Dios, al alma o a los pobres, sin que estas entidades pudieran considerarse que cumplían las reglas de determinación necesarias para la designación de un heredero. A partir de este hecho, se admitió como excepción a la falta de institución de heredero el hecho de que la ejecución de la herencia testamentaria se encomendase a un albacea universal³⁶. En segundo lugar, el Derecho consuetudinario, contenido en las costumbres de Tortosa, consolidó la validez del testamento que distribuyera toda la herencia en legados y sin institución de heredero, a los testadores con vecindad en la localidad de Tortosa, excepción que se ha mantenido hasta la actualidad³⁷. En

se haya optado por una regla distinta: el testamento posterior revocará el anterior sólo en lo que sea incompatible, la misma norma que encontramos en el derecho catalán en materia de codicilos.»

³⁴ FOLLIA CAMPS, Roberto “Cuando es universal el albacea. La revocación del testamento en la Compilación. La cláusula codicilar y el derecho transitorio.”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 71, 1972, pp. 794 sostiene que «La institución de heredero continúa siendo en nuestro derecho *«caput et fundamentum totius testamenti»* y más que una formalidad externa o requisito interno, es algo que es su distintivo tipo, que entra en su definición, como hemos dicho al principio, sin el cual no hay tal, sino codicilo.»

³⁵ ABRIL CAMPOY, «Testamento ológrafo», cit., p. 2.

³⁶ En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1890 se discutió la validez de un testamento en el que se habían nombrado cuatro albaceas a los que se les confirió facultades amplias para cumplir la última voluntad del testador, se ordenaron unos legados y se dispuso que el remanente de la venta de los bienes se distribuyera en limosnas a los pobres y entidades benéficas. El testamento fue impugnado por no contener institución de heredero, particular que desestimó el tribunal. Se afirmó que existía una verdadera institución hereditaria a favor de los pobres y establecimientos de beneficencia. (sobre esta sentencia, véase PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA TRIAS, Encarnación, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo III/1, Derecho sucesorio catalán, Barcelona, 1979, p. 19).

³⁷ La excepción proviene del Derecho especial de Tortosa, contenida en el Código de Costumbres de Tortosa, donde en su Libro VI, rúbrica 4, costumbre 2ª, sostiene que «*car es costuma, que testament sens establiment o institució d'hereu, que val y es ferm, sens y embarc de nuylla persona*».

tercer lugar, la falta de institución de heredero no convierte en nulo todo lo contenido en el negocio jurídico, sino que, en virtud de la cláusula codicilar, el testamento sin institución de heredero se convertirá en codicilo. Ello comportará, según determinados autores, o bien la apertura del anterior testamento válido, o bien la designación de los llamados en la sucesión intestada, pero dando validez a las disposiciones voluntarias del testador que no comporten institución de heredero, especialmente los legados. En cuarto lugar, el CCCat ha admitido en su articulado el llamado testamento meramente revocatorio, esto es, aquel en el que no existe institución de heredero directa, sino que el contenido del testamento consiste simplemente en derogar el testamento anteriormente otorgado. El artículo 422-9.5 señala que «*El testamento meramente revocatorio determina que la sucesión se defiera de acuerdo con las normas de la sucesión intestada*», declarando como válido y eficaz un testamento que no contiene designación de heredero expresa, al entender que se hace un llamamiento indirecto a los herederos llamados legalmente, por voluntad del testador.³⁸

Desde mi punto de vista, no se conculcaría la idea del heredero como sucesor universal del causante y como continuador de su personalidad si se prescindiera del requisito legal de la necesidad de institución de heredero en el testamento. Las razones históricas existentes en otros momentos referentes a la economía rural de las familias catalanas y la voluntad de indivisión de los patrimonios familiares que propiciaba la aversión de la sucesión intestada ya no pueden mantenerse actualmente. La problemática sobre la ineficacia de la institución de heredero por frustración del llamado y la eficacia revocatoria estudiada en este trabajo quedaría superada si se suprimiera este principio del Derecho sucesorio catalán, ya que el testamento sería válido y eficaz, tuviera o no institución de heredero. A todo ello, cabe añadir que las razones históricas, identitarias o diferenciales dejan de tener sustento suficiente cuando lo que se conculca es la voluntad del testador³⁹. Cabe admitir que el principio de universalidad, de continuidad y de subrogación del heredero o herederos en las relaciones jurídicas titularidad del causante que no se extingan por su muerte puede conseguirse tanto si se adquiere la herencia por un heredero único testamentario, como si son varios, como si esos herederos son llamados por la ley, y quizá llamados por la ley juntamente con otros herederos llamados por la voluntad del causante, si esa fuera su voluntad.⁴⁰

³⁸ En opinión de FERRER RIBA, J., “Tradició heretada i Innovació en el nou Llibre Quart del Codi civil de Catalunya”, en AAVV, *El Nou Dret Successori del Codi Civil de Catalunya-Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, 2009, p. 20: «*Aquesta interpretació no deixa de ser una ficció, perquè el causant pot no haver-se representat positivament en la seva declaració la crida dels hereus a qui haurà de ser deferida l’herència seguint l’ordre de la intestada.*»

³⁹ La doctrina más autorizada considera que, si bien convendría suprimir otros principios del derecho sucesorio catalán como el *nemo pro parte*, el *semel heres*, *semper heres*, aboga por el mantenimiento de la necesidad de institución de heredero en el testamento, con el argumento del heredero como sucesor universal y continuador de la personalidad del causante. Así, PUIG I FERRIOL, Lluís, «Els principis successoris catalans: present i futur», a *La reforma de la Compilació: el sistema successori*, Tossa de Mar, 1984, p. 43, al decir que «*Si d’acord amb els esmentats preceptes hem de sentar l’afirmació que, qualsevol causant ha de tenir un successor universal o hereu, això ens porta a considerar que convé mantenir aquest principi pensant en qualsevol reforma del nostre dret de successions.*»

⁴⁰ Destaca este inconveniente la STSJC 9/2023, de 13 de febrero (ECLI:ES:TSJCAT:2023:4011) al señalar que «*Si en el derecho sucesorio catalán, como en otros ordenamientos, la voluntad del causante es la ley de la sucesión, lo cierto es que la voluntad del causante no se encuentra por encima de la arquitectura de los principios sucesorios tradicionales de Catalunya, de modo que no cabría considerar válido un testamento que distribuyese toda la herencia en legados (salvo en Tortosa) por más que ese fuese el deseo o aspiración del testador.*»

En realidad, en la mayoría de las legislaciones de influencia romanista de nuestro entorno geográfico cultural (España, Francia, Italia, Bélgica, entre otros), se ha abandonado el principio de necesidad de institución de heredero para la validez del testamento. Sin duda, han desaparecido en nuestra sociedad las razones históricas que propiciaron su introducción, especialmente para evitar la división de patrimonios familiares constituidos por economías de base rural y agrícola. La designación de heredero universal en testamento y la atribución de la legítima corta a los descendientes permitía esa indivisión y la continuidad de las explotaciones económicas de la época, con efectos económicos positivos de ámbito comarcal o regional. Por esta razón se ha afirmado que la supresión del principio de la necesidad de institución en el testamento evitaría las dudas y conflictos que actualmente existen en la consideración de si la frustración del llamamiento en testamento constituye un supuesto de ineficacia sobrevinida que impide el efecto revocatorio de la institución en un testamento anterior válido⁴¹.

3.2. El principio de incompatibilidad entre sucesión voluntaria y legal

Por razones similares, también cabría cuestionarse el mantenimiento del principio de incompatibilidad de sucesión voluntaria universal con la intestada, conocido como *nemo pro parte*, principio que ha sido abandonado por la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno de base romanista⁴². Este principio no admite la concurrencia en una misma sucesión de sucesores universales llamados por diversos títulos, aunque sí admite la compatibilidad entre disposiciones voluntarias no universales, como el codicilo, con la universal determinada por la ley. La razón que podría fundamentar el principio de incompatibilidad también puede verse en el hecho de evitar la división de patrimonios familiares agrarios que, si bien tenía su fuerte justificación en otras épocas, no la tiene actualmente. Desde una perspectiva histórica, pueden destacarse dos supuestos excepcionales en los que el citado principio no se ha seguido. El primero, de carácter subjetivo, fue en sede de testamento castrense, en el Derecho romano⁴³. El segundo, de carácter temporal, se produjo durante la vigencia de la *Ley de sucesión intestada de 7 de julio de 1936*, donde se estableció la posibilidad de concurrencia de herederos testados e intestados en una misma sucesión al igual que sucedía en el CCE. Esta compatibilidad no se mantuvo en la Compilación de 1960, ya que en el artículo 267 CDCEC se fijaba el principio de incrementación forzosa respecto de la parte no dispuesta por el causante, para impedir la concurrencia en una sucesión de herederos testados e intestados.

Otro elemento que obliga a cuestionarse el mantenimiento del principio *nemo pro parte* está en la voluntad del testador, basado en la libertad y la libre disposición de sus bienes, principio básico en el Derecho sucesorio catalán. Si el causante otorga testamento en el que deja libre una cuota de su patrimonio sin disponer, todo parece indicar que no era su voluntad que esa cuota acreciera

⁴¹ FERRER RIBA, “Tradició heretada..», cit., p. 20, donde no propone la supresión del principio de necesidad de institución de heredero en el testamento pero señala que «L’únic que és qüestionable és que l’omissió de la institució hereditària sigui sancionada amb una nul·litat del testament que no es confirma després en casos concrets i que en general no n’impedeix l’eficàcia per una via obliqua.»; ANDERSON, «Comentari a l’art. 422-6», cit, p. 288: «aquest és un exemple més de les distorsions que pot comportar el manteniment d’alguns dels principis successoris del dret català i, en concret, pel que fa a la necessitat d’institució d’hereu».

⁴² BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *El principio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 15 y 16.

⁴³ El principio *nemo pro parte* tiene su origen en el Derecho romano, Digesto 50,17,7 y gozaba de una importante excepción en el caso de los militares, que podían morir en parte testados y en parte intestados. La razón parece que obedece al hecho de que los militares en el momento de testar no podían gozar de asesoramiento jurídico adecuado, además de que muchos de ellos eran extranjeros y desconecedores de las reglas jurídicas sucesorias.

a la del heredero de parte de la herencia, pero no del todo, ya que si así fuera, lo habría dispuesto expresamente. Lo mismo cabe señalar para el caso de los heredamientos en los que el heredante se reserva determinados bienes para disponer en el futuro, sea por negocio *inter vivos* o *mortis causa*, y que finalmente no llega a disponer.⁴⁴ El hecho de que no se hayan dispuesto y sin que el causante hubiera indicado que acrecieran al heredero voluntario, no puede llevar a la conclusión de que la voluntad tácita del causante era la de que lo recibiera ese heredero voluntario y no otro u otros llamados por la ley⁴⁵. Ello no supondría la eliminación del derecho de acrecer, ya que el mismo se mantendría para los supuestos de vacante personal, pero no para los supuestos de vacante real. Así, si uno de varios llamados a la herencia premuere, conmuere o repudia, o se produce otra causa de vacante personal, los demás herederos verán incrementada su cuota por efecto del derecho de acrecer, que no contradice la voluntad del causante, sino que la confirma⁴⁶. Pero si es el causante quien ha creado, originariamente, una vacante de cuota, no disponiendo expresamente de parte de su patrimonio o de sus bienes a favor de los herederos voluntarios, su voluntad indica que no quiere atribuirlos a esos herederos voluntarios y que dicha porción patrimonial debería ser destinada a los herederos llamados en la intestada. Por ejemplo, que el testador dispusiera de un tercio de la herencia en favor de A y otro tercio a favor de B.⁴⁷

3.3. El principio de perdurabilidad de la institución de heredero

Se sostiene que el principio del heredero como continuador de la personalidad del causante y la subrogación en todas las relaciones jurídicas de carácter patrimonial que no se extingan por su muerte, es contradictorio con la resolución de la condición de heredero. Este principio tiene dos manifestaciones: la primera radica en el hecho de que el heredero que ha aceptado la herencia ya no podrá repudiarla, por lo que la aceptación o repudiación de la herencia son actos definitivos (art. 461-1.3 y 461-2); la segunda comporta que una vez aceptada la herencia la condición de heredero no puede desaparecer, por lo que no se admitirán la institución sujeta a condición resolutoria ni la institución a término suspensivo o resolutorio (art. 423-12.1).

Así, desde el Derecho romano hasta la actualidad no se ha visto alterado este principio y en los diferentes textos legales se ha mantenido sin fisuras (art. 111 CDCC; art. 154 CS y art. 423-12 CCCat). Este principio ha condicionado la regulación del heredero vitalicio, esto es, aquel sujeto llamado a la herencia para el tiempo que dure su vida. Para evitar que sea considerado un heredero sujeto a condición (término incierto equivale a condición) se considera heredero libre y puro si no se ha dispuesto otro heredero para sucederle después de su muerte, sin que se

⁴⁴ En materia de heredamientos el artículo 431-28.2 CCCat afirma que «Els béns o la part dels béns que l'heretant es va reservar per a disposar i que no hagi transmès entre vius o per causa de mort s'incorporen a l'heretament.»

⁴⁵ En opinión de PUIG I FERRIOL, «Els principis..», cit, p. 53, la supresión del principio de incompatibilidad entre la sucesión voluntaria y legal llevaría a considerar la institución de heredero en cosa cierta, que no debería considerarse legatario sino heredero.

⁴⁶ GINEBRA MOLINS, M^a Esperança, «Comentari a l'art. 441-1», en EGEA/FERRER, *Comentari al Llibre Quart del Codi civil de Catalunya relatiu a les successions*, vol. II, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 1216.

⁴⁷ En la Ley 46/2014, de la successió per causa de mort, del Principado de Andorra, se ha suprimido el principio *nemo pro parte* para la sucesión testamentaria, aunque se mantiene para la derivada de heredamiento. Aunque se trate de un ordenamiento de fuerte arraigo romanista, el vigente art. 238.2 dice que «Si el causant de la successió ha disposat solament d'una quota de la seva herència, la quota que no ha estat disposada és deferida als seus hereus intestats.» Para el caso de los heredamientos, el artículo 91.2 sigue el principio de incompatibilidad: «Els béns que l'heretant es va reservar per a disposar i no disposats, així com els exceptuats de l'adquisició de present i els adquirits per l'heretant després de l'atorgament de l'heretament, són adquirits per l'hereu a la mort de l'heretant.»

considere llamar a los herederos intestados para esos supuestos (art. 423-4)⁴⁸. La opción legislativa obedece a evitar que se produzca la existencia de un heredero bajo condición resolutoria, con el añadido de la incompatibilidad de fundamentos sucesorios, al producirse la existencia del heredero vitalicio voluntario y otros llamados por la ley. Pero el hecho que hace cuestionarse la conveniencia de la continuidad del principio *semel heres, semper heres*, gira en torno a las sustituciones fideicomisarias, que introducen una clara excepción al principio general. En ellas, como es sabido, se produce la resolución de la condición de heredero (fiduciario), bajo término o condición, pasando a ocupar esa posición otra persona, como heredero definitivo (fideicomisario). Por ello, se considera incoherente mantener un principio cuando se permite su vulneración a través del uso de otra institución⁴⁹.

En el caso de institución de heredero bajo condición resolutoria o término, suspensivo o resolutorio, el efecto que le atribuye la ley no es la nulidad o ineficacia del testamento, ni de la institución, sino que esa cláusula se considera como no puesta.

4. La eficacia revocatoria del testamento nulo o ineficaz

4.1. Examen de distintos supuestos de ineficacia

El CCCat utiliza el concepto de «ineficacia» junto con el de «nulidad» pero sin establecer sus contornos de forma clara, como se ha apuntado más arriba. En términos generales, el concepto de «ineficacia» es más amplio que el de «nulidad» ya que hay negocios que serán ineficaces por causa de nulidad y otros que serán ineficaces por otras causas. La ineficacia es un efecto, que puede tener su origen en una causa por defectos estructurales, intrínsecos, o por defectos extrínsecos, posteriores o funcionales. En el propio artículo 422-6.1 referente a la conversión material del negocio se dispone que *«El testamento que es nulo o deviene ineficaz por falta de institución de heredero vale como codicilo si cumple los requisitos del mismo»*. La cuestión no es simplemente conceptual, ya que depende de la extensión que se dé del concepto de ineficacia que deberá considerarse que el testamento (que es nulo o deviene ineficaz) no produce efectos revocatorios del testamento anterior. Así, el artículo 422-9.2, en su primera frase declara que *«El otorgamiento de un testamento válido y eficaz revoca de pleno derecho el testamento anterior»*.

La doctrina señala que la ineficacia a que se refiere el artículo 422-9.2 obedece a la nueva regulación de la preterición errónea y que nada tiene que ver con los supuestos de frustración del llamado⁵⁰. En efecto, el CS consideraba la preterición errónea como un supuesto de nulidad del testamento, lo que comportaba que ese testamento no tenía eficacia revocatoria del anterior. Un argumento a favor de esta opinión lo podemos encontrar en la segunda frase del artículo 422-9.2 que añade a la transcrita anteriormente: *«Consecuentemente, no producen efectos revocatorios los testamentos a que se refieren los artículos 422-1 y 422-7, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 422-3.2 y 3, ni los testamentos caducados.»* La exégesis del precepto indica que la segunda frase intenta aclarar el contenido de la primera, al concretar que esos testamentos que no producirán

⁴⁸ Dice el art. 423-4 CCCat que «1. El heredero instituido vitaliciamente, si para después de su muerte hay otro heredero instituido, tiene el carácter de heredero fiduciario, y el heredero posterior, el de sustituto fideicomisario condicional. 2. Si no hay heredero posterior instituido o el instituido no llega a serlo, el heredero instituido vitaliciamente deviene heredero universal, puro y libre.»

⁴⁹ FERRER RIBA, «Tradició heretada...», cit, p. 22.

⁵⁰ MARSAL, «Ineficacia y..», cit, p. 628-629.

efectos revocatorios por ser ineficaces son, además de los nulos, los regulados en el artículo 422-7, esto es, los ineficaces por preterición errónea.

En líneas generales, se pueden destacar determinados supuestos que se circunscriben dentro del concepto de ineficacia sobrevenida, de los que se deberá determinar sus efectos. Dentro de estos, hay una primera categoría conformada por los supuestos de ineficacia por caducidad y por preterición errónea. Un segundo grupo de supuestos lo configuran los casos de frustración de la institución de heredero de los que cabrá cuestionarse si se produce el mismo efecto jurídico en el ámbito revocatorio.

4.2. La caducidad de los testamentos

Los testamentos notariales, abiertos o cerrados, no caducan. El paso del tiempo no provocará el decaimiento del testamento notarial por caducidad, por ello la ley no fija un plazo para ejercer el derecho de petición de copia de un testamento (art. 226 RN), ni para el ejercicio de la acción de petición de herencia. Así, el artículo 465-1.3 señala que «*La acción de petición de herencia es imprescriptible, salvo los efectos de la usucapión respecto a los bienes singulares.*»⁵¹ Sin embargo, ello no significa que los llamados a la herencia puedan bloquear el proceso sucesorio y la voluntad del testador, ya que «*los interesados*» en la sucesión siempre podrán provocar que esos llamados se pronuncien sobre el ejercicio de la delación, a través de la denominada *interpellatio in iure* del artículo 461-12.2. Nótese que la legitimación para el ejercicio de la interpelación judicial es más amplia que la legitimación para ejercitar la acción de nulidad del testamento, ya que los acreedores podrán ejercer la primera, pero no la segunda.

La categoría de la caducidad de los testamentos ha ido ligada siempre a los testamentos ológrafos, en los supuestos en que no sean adverbados en el plazo marcado por la ley. Así, puede leerse en el artículo 421-19.1 que «*Los testamentos ológrafos caducan si no se presentan ante el notario competente en el plazo de cuatro años contados desde la muerte del testador para que sean adverbados y protocolizados*». El artículo 134 CS establecía el mismo régimen de caducidad para los testamentos y los codicilos ológrafos, dejando fuera a las memorias testamentarias. Por su parte, el CCCat no menciona los codicilos ológrafos en el artículo 421-19, pero puede interpretarse que se le aplica el régimen de caducidad de los testamentos ológrafos por efecto del artículo 421-20.3 al sostener que «*Los codicilos deben otorgarse con las mismas solemnidades externas que los testamentos*», por lo que, si no se adverbán y protocolizan dentro del plazo previsto, también caducarán.

Otro supuesto de caducidad que puede encontrarse en materia testamentaria se refiere a la caducidad de las instituciones de heredero y legatario de confianza. Como es sabido, en la herencia de confianza el testador otorga testamento instituyendo herederos a personas físicas determinadas para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente, de palabra o por escrito (art. 424-11.1). En la herencia de confianza, a diferencia de los herederos

⁵¹ Dice la exposición de motivos de la Ley 10/2008, del libro IV del Código civil de Cataluña que «La principal innovación en esta materia es la decisión de considerar imprescriptible la acción, salvados los efectos de la usucapión respecto a los bienes singulares. La imprescriptibilidad es congruente con la doble finalidad de la acción como medio de reconocimiento de la calidad de heredero y de restitución de los bienes como universalidad. La pretensión restitutoria, como también pone de relieve el régimen de la acción reivindicatoria, igualmente imprescriptible, solo cede ante la adquisición de la titularidad por otra persona.»

distributarios (art. 424-1 a 424-11), los herederos no tienen facultad de elección y distribución autónoma, sino que deben cumplir la voluntad del testador que les ha sido confiada mediante instrucciones orales o escritas⁵². En la herencia de confianza, la voluntad del testador debe seguir dos momentos o fases separadas, pero totalmente interconectadas. En un primer momento, el causante otorga testamento en el que nombra a un heredero confidente que será el encargado de dar a sus bienes el destino que reservadamente le comunique. En un segundo momento, el testador expresará esa confianza al heredero, comunicándole su voluntad en relación con el destino de la herencia, así como las instrucciones a seguir. Los herederos de confianza son simplemente herederos formales, pero no pueden apropiarse definitivamente de los bienes, sino que deben seguir las instrucciones expresadas por el testador y darles el destino siguiendo la voluntad de éste. Los bienes formarán parte, hasta que no sea revelada la confianza, del patrimonio del heredero, pero como patrimonio separado del propio. El heredero de confianza no podrá cumplir la confianza a su favor y apropiarse definitivamente de los bienes.

La caducidad de la herencia de confianza se describe por el CCCat como un supuesto de «ineficacia», ya que el artículo 424-15 lleva por título «*Ineficacia de las disposiciones de confianza*». Según este precepto la institución de herencia de confianza (y de legado) caducan si los herederos (o legatarios) nombrados, o sus sustitutos, mueren sin haberla revelada o cumplida, si la revelan o cumplen a su favor y si la confianza no puede cumplirse por el hecho que resulta desconocida, ilegal, contradictoria o indescifrable⁵³. Pero la caducidad de la herencia de confianza es distinta en su naturaleza de la caducidad de los testamentos ológrafos no adverados y protocolizados en plazo. En la herencia de confianza el testamento es válido y eficaz ya que contiene institución de heredero, pero si la determinación de la persona llamada no llega a producirse por no revelarse o exteriorizarse la voluntad del testador o se revela a favor del propio heredero, se producirá la ineficacia de la institución. Por ello, el efecto de los testamentos de confianza caducados es el de revocar los testamentos anteriormente otorgados, y la herencia se defiende a favor de los herederos *ab intestato*. Así, el artículo 424-15.2 precisa que, excepto que sea otra la voluntad del testador, la herencia de confianza caducada acrecerá a los herederos instituidos sin cargo confidencial y, si faltan estos, la herencia se defiende a favor de quienes en el momento de la muerte del testador habrían sido sus herederos *ab intestato*, con derecho de transmisión a favor de sus sucesores.

Aunque el artículo 422-9.2 sostiene que «*no producen efectos revocatorios los testamentos a que se refieren los artículos 422-1 y 422-7, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 422-3.2 y 3, ni los testamentos caducados*», la caducidad de los testamentos provocará efectos diversos dependiendo de si estamos ante una caducidad de un testamento ológrafo, que no tendrá eficacia revocatoria del anterior, respecto de si estamos ante una caducidad de un testamento de confianza, donde sí se habrá producido el efecto revocatorio. En realidad, en el caso de la caducidad del testamento ológrafo se produce una ineficacia del testamento, en cambio, en el caso de la caducidad de la herencia de confianza más bien consistirá en una ineficacia de la institución, no del testamento.

⁵² VAQUER ALOY, Antoni, *Comentario al Código civil de Cataluña, Libro 4: Derecho de sucesiones*, Atelier, Barcelona, 2024, p. 121.

⁵³ En la STSJC núm. 18/2020 de 9 junio (ECLI: ES:TSJCAT:2020:6361) se declara la caducidad del testamento de confianza al haber revelado los sustitutos de los herederos la confianza a su favor. Al declararse la ineficacia total del testamento la sentencia determina la apertura de la sucesión intestada.

El régimen jurídico del CCCat unifica los efectos de los testamentos nulos y de los testamentos ológrafos caducados, al señalar que tanto unos como otros no tendrán eficacia revocatoria del testamento anterior. Si declarada la nulidad o producida la caducidad de un testamento, existiera otro otorgado anteriormente, aunque el nulo o caducado tuviera cláusula de revocación expresa, deberá abrirse el testamento anterior y éste ordenará la sucesión, siempre que sea válido y eficaz. Si este testamento anterior también es nulo y hubiera otro anterior a este, tampoco tendría eficacia revocatoria del anterior, que sería el que regiría la sucesión, y así sucesivamente. En concreto, el art. 422-4.3 determina que *«La caducidad del testamento produce las mismas consecuencias que su nulidad»*, por lo que no tendrá eficacia revocatoria el testamento ológrafo que no haya sido protocolizado en tiempo, supuesto de ineficacia posterior y que contradice a la voluntad del causante, que manifestó su intención de revocar el testamento anterior otorgando uno de posterior. Se trata de otro caso en el que un acto de tercero puede modificar la voluntad testamentaria del causante⁵⁴.

Para finalizar este apartado, cabe examinar si los efectos revocatorios de un testamento anterior por otro posterior dependen de si la revocación es expresa o tácita. Según el artículo 422-9.1 *«La revocación es expresa si el testador la ordena en testamento»*, sin que el precepto añada la necesidad de que el testamento revocatorio por disposición expresa, deba ser además válido y eficaz. En cambio, el art. 422-9.2, al regular la revocación tácita sí exige que ese testamento posterior sea *«válido y eficaz»*. La práctica notarial demuestra que en la mayoría de los testamentos se añade una cláusula de derogación expresa de los testamentos anteriores, conformando una especie de cláusula de estilo. Sea como fuere, no creo que los efectos revocatorios de un testamento difieran respecto de si la revocación es expresa o es tácita y que el régimen jurídico que se determine de ambas no tiene que diferir⁵⁵.

4.3. La preterición errónea como supuesto de ineficacia no revocatoria

La preterición errónea es una figura que, a diferencia de lo que puede parecer, no tiene por objeto la protección del derecho a la legítima. El testamento en el que no consten uno o varios legitimarios por el hecho de que el testador otorgó testamento antes de tener hijos podrá ser impugnado por ineficaz porque la ley presume un defecto de la voluntad del testador que ha ordenado la sucesión de acuerdo con unos parámetros que posteriormente se modifican y que su voluntad probable era la de igualar a sus descendientes⁵⁶.

⁵⁴ GARRIDO MELERO, Martín, *El libro cuarto del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio)*, Madrid, 2008, p. 72, afirma ante este efecto de nulidad de los testamentos caducados que «la práctica de los tribunales intentará evitar las consecuencias perversas de la norma.»

⁵⁵ En la la RESOLUCIÓN JUS/2437/2015, de 15 de octubre, de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, en la que se denegó la inscripción de una adjudicación de bienes en la que el notario consideraba que se había producido la revocación del testamento anterior por haberse producido la frustración de los instituidos por repudiación, alegaba que la revocación expresa que contenía el testamento repudiado consistía en una mera cláusula de estilo. Ante esta afirmación, precisa la resolución que *«si el llamamiento queda ineficaz, ante la ausencia de sustitutos, procede la apertura de la sucesión intestada, sin que quepa invocar que la fórmula revocatoria final de los testamentos sea una cláusula de estilo, como argumentaba el recurrente o que esta reviviscencia podía inferirse de la voluntad del causante, pues manifestó su voluntad de que fueran otros sus herederos.»*

⁵⁶ LAMARCA MARQUÈS, Albert, «Comentari a l'art. 451-16 del Codi civil de Catalunya» en EGEA/FERRER, *Comentari al Llibre Quart del Codi civil de Catalunya relatiu a les successions*, vol. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. 1386.

El testamento ineficaz por nulidad judicialmente declarada no tendrá eficacia revocatoria. Tampoco la tendrá el testamento ineficaz por caducidad o el que sea ineficaz por causa de preterición errónea (art. 422-9). En estos casos deberá abrirse el testamento anterior, en caso de existir, antes que la sucesión intestada. Puede darse el supuesto de que el testamento anterior también sea considerado ineficaz por concurrir preterición errónea de legitimarios, pero ello no tiene por qué ser siempre así. El testamento anterior no será ineficaz por preterición errónea si el causante había instituido heredero único, en toda la herencia, al cónyuge o al conviviente en pareja estable, o si el causante había instituido heredero único, en toda la herencia, a un hijo o a otro descendiente y en el momento de otorgar testamento tenía más de un hijo o al menos un hijo y una estirpe de hijo premuerto, tal como establece el art. 451-16. La declaración de ineficacia por preterición errónea del segundo testamento, cuando se cumplan los requisitos, requerirá el ejercicio de una nueva acción judicial de impugnación, por parte del legitimario legitimado, aunque esta segunda acción deberá ejercitarse antes del transcurso de cuatro años desde la muerte del testador⁵⁷. Sin embargo, no será ineficaz el testamento si el legitimario preterido no ejercita la acción de preterición errónea dentro del plazo, por lo que, en estos casos, sí quedará revocado el testamento anterior. Ante ello, podría cuestionarse si los favorecidos en el primer testamento tienen legitimación para impugnar el testamento posterior por preterición errónea, ya que serían beneficiados de su declaración de ineficacia no revocatoria del testamento anterior. No obstante, la legitimación corresponde a los legitimarios preteridos, no a los interesados o beneficiarios como sí se produciría, para este segundo supuesto, el ejercicio de la acción de nulidad del art. 422-3 (art. 451-16.2)⁵⁸.

4.4. Especial referencia a la ineficacia por crisis matrimonial o de convivencia

De los diversos supuestos de frustración de la institución de heredero por ineficacia sobrevenida, cabe destacar la regulada en el artículo 422-13. Este artículo regula la *«Ineficacia sobrevenida por crisis matrimonial o de convivencia»*, regulación que antes obedecía al concepto de revocación «presunta» de la institución o atribuciones realizadas por el testador a favor de su cónyuge o conviviente, contenidas en el derogado artículo 132 CS⁵⁹.

La doctrina actual aparece dividida respecto de los efectos revocatorios de la ineficacia total (frustración) de la institución por efecto de una crisis matrimonial o de convivencia. Parte de la doctrina sostiene que esta ineficacia comportará que la sucesión deba regirse por el testamento anterior, ya que cuando la crisis matrimonial o de convivencia deje sin institución de heredero al

⁵⁷ PARDO MAYORGA, Cristina, “Algunes reflexions entorn a la preterició errònia a l’ordenament català.”, Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3-2012, p. 695-696, señala que “l’art. 422-9.2 CCCat introdueix una novetat legislativa en virtut de la qual, el testament viciat de preterició errònia deixa de ser apte per revocar el testament anterior. Això comportarà, doncs, que no s’obri la successió intestada, sinó que la successió del causant es regeixi pel testament anterior vàlid i eficaç, el qual, si també conté preterició errònia i no s’ha fet ja subsidiàriament amb la primera acció processal, caldria tornar a impugnar, fet que seria totalment contrari al principi d’economia processal.»

⁵⁸ LAMARCA MARQUÈS, «Comentari a l’art. 451-16 del Codi civil de Catalunya» cit., p. 1392, afirma que «L’acció només la podrà exercitar el legitimari preterit, però no d’altres legitimaris o persones interessades en la successió».

⁵⁹ En efecto, el apartado primero del artículo 132 CS disponía que *«La institución, el legado y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del testador se presumirán revocadas en los casos de nulidad, divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento y en los supuestos de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio, o por consentimiento mutuo expresado formalmente.»*

testamento, éste no habrá tenido eficacia revocatoria del anterior (ex art. 422-9.2).⁶⁰ De opinión contraria se manifiesta otra parte de la doctrina, quizá mayoritaria, al entender que el testamento ha sido válido y eficaz aunque por causas posteriores se haya quedado sin institución de heredero, por lo que deberá abrirse la sucesión intestada quedando revocado el eventual testamento anterior.⁶¹

La doctrina de la DGDEJyM sobre la ineficacia sobrevenida de los testamentos y sus efectos revocatorios ha seguido dos corrientes distintas, con efectos diversos. En primer lugar, la Res. JUS/2437/2015, de 15 de octubre, determinó que el testamento en el que el instituido heredero repudiaba la herencia (también la repudiaron los sustitutos vulgares), era un testamento válido y eficaz, y ejercía plenos efectos revocatorios respecto de los testamentos anteriores, por lo que debía abrirse la sucesión intestada⁶². En segundo lugar, otras resoluciones posteriores sostienen que en el caso en que la institución de heredero quede frustrada por crisis matrimonial o de convivencia, el testamento será ineficaz, por lo que se sostiene, implícitamente, que dicho testamento no podrá ejercer eficacia revocatoria respecto del anterior (Res. JUS/ 4177/2010, de 26 de noviembre, JUS/2666/2016, de 21 de noviembre, JUS/1618/2024, de 8 de mayo y JUS/2093/2024, de 7 de junio)⁶³.

Ante esta disyuntiva puede llegarse a una de las siguientes alternativas. Primera, que la DGDEJyM ha modificado su doctrina del año 2015 y que ahora considera que la ineficacia sobrevenida por frustración no produce efectos revocatorios del testamento anterior o, segunda, que existe un régimen distinto, en opinión del centro directivo catalán, respecto de la frustración por repudiación, premoriencia, indignidad o inhabilidad, respecto de los supuestos provocados por crisis matrimoniales o de convivencia.

Sin que exista explicación al respecto y sin que se entiendan los motivos, parece que la DGDEJyM ha cambiado de doctrina respecto de su anterior criterio.⁶⁴ Si esto fuera así, el problema adquiere

⁶⁰ PUIG I FERRIOL, Lluís, «Drets del cònjuge i del convivent en unió estable de parella en la successió testamentària», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 3-2010, p. 682; DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3ª edición, Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Sao Paulo, 2017, p. 265; VAQUER ALOY, Antoni, *Comentario al Código civil de Cataluña, Libro 4: Derecho de sucesiones*, Atelier, Barcelona, 2024, p. 84.

⁶¹ FERRER RIBA, «Tradició heretada...» cit., pp. 20 y 21; MARSAL, «Ineficacia...», cit., p. 628 y 629; ANDERSON, «Comentari a l'art. 422-6», cit., p. 288; TARRAGONA COROMINA, Miquel, *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, tomo I, Barcelona, 1994, p. 488;

⁶² El fundamento de Derecho 2.1 de la citada Resolución de 2015 afirma que «Fora d'aquests casos previstos clarament per la Llei, el testament posterior revoca l'anterior, fins i tot si el posterior queda vacant o destituït per frustració de la delació a favor de l'hereu instituit per premoriència, renúncia o indignitat, de manera que aquesta manca d'eficàcia "a posteriori" o sobrevinguda de la institució d'hereu no provoca la reviviscència del testament anterior. A manca d'altres hereus designats o de substitucions vulgars, frustrada la crida, caldrà obrir la successió intestada, sense perjudici que mantinguin llur vigència la resta de disposicions del darrer testament.»

⁶³ La Resolución JUS/2093/2024, de 7 de junio afirma en el F.D. 2.1 que «Amb relació a la ineficàcia que estableix l'article 422-13 del CCC, ja vam puntualitzar en les nostres resolucions JUS/2666/2016, de 21 de novembre, JUS/4177/2010, de 26 de novembre i JUS/1618/2024, de 8 de maig, que afecta únicament les disposicions atorgades a favor del cònjuge -ens centrem en el matrimoni, ja que és una crisi matrimonial la que suscita aquesta controvèrsia- i no el testament o el negoci mortis causa en què es recullen aquestes disposicions, llevat que aquestes es refereixin a la institució d'hereu, cas en el qual la ineficàcia de la institució afecta la validesa i eficàcia del testament si el testador no ha establert una substitució en previsió que l'instituït hereu no arribi a ser-ho.»

⁶⁴ ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (abril-juny 2024)», *InDret*, 3.2024, p. 576.

mayor dimensión si se considera que la mayoría de estas resoluciones no se recurrirán ante la jurisdicción civil y serán el criterio a seguir por notarios y registradores de Cataluña.

A raíz del examen de las resoluciones del centro directivo de Cataluña, cabe analizar la cuestión respecto de si el notario y el registrador pueden o deben apreciar de oficio los supuestos en que se produce la ineficacia sobrevenida del testamento por frustración de la institución de heredero. Ya se ha señalado que las causas de nulidad de los testamentos en Cataluña pueden no llegar a provocar la ineficacia del testamento si, entre otros supuestos, los sujetos beneficiados por dicha nulidad no ejercitan la acción ante los tribunales. El comportamiento de los sujetos legitimados puede determinar que un testamento en el que exista una causa de nulidad no llegue nunca a ser declarado nulo, por lo que producirá todos sus efectos por convalidación.

El centro directivo catalán ha sostenido que la ineficacia por crisis matrimonial se produce *ope legis*, de forma automática, por lo que los notarios y registradores apreciarán de oficio los supuestos de ineficacia sobrevenida de los testamentos, así como sus efectos, por lo que ante la constancia de que el cónyuge heredero estaba separado o divorciado, no procederá otorgar la escritura de adjudicación de herencia o la inscripción del título en el Registro de la Propiedad en favor del separado o divorciado. Ante los supuestos de duda, serán las partes legitimadas las que podrán ejercitar las acciones judiciales oportunas, pero en la práctica, en la mayoría de los casos, prevalecerá el criterio del concreto notario o registrador o del centro directivo catalán en caso de conflicto, sin que los tribunales lleguen a tener la oportunidad de pronunciarse⁶⁵.

Llegados a este punto se agudiza la singularidad de la ineficacia de los testamentos. Si estamos ante un supuesto de nulidad, sólo podrá considerarse que el testamento es nulo cuando sea impugnado en tiempo y forma por parte de los legitimados. Si estamos ante un supuesto de ineficacia sobrevenida, no será necesario el pronunciamiento de un tribunal de justicia para determinar sus efectos, sino que estos serán apreciados de oficio por parte del notario y registrador. Los criterios que estos profesionales han de adoptar pueden ser dispares en casos similares y el centro directivo no ha sabido establecer una doctrina clara que pueda unificar los criterios a seguir, especialmente en considerar si el testamento que ha devenido ineficaz, especialmente en los supuestos de ineficacia por crisis matrimonial o de convivencia, tiene eficacia revocatoria respecto del testamento anterior, en caso de existir.

Por último, haré referencia a un supuesto donde se resolvió un caso de ineficacia sobrevenida por crisis matrimonial en un ordenamiento donde no existe provisión legal expresa sobre el supuesto. En la sentencia del Tribunal Supremo (sala 1ª, sección 1ª) 539/2018, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3263) se determina la ineficacia de la institución de heredero en testamento a favor del cónyuge cuando existía disolución del matrimonio por divorcio, pero sin que el causante hubiera modificado el testamento. Aunque el CCE no contiene una norma similar a la del art. 422-13 CCCat, el alto tribunal considera, en aplicación del art. 767.1 CCE, que «Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero

⁶⁵ Señala la Res. JUS/2093/2024, de 7 de junio (F.D. 4) que «No cal que els que són beneficiaris de l'herència en defecte de l'hereva l'hagin d'al·legar, sinó que el precepte legal sanciona amb la ineficàcia les disposicions realitzades a favor de la cònjuge i dels parents que només ho són del cònjuge o convivent, en línia directa o en línia colateral dins del quart grau, tant per consanguinitat com per afinitat, de manera que l'al·legació pels tercers de la ineficàcia de les disposicions realitzades a favor de la cònjuge només és un requisit d'oposabilitat d'una ineficàcia ja existent, davant de qui pretén desconèixer-la.»

quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión»⁶⁶.

4.5. La frustración del llamamiento de heredero y eficacia revocatoria

No es infrecuente que una persona otorgue más de un testamento, ya que las circunstancias personales, familiares y económicas del testador pueden variar mucho a lo largo de su vida. Al otorgarse un testamento, especialmente en los notariales abiertos, es común que se inserte la cláusula revocatoria de los testamentos anteriormente otorgados. Si bien el CCCat prevé la posibilidad de que el testador manifieste expresamente que el último testamento pueda complementar otro anteriormente otorgado, la práctica recomienda revocar plenamente los anteriores y emitir una nueva declaración de voluntad, aunque esta coincida con otra manifestada en un testamento anterior⁶⁷. Todo el contenido patrimonial de carácter sucesorio será revocable, a excepción de las llamadas declaraciones de ciencia, como el supuesto del reconocimiento de un hijo extramatrimonial.

A parte del contenido de la ley y de su interpretación, cabe tener en cuenta especialmente la voluntad del testador. Se considera que un testador que ha otorgado un testamento expresando su voluntad y revocando los testamentos anteriores no se puede imaginar que, por causas que no dependen de él, podría llegar a regir su sucesión ese testamento anterior que acaba de revocar expresamente.

Aunque fuera deseable que la letra de la ley fuera más clara y no presentase problemas interpretativos al operador jurídico, debe considerarse que el testamento que contiene institución de heredero, pero que no es efectiva por frustración, es un testamento válido y eficaz. Como conclusión a lo señalado hasta este momento, entiendo que en los supuestos de ineficacia sobrevenida por frustración de la institución el testamento tendrá eficacia revocatoria del testamento anterior, y ello, principalmente, por dos razones:

a.- La utilización de los términos «*validez y eficacia*» en los artículos 422-9.2 y 422-6 se utilizan por el legislador de forma imprecisa y confusa por lo que, superando la interpretación literal, debe priorizarse la sistemática. El concepto de «*ineficacia*» debe entenderse referido a la nueva regulación de la preterición errónea y a su nuevo régimen jurídico, ya que con la regulación del CCCat ya no configura un caso de nulidad del testamento, aunque tenga sus mismos efectos, y no provoque la revocación del testamento anterior.

b.- El respeto a la voluntad del testador. No puede admitirse que si el testador manifestó de forma expresa (o tácita) su voluntad de revocar el testamento anterior otorgando uno posterior, pueda considerarse que no se produce la revocación por actos imprevistos por el testador o provocados por un tercero⁶⁸.

⁶⁶ Señala el artículo 767.1 CCE que «*La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.*»

⁶⁷ Según TARRAGONA COROMINA, *cit.*, p. 494: «Por razones prácticas y de claridad, es aconsejable que el nuevo documento revocatorio que refleje el cambio de voluntad sea íntegro, es decir, recoja en su totalidad el anterior contenido que ha de quedar subsistente junto con el que se modifica.»

⁶⁸ La Resolución JUS/2437/2015, de 15 de octubre, de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña afirma que ante «*la revocación expresa, la fuerza revocatoria del testamento ulterior no puede ser discutida*»

5. La cláusula codicilar y supuestos en que actúa

5.1. Origen, concepto y función actual

En el Derecho romano era frecuente que el testador introdujera en su testamento una cláusula con el objetivo de salvar los legados en casos de premoriencia o indignidad del llamado en la institución de heredero⁶⁹. En la baja edad media era usual en la práctica notarial italiana la inserción de una cláusula de estilo con la finalidad de que el testamento ineficaz subsistiera como codicilo y su evolución fue recibida por los autores catalanes y la práctica notarial a partir del siglo XIII⁷⁰. Así pues, esta cláusula en los testamentos evolucionó posteriormente en un supuesto de conversión del testamento nulo por falta de institución de heredero, sin necesidad de que constara expresamente, con la finalidad de dar eficacia a los legados dispuestos por el testador. En este sentido ya no se exigía la formulación expresa, sino que se consideraba aplicable a todos los testamentos en virtud del principio de conservación de los negocios.

La conversión material del testamento nulo por medio de la denominada cláusula codicilar fue introducida en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960⁷¹, donde en su artículo 106 CDCEC se decía que «El testamento ineficaz valdrá como codicilo si reúne las condiciones de tal y no es nulo por preterición errónea de legitimarios», (el *testamentum destitutum* del Derecho romano) a lo que hay que añadir el artículo 242.1 CDCEC, que incluía la cláusula

con el argumento de que la renuncia de los herederos llamados hace revivir o reavivar el testamento anterior. Si los testamentos se tienen que interpretar de acuerdo con la verdadera última voluntad del causante no es sostenible de ninguna de las maneras que una vez el testador ha cambiado de voluntad y ha designado a un heredero diferente, la renuncia de éste último haga revivir el llamamiento a favor de aquél primero que él ya no quería. La institución de heredero es una decisión que siempre tiene psicológicamente un aspecto positivo (designo a esta persona) y uno comparativo (la prefiero a la que ya había designado) y en el caso presente parece evidente que, por los motivos que sea, el testador en el último testamento prefirió la sobrina a la esposa.»

⁶⁹ Según BORRELL I SOLER, *Derecho vigente...*, cit. p. 55 la cláusula codicilar es aquella «que puede consignarse en todo testamento; y consiste en disponer que si el documento que se otorga no pudiese valer como testamento, valga como codicilo; y aún se agrega que valga como aquella especie de última voluntad que pueda tener mayor eficacia.»; ANDERSON, «Comentari al llibre quart...», cit. p. 286.

⁷⁰ Señala FOLLIA CAMPS, Roberto, «Cuando es universal el albacea. La revocación del testamento en la Compilación. La cláusula codicilar y el derecho transitorio.», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 71, 1972, pp. 797, que la cláusula codicilar, antes de la compilación «daba eficacia a los testamentos defectuosos por alguna de las causas siguientes: a) por defecto de forma; b) por no conocer institución de heredero o porque el instituido no llegue a serlo por cualquier causa; c) por haber sido revocado el testamento por otro posterior que dispone que el primero tenga que subsistir; d) por preterición.»; ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, «Ineficàcia de les disposicions per causa de mort», en ABRIL CAMPOY, Joan Manel; AMAT LLARI, M^a Eulàlia; BARTUMEU MARTÍNEZ, Isidre; CECCHINI ROSELL, Xavier; PUIG I FERRIOL, Lluís, *Fonaments de Dret Privat andorrà*, vol 1, Dret de successions, 2^a ed., 2018, p. 243.

⁷¹ FOLLIA CAMPS, «Cuando es universal...», cit., p. 799 afirma que a partir de la Compilación «la cláusula codicilar ha pasado a ser norma legal, en cambio ha disminuido su ámbito de eficacia quedando circunscrita la conversión del testamento en codicilo a los casos de falta de institución de heredero o que éste no pueda o no quiera aceptar la herencia.» GARRIDO MELERO, Martín, «La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 639, 1997, págs. 477. SOTO NIETO, Francisco, «Principios sucesorios vigentes en el Derecho civil especial de Cataluña. Conveniencia de su revisión.», en *La reforma de la Compilació. El sistema successor, III Jornades de Dret Català a Tossa*, 1984, págs. 249, señala que la admisión de la cláusula codicilar puede aproximar los efectos prácticos de las regulaciones de la CDCEC y del artículo 764 CCE, a excepción de la existencia de un testamento anterior, por lo que este autor se inclina en considerar que el efecto de la cláusula codicilar comportará una ineficacia que no tendrá efectos revocatorios, con la consiguiente apertura del testamento anterior.

codicilar también al testamento nulo (el *testamentum nullum*)⁷². La regulación de la figura pasó al CS en su artículo 125.4, unificando los dos casos de nulidad e ineficacia, con estos términos: «*El testamento nulo o ineficaz por falta de institución del heredero valdrá como codicilo si reúne las condiciones de tal*». La evolución de la cláusula desde su origen como cláusula expresa a cláusula de estilo y posteriormente como efecto legal derivado del principio de conservación del negocio no nos permite descifrar con exactitud si la función que ejercía en su origen es la misma que cumple actualmente⁷³. Debemos considerar que se configuró como un remedio para evitar la ineficacia sobrevenida de los testamentos, ya que el testador al incluirla en el testamento ya estaba designando heredero. Sería absurdo otorgar un testamento sin institución de heredero y señalar que valiera como codicilo, cuando lo que se estaba otorgando ya era propiamente un codicilo. Por tanto, su función inicial parece ser que fue la de suplir los casos de ineficacia sobrevenida o de frustración de la institución, no de la falta de institución de heredero de forma originaria. Ahora cabe estudiar si actualmente la cláusula codicilar se aplica a supuestos de falta de heredero de forma originaria o de ineficacia sobrevenida de heredero por frustración, o a ambos supuestos conjuntamente.

Sobre la interpretación del artículo 125.4 CS se plantearon tres posibles caminos en la doctrina⁷⁴. En primer lugar, se sostenía que la conversión material solo actuaba en casos de inexistencia originaria de la institución de heredero y no en otros casos. En segundo lugar, y como doctrina mayoritaria, se señalaba que la frustración de la delación del instituido y de los sustitutos de forma sobrevenida también debía considerarse como supuesto en el que actuaba la cláusula codicilar, además de la falta originaria de la institución de heredero. En tercer lugar y defendida por la doctrina notarial, la conversión solo se producía cuando se frustraba la delación a favor del heredero o sus sustitutos, pero no en el caso de falta de institución originaria de heredero (además de la falta de albacea universal y de testamento otorgado por persona sujeta al Derecho local de Tortosa), ya que en este último caso no podía hablarse de testamento nulo del artículo 125.3 CS y por consiguiente se está ante un codicilo ya que el negocio nunca ha sido testamento. La regulación actual de la cláusula codicilar contenida en el artículo 422-6.1 CCCat no ha variado sustancialmente de la que establecía el CS. En efecto, el actual art. 422-6.1 señala que «*El testamento que es nulo o deviene ineficaz por falta de institución de heredero vale como codicilo si cumple los requisitos del mismo*.»

La interpretación del concepto «*es nulo o deviene ineficaz*» del citado artículo no es pacífico, porque no determina qué supuestos de nulidad y de ineficacia engloba. Parece claro que la cláusula codicilar no podrá convertir un testamento en codicilo que tenga defectos de forma, ya que esos defectos también afectarían fatalmente al codicilo, que debe cumplir los mismos requisitos externos que el testamento, ya que se trata de una conversión material, no formal (art. 421-20.3).

⁷² Artículo 242.1 CDCEC: «*Los testamentos o codicilos que no correspondan a alguno de los tipos previstos en esta Compilación serán nulos. También serán nulos los testamentos que no contengan institución de heredero conforme exige el artículo ciento nueve y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del propio artículo y en los artículos ciento seis y doscientos treinta y seis*.»

⁷³ Los autores que estudiaron la Compilación entendieron que la cláusula codicilar se aplicaba a la ineficacia sobrevenida del testamento, como señala GINOT LLOBATERAS, «La antigua cláusula codicilar y la Compilación del derecho civil especial de Cataluña», en *Centenario de la Ley del notariado*, Madrid, 1962, sección 2ª, t. I, p. 637.

⁷⁴ MARSAL GUILLAMET, «La ineficacia...», en *Compendi de Dret civil català*, cit, p. 487.

La principal duda, pues, girará en torno a si la cláusula codicilar comprende supuestos de ineficacia originaria de la institución de heredero o también supuestos de ineficacia sobrevenida y, dentro de ellos, los supuestos de frustración de la institución de heredero. En la actualidad, parece admisible que la cláusula codicilar será aplicable a los supuestos en que el testamento sea nulo por falta de institución de heredero originaria, siempre que no sean aplicables las excepciones de designación de albacea universal o de testador sujeto al Derecho local de Tortosa. En puridad, en el caso de otorgamiento de un testamento sin institución de heredero no estaremos ante un testamento, ya que el mismo debe calificarse de nulo, por imperativo del artículo 422-1.3 («*Son nulos los testamentos que no contienen institución de heredero*»). Cabe incluir a los supuestos de falta de institución de forma originaria aquellos en los que el testador no ha identificado correctamente a la persona del heredero o existen dudas sobre la persona designada como tal. En estos casos, aunque la figura del heredero exista, tendremos que considerar que estamos ante un testamento sin institución de heredero de forma originaria, ya que no se ha determinado exactamente quién es el llamado. Esto se produciría en los casos, por ejemplo, en los que el testador llama como heredero a su vecino o a su mejor amigo, o a una persona por su nombre de pila cuando existían diversas personas con el mismo nombre en el entorno del testador, no se sepa a qué vecino o a qué amigo se ha querido referir.

Si se considera que la cláusula codicilar engloba los supuestos de frustración de la institución de heredero implicará que la ineficacia sobrevenida del testamento provocará su conversión en codicilo, y el codicilo no tendrá eficacia para revocar el testamento anterior, por lo que antes de llamar a los herederos de la sucesión intestada, deberá llamarse a los herederos del testamento anterior válido⁷⁵.

5.2. Posiciones doctrinales sobre la aplicación de la cláusula codicilar

a) La cláusula codicilar se aplica a la falta de institución de heredero, sea esta originaria o sobrevenida.

Un sector de la doctrina, tanto antigua como moderna, considera que la cláusula codicilar es aplicable a los supuestos de falta de institución de heredero, tanto si ésta es originaria como si es sobrevenida. Se considera que la mención de «*nulidad o ineficacia*» contenida en el texto legal, desde la Compilación hasta el actual libro cuarto del CCCat debe contener la aplicabilidad de la cláusula codicilar también en los supuestos de ineficacia sobrevenida⁷⁶. El Tribunal de Casación

⁷⁵ FOLLIA CAMPS, Roberto, «Comentario al art. 422-6», en *Sucesiones, Libro cuarto del Código civil de Cataluña*, t. II, Bosch, Barcelona, 1994, p. 195, dice que «el testamento nulo convertido en codicilo no tiene eficacia revocatoria, y por lo tanto si hay testamento anterior, este revivirá, y el testamento nulo, válido como codicilo, lo complementará».

⁷⁶ Cabe destacar, especialmente, MARTÍ I MIRALLES, Joan, *Principis del dret successori aplicats a fórmules d'usdefruit vidual i d'herència vitalícia*, Barcelona, 1925, p. 36: «que únicament mantenia las mandas y otras cosas del testamento QUAN NO HI HAVIA HEREU, O AQUEST REBUTJAVA L'HERÈNCIA, cosa que també es fa en els testaments regits pel Dret romà quan contenen la clàusula codicilar»; PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA TRIAS, Encarnación, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo III/1, Derecho sucesorio catalán, Barcelona, 1979, p. 293: «El único supuesto de operatividad de la cláusula codicilar se da en el caso en que falte la institución de heredero en el testamento y esta institución puede faltar por dos causas concretas: bien porque el testamento no contenga institución, bien porque conteniéndola, falte por circunstancias sobrevenidas, como pueden ser la declaración de incapacidad, la premoriencia del nombrado heredero, sin que exista sustitución vulgar, la renuncia del nombrado, y la declaración de indignidad.». El mismo autor en un trabajo muy posterior, PUIG I FERRIOL, Lluís, «Drets del cònjuge..», cit., p. 682: «En aquest cas la crisi matrimonial o de la parella estable determinarà la ineficàcia de la disposició testamentària segons l'article 422-13.1 i 2, però no la ineficàcia de tot el testament, ja

de Cataluña en su sentencia de 27 de diciembre de 1937 entendió que tanto la falta de institución originaria como la sobrevenida constituyen supuestos de ineficacia del testamento, por lo que la ineficacia sobrevenida por repudiación provocará que el testamento no tenga fuerza revocatoria del anterior⁷⁷.

Los principales argumentos que han sido propuestos por la doctrina que defiende esta posición son: a) la literalidad del artículo 422-6 CCCat, al sostener que «*El testamento que es nulo o deviene ineficaz por falta de institución de heredero vale como codicilo si cumple los requisitos del mismo*», sin que puedan atribuirse los términos «*deviene ineficaz*» a otra razón que los supuestos de frustración⁷⁸; b) La regulación anterior contenida en el CS, si bien sostenía en su art. 130 que «*El otorgamiento de un testamento válido revoca de pleno derecho el testamento anterior*», por considerar que la preterición errónea era un supuesto de nulidad, no condicionaba el contenido de la norma reguladora de la cláusula codicilar, que en el mismo contexto señalaba: art. 125.4: «*El testamento nulo o ineficaz por falta de institución del heredero valdrá como codicilo si reúne las condiciones de tal.*»⁷⁹ Nótese que este antecedente del actual art. 422-6 habla de «*testamento nulo*

que segons l'art. 422-6.1 el testament ineficaç per manca d'institució d'hereu val com a codicil si en compleix els requisits». SOTO NIETO, Francisco, «Principios sucesorios vigentes en el Derecho civil especial de Cataluña», en *Revista de Derecho Privado*, 1985, págs. 610; DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit p. 79: «La cláusula actúa cuando el testamento es nulo por falta de institución de heredero, tanto si es originaria (el testamento no contenía la institución) como si es sobrevenida (el heredero instituido no quiere o no puede aceptar la herencia y el testador no designó sustituto vulgar). En este segundo caso, es preciso distinguir según el causante hubiera otorgado anteriormente algún otro testamento o no. Si no existe un testamento anterior, son llamados los herederos abintestato, que deberán cumplir con las disposiciones a título particular del testamento convertido en codicilo. Si hay testamento anterior, como el posterior no tiene eficacia como testamento, no queda totalmente revocado (art. 422-9.2), pero como sí vale como codicilo, en su contenido típico como tal sí revoca parcialmente el contenido del testamento que resulte incompatible (arts. 422-6.1 y 422-11). VAQUER ALOY, Antoni, *Comentario al Código civil de Cataluña, Libro 4: Derecho de sucesiones*, Atelier, Barcelona, 2024, p. 84. TARRAGONA COROMINA, Miquel, *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, tomo I, Barcelona, 1994, p. 479: «también es nulo el testamento y despliega sus efectos la cláusula codicilar si el albaceazgo universal queda vacante o si al albacea universal se le restringen sus facultades de tal modo que deja de tener tal carácter. El testamento ha de contener institución de heredero válida y eficaz. La premoriencia o renuncia del heredero sin previsión de sustituto determina la nulidad i conversión del testamento.»; BORRELL I SOLER, *Dret civil vigent...*, cit, p. 391, al sostener que «un testamento queda destituït o desert quan no arriba a ésser hereu cap dels instituïts ni substituïts: ja per haver premort al testador, per haver repudiada l'herència o per morir sense haver-la acceptada ni tramesa (...) La destitució d'un testament el fa ineficaç del tot, tal com si el causant hagués mort intestat.», cita que parece contradecirse con otro pasaje del mismo autor que sostiene, p. 386 y 387: «Per això, l'atorgament d'un testament vàlid revoca l'anterior, malgrat que el segon no arribi a tenir eficàcia: com si s'invalida pel naixement d'un pòstum, si l'hereu premort al testador o no accepta l'herència.»

⁷⁷ Sentencia citada por PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA TRIAS, Encarnación, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo III/1, Derecho sucesorio catalán, Barcelona, 1979, p. 20 y también por MARSAL GUILLAMET, Joan, *El testament*, Barcelona, 2000, p. 102, en la que puede leerse que «...l'esmentat testament restà invalidat, per tal com concorre una de les causes que el declaren destituït o desert, com és la premoriència de l'hereu, segons així es dedueix de diverses disposicions del Dret romà que per a la validesa del testament exigeixen l'existència de l'hereu, tant si aquesta es refereix a la necessitat indispensable de la seva institució..., com a la manca d'hereu per no haver adit l'herència».

⁷⁸ ROCA TRIAS, *Institucions...*, cit., (2009), p. 189 afirma que la cláusula codicilar se produce en determinados supuestos, siendo uno de ellos la «Manca d'institució d'hereu per qualsevol causa, en la qual cal incloure també la nul·litat de la institució d'hereu.» con lo que puede interpretarse que admite, juntamente con los supuestos de nulidad, otros casos de falta de institución de heredero, pero sin concretar si entre ellos hay el de frustración del llamamiento. Y parece lógico entender que no se puede referir a los supuestos de preterición errónea, ni los de caducidad del testamento, en los que no jugará la cláusula codicilar nunca.

⁷⁹ MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, *El testamento*, Barcelona, 1995, p. 92, critica la redacción de este precepto, al señalar que «no se puede tratar en un plano de igualdad la nulidad alternativa con la ineficacia; por cuanto la nulidad en

o ineficaz» y el del CCCat añade un elemento que no tendría que ser casual al decir «*nulo o deviene ineficaz*»; c) La figura de la cuarta falcidia pretende evitar que el testamento excesivamente gravado con legados quede desierto por repudiación del heredero⁸⁰. Al existir la cláusula codicilar no debería preocuparle excesivamente al legislador que los legados, condiciones y cargas existentes en el testamento fueran a desaparecer por causa de repudiación del llamado. Tampoco parece lógico señalar que el fundamento de la cuarta falcidia reside en el hecho de que la herencia quede indivisa, ya que el supuesto de hecho de que parte la aplicación de la institución son precisamente los casos en que la herencia está totalmente dividida y el heredero no recibe ni una cuarta parte del caudal hereditario líquido. En cambio, en la eficacia revocatoria del testamento sí puede apreciarse un efecto distinto respecto de si el heredero excesivamente gravado con legados repudia la herencia. Es por ello, por lo que pudiera defenderse que el legislador quiere que el testamento sea «*válido y eficaz*» a efectos revocatorios del anterior, incentivando al heredero para que acepte la herencia con la garantía de que recibirá, como mínimo -ya que podría añadir su parte de legítima-, una cuarta parte de la herencia. Por ello se ha defendido que en los casos de la cuarta trebeliánica y de la cuarta falcidia no es suficiente con que el testamento sea válido, sino que debe ser eficaz para que se cumpla la voluntad del testador y se evite la frustración de la institución⁸¹.

b) *La cláusula codicilar se aplica sólo a los supuestos de falta institución de heredero originaria.*

Otro sector de la doctrina considera que los supuestos de frustración de la institución de heredero no afectan a la validez ni a la eficacia del testamento, por lo que no sería aplicable la cláusula codicilar y dicho «testamento» tendrá plenos efectos revocatorios.⁸² Los principales argumentos que fundamentan esta opinión son: a) no se puede considerar que la frustración de la declaración

materia testamentaria es sinónima de inexistencia y, así, la acción de nulidad destruye la apariencia de un testamento que no existe en cuanto tal; se trata, más bien de supuestos de ineficacia, en los que se incluirán los casos de *testamentum ruptum* y *destitutum*, sin olvidar la analogía de que *"quod ab initium nullum est, non potest tractu tempore convalescere"*.»

⁸⁰ DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., p. 265 señalan que «En el derecho romano, si el heredero repudiaba la herencia, el testamento quedaba sin efecto, con la consiguiente ineficacia de las disposiciones a título particular ordenadas en testamento.» Sobre el origen de la figura, dice la STSJCat 18 de junio de 1998 (RJ 1998\10057) que «la quarta falcidia es expressió del temor dels juristes romans de que, esgotada l'herència pels llegats, l'hereu renunciés a ella en adonar-se'n que feia seu poc més que el «nomen heredis». Això comportava l'ensorrament de la «heredis institutio» i conseqüent apertura de la successió intestada, de difícil acceptació per la mentalitat romana. Em això ja durant la República aparegueren distintes lleis limitatives de la facultat de llegar quan la utilització de la mateixa manés a l'anomenada «caiguda de l'herència». Com a culminació d'elles es promulgà la «Lex Falcidia» (40 AC), que, ultrapassant l'època imperial clàssica, continuà en el dret de Justinià i que establia que no es podia llegar més que les 3/4 parts («dodrants»), de manera que la quarta part restant («quadrans», «quarta falcidia») s'havia de reservar de totes totes a l'hereu. La falcidia anava connectada, doncs, a aquella concepció jurídica segons la qual per a l'eficàcia dels llegats calia la prèvia acceptació de l'hereu.»

⁸¹ ROCA TRIAS, *Instituciones...*, (2009) cit., p. 184.

⁸² De forma clara FERRER RIBA, «Tradició heretada...» cit., pp. 20 y 21: «De la mateixa manera, tampoc no sembla adient sostenir que un testament, originàriament vàlid, pugui «esdevenir ineficaz» per manca d'institució hereditària (art. 422-6). No s'han d'equiparar les conseqüències de l'omissió de l'hereu amb les de la frustració, per qualsevol causa, de la crida hereditària: si s'ha fet designació d'hereu testamentari, el testament conté institució d'hereu i consegüentment és vàlid com a tal i produeix els seus efectes, encara que la premoriència de l'hereu cridat, la seva repudiació o alguna altra causa facin necessari deferir l'herència als hereus abintestat.»; de forma indirecta, MARSAL, «Ineficacia...», cit., p. 628 y 629; ROCA TRIAS, *Instituciones...*, (2009) cit., p. 184; ANDERSON, «Comentari a l'art. 422-6», cit., p. 288: «cal concloure, malgrat la lletra d'aquest art. 422-6.1, que el supòsit en què opera la conversió és només el de la nul·litat de l'única institució d'hereu per qualsevol de les causes que recull l'art. 422-2».

a favor del instituido sea un supuesto de falta de institución de heredero por una causa sobrevenida, ya que ello comportaría confundir la cláusula testamentaria con el título de heredero: la inexistencia de heredero testamentario no provoca la desaparición de la cláusula testamentaria de institución de heredero⁸³; b) no puede admitirse que la eficacia del testamento dependa de un acto de tercero, como puede ser la repudiación o la no aceptación del cargo de albacea universal⁸⁴; c) el CCCat señala un efecto similar en el artículo 461-11 en el caso del heredero que repudia la herencia testamentaria y acepta la intestada, ya que si el heredero único repudiara la testada para aceptar la intestada y librarse de las cargas del testamento, podría ver frustrado su intento si se llamara a los herederos del testamento anterior; d) el principio de que la voluntad del testador es ley en la sucesión⁸⁵.

c) La cláusula codicilar solo se aplica a los supuestos de falta de institución sobrevenida.

Partiendo de un punto de vista lógico, se afirma que no puede considerarse aplicable la cláusula codicilar a la falta de heredero de forma originaria ya que no puede entenderse que estemos ante un testamento nulo, sino que se está, *ab initio*, ante un codicilo, ya que en el instrumento sucesorio le falta la institución de heredero, por lo que nunca podrá considerarse que es testamento, como ya se ha apuntado anteriormente.

Respecto de si el efecto legal que provoca la cláusula codicilar es de contenido imperativo o dispositivo, cabe señalar que la doctrina sostiene que el efecto conversor puede ser excluido por el testador, a diferencia de las causas de nulidad, que vienen determinadas por la ley⁸⁶. También se propone que esa voluntad no tendría que ser necesariamente expresa, con lo que en base a la presumible voluntad del causante y del principio de mantenimiento del negocio, el testador solo habría querido que su voluntad fuera efectiva en conjunto, en todas sus disposiciones testamentarias, de tal forma que, si cayera la institución de heredero por causa sobrevenida, también tendría que caer todo el negocio, no produciéndose el efecto de la cláusula codicilar⁸⁷. En mi opinión, los efectos de la cláusula codicilar pueden ser excluidos por el testador, pero será necesaria una previsión expresa.

⁸³ MARSAL, *El testamento*, cit., p. 105: «L'art. 125, IV CS limita la conversió legal en codicil al testament nul per manca d'institució d'hereu (arts. 125, III; 136). Aquest paràgraf no proporciona un recolzament legal per a considerar que el testament inicialment vàlid sigui ineficax per destitució. No es pot considerar que la frustració de la delació a favor de l'instituit hereu sigui un supòsit de manca d'institució d'hereu per una causa sobrevinguda. Admetre-ho suposaria confondre la clàusula testamentària amb el títol d'hereu.»

⁸⁴ ANDERSON, «Comentari a l'art. 422-6», cit., p. 289.

⁸⁵ En este sentido sostiene, críticamente, ANDERSON, «Comentari a l'art. 422-6», cit., p. 288: «el causant va voler revocar el seu primer testament, instituint un nou hereu; aquest, per qualsevol causa (potser, simplement, perquè no vol), no arriba a succeir i el causant no va preveure una substitució; enlloc d'obrir-se la successió intestada, recupera la seva vigència el primer testament, perquè el codicil amb què s'hauria convertit el testament no ha estat capaç de revocar-lo». A todo eso añade que «Podem dubtar si el causant hauria volgut que el succeïssin els cridats a la intestada, però el que sabem de cert és que no volia que el succeís l'instituit en el primer testament.»

⁸⁶ ROCA TRIAS, *Institucions...*, cit., p. 189.

⁸⁷ ANDERSON, «Comentari a l'art. 422-6», cit., p. 289, afirma que «No obstant, atès que la conversió es dissenya com a mecanisme per a preservar la voluntat del causant en la mesura que això sigui possible, sembla que es podrà deduir la voluntat contrària a la conversió del fet que les restants disposicions testamentàries estiguin tan vinculades a la total ordenació de la successió al voltant de la figura de l'hereu que la intenció del causant fou que perdessin eficàcia si l'hereu no arribava a ser-ho (arg ex art. 422-5), sense necessitat que ho hagi manifestat expressament.»

Es pacífico, en cambio, que la aplicación de la cláusula codicilar no procede en los supuestos de ineficacia sobrevenida por causa de preterición errónea, que como sabemos en el CS era tratada como un supuesto de «nulidad del testamento» y en el CCCat ha pasado a considerarse como un supuesto de «ineficacia», sin que esa alteración haya añadido ningún elemento a su régimen jurídico o a sus efectos⁸⁸. Por ello, en los supuestos en que se declare la ineficacia del testamento por preterición errónea, el mismo no habrá ejercido fuerza revocatoria respecto del testamento anterior⁸⁹. La ineficacia del testamento por preterición errónea determinará también la ineficacia de los codicilos existentes, tanto si la sucesión se rige por el testamento anterior como si se rige por la sucesión intestada (art. 451-16.2).

Después del examen de las diversas opiniones doctrinales sobre esta figura, desde mi punto de vista, la cláusula codicilar podrá operar tanto en los supuestos de falta de institución de heredero originaria, así como en los supuestos de ineficacia sobrevenida. Los casos de falta de institución de heredero o albacea de carácter originario se restringirán a los testamentos notariales cerrados o a los ológrafos, ya que el notario no autorizará un testamento abierto en el que no haya institución de heredero o albacea cuando sea aplicable el Derecho civil catalán.

Respecto de los supuestos en que se produzca una ineficacia sobrevenida, la cláusula codicilar actuará, ya que sino la función y contenido histórico de la institución quedaría vacía. Sin embargo, creo que no se pueden interpretar los términos de «*válido y eficaz*» del art. 422-9.2 CCCat de forma distinta, a efectos revocatorios, de los conceptos equivalentes de «*nulo o deviene ineficaz*» del art. 422-6.1 CCCat. Si se considera, como sostiene la doctrina mayoritaria, que un testamento con institución de heredero es válido y eficaz, aunque después de la muerte del testador se frustre la institución por una causa sobrevenida, no se puede afirmar lo contrario a la hora de aplicar la cláusula codicilar, que se asienta en los mismos elementos, esto es, un testamento válido y eficaz en el que se ha frustrado, a posteriori, la institución de heredero.

Por ello creo que, en el caso de la aplicación de la cláusula codicilar en los casos de ineficacia sobrevenida por frustración, el testamento, ahora convertido en codicilo, ha tenido plena validez y eficacia hasta el momento de la frustración del llamamiento, por lo que ha tenido eficacia revocatoria del testamento anterior. Así, la cláusula codicilar actuará en casos de ineficacia sobrevenida, pero con efecto revocatorio del posible testamento anterior, al igual que sucede en aplicación de la regla de la revocación en virtud del supuesto del art. 422-9.2.

Nótese que, en realidad, el contenido del artículo 422-6.1 queda sin efecto y cabría entender que es superfluo, ya que no añadiría ningún efecto jurídico. Así, si cuando el testamento es nulo por una causa originaria en realidad estaremos ante un codicilo, ese efecto se produce en virtud del artículo 422-1, sin que el instrumento tenga ninguna eficacia revocatoria respecto de un testamento anterior. Para el caso de ineficacia sobrevenida por frustración, la solución nos viene dada por el artículo 422-9.2, entendiendo que, si existe institución de heredero, aunque se frustre posteriormente por cualquier causa, el testamento ha tenido eficacia revocatoria del anterior.

⁸⁸ LAMARCA MARQUÈS, «Comentari a l'art. 451-16 del Codi civil de Catalunya», cit., p.1392.

⁸⁹ Según señala ANDERSON, «Comentari a l'art. 422-8», cit., p. 293, el artículo 422-7 del Proyecto de CCCat, que no pasó a la versión definitiva, disponía que el testamento ineficaz por preterición errónea mantenía su eficacia revocatoria.

Un efecto similar que el que produce la cláusula codicilar se observa en el caso en que el llamado repudia la herencia testamentaria y pretende aceptar la intestada. Según el artículo 461-11.1 «*El llamado que repudia la herencia testamentaria puede aceptar la intestada, pero sujetándose a los legados, fideicomisos, condiciones y demás cargas que el testador haya impuesto.*», supuesto que implica, a mi entender, una aplicación de la regla de la cláusula codicilar. La frustración del llamamiento a la institución sin sustituciones efectivas provocará la conversión del testamento en codicilo, con los legados y cargas contenidos en él, pero ese instrumento que era testamento antes de la frustración (sobrevvenida) ha provocado el efecto revocatorio del testamento anterior, abriéndose, en todo caso, la sucesión intestada.⁹⁰

⁹⁰ Para ROCA TRIAS, *Institucions..*, (2009), p. 190, incluye, dentro de los supuestos de aplicación de la cláusula codicilar el contenido del art. 461-11.1; ANDERSON, M., «Comentario al art. 422-6 CCCat», cit, p. 289, sostiene una opinión distinta y justifica la norma del art. 461-11.1 como una excepción al principio general: «Sembla clar que en aquest supòsit no opera la conversió en codicil, sinó que s'obre la successió intestada únicament per a trobar l'hereu o hereus, mantenint-se el testament en tota la resta, és a dir, més enllà del contingut possible del codicil (art. 421-20), ja que no només se salven les disposicions a títol particular, sinó també els fideïcomisos i les condicions a qualsevol instituït que el causant hagi pogut establir. Cal entendre, doncs, que malgrat la frustració de la crida, el testament no «esdevé» nul i no cal convertir-lo en codicil, de manera que ha estat capaç, entre altres coses, de revocar qualsevol testament anterior, la reviviscència del qual, en aquest cas, ni tan sols es planteja. Tampoc no sorgeix cap problema respecte al principi d'incompatibilitat de successió testada i intestada, perquè no hi ha concurrència d'hereus d'un i altre tipus. Malgrat que aquest precepte es podria veure com una excepció a la nul·litat del testament per manca d'institució d'hereu en un cas de frustració de la crida (arts. 422-1.3 i 422-6), és preferible entendre que simplement fa aplicació, per a un cas concret (el de l'hereu cridat per la via testada i també per la intestada) del que ha de ser la regla general del sistema.»

6. Conclusiones

1. La regulación que contiene el CCCat en materia de nulidad e ineficacia de los negocios jurídicos testamentarios es mejorable en cuanto a claridad normativa. Ello ha provocado opiniones encontradas en la doctrina no deseables respecto al régimen jurídico de la revocación en los casos de frustración del llamamiento del heredero, lo que puede acarrear inseguridad jurídica y proliferación de la litigiosidad.

2. Los efectos del testamento se producen a partir del momento de la muerte del causante, momento en el que el negocio será válido y eficaz si reúne los requisitos previstos en la ley y no es declarado nulo por una sentencia judicial. La perfección del negocio se producirá con su otorgamiento, aunque por su carácter esencialmente revocable no podrá proclamarse su validez y su eficacia hasta un momento posterior, cuando ya no sea posible su revocación.

3. La frustración de la institución de heredero, por cualquier causa que se produzca posteriormente a la apertura de la sucesión, no podrá afectar a la validez y eficacia del instrumento, por lo que los efectos revocatorios ya se habrán producido en el momento de la muerte del testador sin que, para esa eficacia revocatoria, tenga ninguna trascendencia el hecho de que el llamamiento al heredero testamentario llegue a ser efectivo.

4. La cláusula codicilar debe aplicarse a los supuestos de ineficacia sobrevenida del testamento por falta de institución de heredero, pero en este caso el testamento ha sido válido y eficaz a efectos revocatorios. Si la falta de heredero es originaria, no habrá existido testamento si no codicilo, pero en el caso en que el testamento sea válido y eficaz por contener institución, albacea universal o haber estado otorgado por tortosino, la frustración posterior no podrá evitar la eficacia revocatoria, valiendo el testamento como codicilo, pero con la apertura de la sucesión intestada y no el testamento anterior ya revocado.

5. La base de todos los argumentos se sostiene en la voluntad del testador, elemento axial en la interpretación de los testamentos. No puede admitirse que un testador otorgue segundo o ulterior testamento y que, por actos no controlables ni previsibles, posteriores y debidos a circunstancias ajenas a su voluntad, se vean afectados los efectos revocatorios del testamento posterior respecto del anterior. No se sabe si el testador hubiera querido que le sucedieran los herederos llamados por la ley, lo que sí se sabe es que no quiso, y así lo declaró expresamente, que le sucedieran los designados en el testamento anterior especialmente revocado.

6. Sería deseable que el legislador esclareciera los efectos y suprimiese expresiones literales que llevan a confusión al operador jurídico. Los problemas que se han tratado en este trabajo no son teóricos y la existencia de opiniones divergentes en la doctrina y en la práctica son notables.

7. Bibliografia

ABRIL CAMPOY, Joan Manel, «Ineficàcia de les disposiciones per causa de mort», en ABRIL CAMPOY, Joan Manel; AMAT LLARI, M^a Eulàlia; BARTUMEU MARTÍNEZ, Isidre; CECCHINI ROSELL, Xavier; PUIG I FERRIOL, Lluís, *Fonaments de Dret Privat andorrà*, vol 1, Dret de successions, Sant Julià de Lòria-Andorra la Vella, 2^a ed., 2018.

«Testamento ológrafo: requisitos de forma e institución de heredero. La calificación de los albaceas nombrados. (Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de abril de 1998 (1).», en *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 222, de 21 de septiembre de 1998, p. 1 a 3.

«El testamento ológrafo. Las formalidades testamentarias y la cláusula codicilar», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1993, n. 2, p. 744.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel, «Cuestiones en materia de revocación de testamento», Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 15 de enero de 1957.

«De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias.», en *Anuario de Derecho civil*, vol. 7, n^o 2, 1954, págs. 319 a 334.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Incidencia de las crisis matrimoniales en el derecho de sucesiones», en *Actualidad Civil*, t. 13, 2006, p. 1525.

ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (abril-juny 2024)» en *InDret*, 3.2024, pp. 567 y ss.

«Art. 422-6" i «Art. 422-9" en *Comentari al Llibre Quart del Codi civil de Catalunya relatiu a les successions*, vol. I, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 286-290 i 296-302.

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia; GINEBRA MOLINS, M^a Esperança; TARABAL BOSCH, Jaume, *Dret de successions, Teoria i casos*, Atelier, 3^a ed., Barcelona, 2023.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *El principio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Dykinson, Madrid, 2006.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, «Forma del testamento, nulidad por defecto de forma y doctrina de los actos propios», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, núm. 1, p. 163.

BORRELL I SOLER, Antoni M., *Dret civil vigent a Catalunya*, vol. V, segunda parte, Barcelona, 1923. *Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo V, Barcelona, 1944.

CAMACHO CLAVIJO, Sandra, «El concepte de testament merament revocatori», en *Revista catalana de Dret privat*, 16, 2016.

El testamento revocatorio: la reorganización de la sucesión mediante la revocación testamentaria, Madrid, 2015.

CAMPO GÜERRI, Miguel Ángel, «Interpretació, nul·litat i ineficàcia del testament», en *Dret de successions*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 125-143.

CAPILLA RONCERO, «Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de ineficacia del testamento inválido», en *Anuario de Derecho civil*, 1987, p. 3.

CASAS VALLÉS, «Las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio (Sobre el art. 132 del Código de sucesiones de Cataluña)», en *Anuario de Derecho civil*, 1993, p. 1747.

COBAS COBIELLA, M^a Elena, *La revocación testamentaria*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, Monografía n^o 26, 2011.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3^a edición, Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Sao Paulo, 2017.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen I, Introducción. Teoría del contrato, 4^a edición, Madrid, 1993.

«La pluralidad de testamentos», *Revista de Derecho Notarial*, 1960, p. 75 y ss.

ESPÍAU ESPÍAU, Santiago, *El error en las disposiciones testamentarias. La regulación del «Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya»*, Tecnos, Madrid, 1994.

FERRER RIBA, Josep, «Tradició heretada i Innovació en el nou Llibre Quart del Codi civil de Catalunya», en AAVV, *El Nou Dret Successori del Codi Civil de Catalunya-Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, 2009, pp. 15-32.

«El nou dret català de successions», en *InDret*, 4/2008, 1-2.

FOLLIA CAMPS, Roberto, «Comentario al art. 422-6», en *Sucesiones, Libro cuarto del Código civil de Cataluña*, t. II, Bosch, Barcelona, 1994, p. 194 a 196.

«Cuando es universal el albacea. La revocación del testamento en la Compilación. La cláusula codicilar y el derecho transitorio.», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 71, 1972, pp. 775-807.

GARRIDO MELERO, Martín, *Derecho de sucesiones*, 2^a ed., tomo I, Marcial Pons, Barcelona, 2009. *El libro cuarto del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio)*, Madrid, 2008.

«La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 639, 1997, págs. 463 a 500.

GINEBRA MOLINS, M^a Esperança, «Comentari a l'art. 441-1», en EGEA/FERRER, *Comentari al Llibre Quart del Codi civil de Catalunya relatiu a les successions*, vol. II, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 1213 y ss.

GINOT LLOBATERAS, «La antigua cláusula codicilar y la Compilación del derecho civil especial de Cataluña», en *Centenario de la Ley del notariado*, Madrid, 1962, sección 2^a, t. I, p. 591 y ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «La revocación tácita de un testamento por otro posterior (un breve estudio a propósito de la sentencia 129/2006, de la Audiencia Provincial de Valladolid de 11 de abril de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 730, 2012, pp. 1064-1090.

LAMARCA MARQUÈS, Albert, «Comentari a l'art. 451-16 del Codi civil de Catalunya» en EGEA/FERRER, *Comentari al Llibre Quart del Codi civil de Catalunya relatiu a les successions*, vol. II, Atelier, Barcelona, 2009.

MARSAL GUILLAMET, Joan, «Ineficacia y revocación del testamento», en AAVV, *Tratado de derecho de sucesiones*, tomo I, Civitas, Madrid, 2011, pp. 625-645.

«La ineficàcia dels actes i disposicions d'última voluntat», en AAVV, *el Nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya, materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Tossa de Mar, 25 i 26 de setembre de 2008, Girona, 2009, pp. 129-147.

El testament, Barcelona, 2000.

«La ineficàcia del testament» en BADOSA COLL, Ferran, *Compendi de Dret civil català*, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 481 a 491.

MARTÍ I MIRALLES, Joan, *Principis del dret successori aplicats a fórmules d'usdefruit viual i d'herència vitalícia*, Barcelona, 1925.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel., *El testamento*, Barcelona, 1995.

MIQUEL GONZÁLEZ, José M^a, «Notas sobre la voluntad del testador», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 6, 2002.

«Reflexiones sobre la preterición y la voluntad del causante» en *Setenes jornades de Dret català a Tossa de Mar. El nou Dret successori de Catalunya*, Universitat de Girona, Barcelona, 1994.

PASTOR RIDRUEJO, Félix, *La revocación del testamento*, Barcelona, 1964.

PARDO MAYORGA, Cristina, «Algunes reflexions entorn a la preterició errònia a l'ordenament català.», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3-2012, p. 677 a 703.

PERUGA PÉREZ, Enrique, «La transmissió de la delació en el Dret civil català. Implicacions civils, fiscals i registrals.», *Centre d'Estudis jurídics i formació especialitzada*, CEJFE, 2024.

PUIG BLANES, Francisco de Paula, «Comentario al artículo 422-9 CCCat» en *Comentarios al Código civil de Catalunya*, tomo II, Madrid, 2011, pp. 121 a 123.

PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA TRIAS, Encarnación, *Fundamentos del Derecho civil de Catalunya*, tomo III/1, Derecho sucesorio catalán, Barcelona, 1979.

Institucions del Dret civil de Catalunya, 7^a edició, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

PUIG I FERRIOL, Lluís, «Drets del cònjuge i del convivent en unió estable de parella en la successió testamentària», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 3-2010, p. 645 a 689.

«Els principis successoris catalans: present i futur», a *La reforma de la Compilació: el sistema successori*, Tossa de Mar, 1984.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones, Común y Foral*, tomo I, 4ª edición, Dykinson, Madrid, 2009.

ROCA SASTRE, Ramon M^a, *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1988.

SALVADOR CODERCH, Pablo, *El título de heredero*, Bellaterra, 1985.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «Comentario a los artículos 739 y 740», en *Comentarios del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1847 a 1850.

SOTO NIETO, Francisco, «Principios sucesorios vigentes en el Derecho civil especial de Cataluña», en *Revista de Derecho Privado*, 1985, págs. 603 a 626.

«Principios sucesorios vigentes en el Derecho civil especial de Cataluña. Conveniencia de su revisión.», en *La reforma de la Compilació. El sistema successori, III Jornades de Dret Català a Tossa*, 1984, págs. 243 a 262.

TARRAGONA COROMINA, Miquel, *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, tomo I, Barcelona, 1994, pp. 479 a 509.

VAQUER ALOY, Antoni, *Comentario al Código civil de Cataluña, Libro 4: Derecho de sucesiones*, Atelier, Barcelona, 2024.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias*, Pamplona, Aranzadi, 2011.

Sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña

Sentencia de 27 de diciembre de 1937.

Sentencias de Tribunal Supremo

STS 1ª (sección 1ª) 539/2018, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3263)

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

STSJC núm. 27/1997 de 23 septiembre.

STSJC núm. 10/1998 de 23 abril.

STSJC núm. 1/2012 de 5 enero ECLI:ES:TSJCAT:2012:1

STSJC núm. 56/2012 de 1 octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2012:10901)

STSJC núm. 48/2013 de 9 septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2013:6527)

STSJC núm. 18/2020 de 9 junio (ECLI: ES:TSJCAT:2020:6361)

STSJC núm. 9/2023, de 13 de febrero (ECLI:ES:TSJCAT:2023:4011)

Resoluciones de la Dirección General de Derecho, de Entidades Jurídicas y Mediación de la Generalitat de Cataluña

Res. JUS/4177/2010, de 26 de noviembre (DOGC 5789, de 4 de enero de 2011)

Res. JUS/2694/2013, de 5 de diciembre (DOGC 6529, de 27 de diciembre de 2013)

Res. JUS/2437/2015, de 15 de octubre (DOGC 6993, de 9 de noviembre de 2015)

Res. JUS/2666/2016, de 21 de noviembre (DOGC 7258, de 30 de noviembre de 2016)

Res. JUS/1618/2024, de 8 de mayo (DOGC 9163, de 15 de mayo de 2024)

Res. JUS/2093/2024, de 7 de junio (DOGC 9185, de 17 de junio de 2024)

De nuevo sobre el riesgo permitido

A propósito de Silva Sánchez

Sumario

-
Siguiendo el índice del libro del profesor Silva Sánchez, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, y al hilo de la respuesta a su postura y argumentos, se debaten en el presente artículo cuestiones como la naturaleza, fundamento y ubicación sistemática del riesgo permitido, su relación con la adecuación social, su determinación y la relevancia que en esta tarea ocupan la regulación extrapenal y la *lex artis*, y su relación con la concreción de la conducta imprudente y con la imputación del resultado. Lo anterior, además, nos llevará al cuestionamiento de las diferentes construcciones dogmáticas del delito, partiendo de la relación entre el tipo (en sus aspectos objetivos y subjetivos), la norma de determinación y la función de la categoría de la tipicidad.

Abstract

-
Following the table of contents of the book by Professor Silva Sánchez, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, and in response to his position and arguments, this article discusses issues such as the nature, foundation, and systematic placement of permitted risk, its relationship with social adequacy, its determination, and the relevance of extra-penal regulation and the *lex artis* in this task, as well as its connection with the specification of negligent conduct and the attribution of the result. This will also lead us to question the different dogmatic constructions of the crime, starting from the relationship between the definition of the *actus reus* and the *mens rea* and its relationship with the norm, understood as a prohibition –norm of determination–.

Zusammenfassung

-
In Anlehnung an das Inhaltsverzeichnis der Monographie von Professor Silva Sánchez, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, und als Antwort auf seine Position und Argumente werden in dem vorliegenden Beitrag Fragen wie die Natur, Grundlagen und systematische Einordnung des erlaubten Risikos, seine Beziehung zu der sozialen Adäquanz, seine Bestimmung und die Bedeutung, die die außerstrafrechtliche Regelung und die *lex artis* bei dieser Aufgabe einnehmen, sowie seine Beziehung zu der Definition des fahrlässigen Verhaltens und der Zurechnung des Erfolgs erörtert. Dies wird auch Anlass dazu geben, die verschiedenen dogmatischen Konstruktionen der Straftat zu hinterfragen, ausgehend von der Beziehung unter dem Tatbestand (in seinen objektiven und subjektiven Aspekten), der Bestimmungsnorm und der Funktion der Kategorie der Tatbestandsmäßigkeit.

Title: Again on permissible risk. Reply to Silva Sánchez.

Titel: Wieder zu dem erlaubten Risiko. Eine Antwort an Silva Sánchez

-
Palabras clave: Riesgo permitido, delito imprudente, cuidado objetivamente debido.

Keywords: Permitted risk, negligent offence, objective duty of care.

Stichwörter: Erlaubtes Risiko, Fahrlässige Straftat, objektive erforderliche Sorgfalt,

DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.05

1.2025

Recepción
09/07/2024

-

Aceptación
25/10/2024

-

Índice

-

- 1. Presentación*
- 2. Delimitación del concepto de riesgo permitido*
- 3. La ubicación del riesgo permitido en el sistema de la teoría del delito*
- 4. El fundamento de la figura del riesgo permitido*
- 5. Riesgo permitido, regulación y retribución*
- 6. Las condiciones de permisión de un riesgo*
- 7. Un modelo de actuación para órganos judiciales*
- 8. Los riesgos ya no permisibles*
- 9. Las peculiaridades de la remisión a disposiciones no estatales*
- 10. Reflexiones finales*
- 11. Bibliografía*

-

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

1. Presentación*

El tema del riesgo permitido, su función de recorte de las conductas desvaloradas, su relación con la delimitación bien de un supuesto tipo objetivo común a los delitos dolosos e imprudentes o bien solo del tipo subjetivo, o, en una tercera opción, de la materia de la prohibición, son cuestiones esenciales de la teoría de delito y piedra de toque de la validez de cualquier construcción dogmática. A raíz de la publicación de la obra *El riesgo permitido en Derecho penal económico* en la que, partiendo de presupuestos distantes a los míos, el profesor SILVA SÁNCHEZ, como siempre con agudeza y gran inteligencia, pretende dar respuesta a los innumerables problemas que se plantean en este ámbito, a la vez que procura un encaje coherente de las soluciones propuestas, pretendo, en este trabajo, visitar la obra que publiqué en el año 2007, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación del injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. Buena parte de aquella investigación estaba dedicada al estudio del riesgo permitido, su relación con la norma subyacente al tipo imprudente y la determinación de la conducta prohibida. Confronto a continuación aquellas ideas con las propuestas y soluciones del maestro de la Universidad Pompeu Fabra, para, siguiendo el orden elegido por él en su monografía, no solo discutir las concretas argumentaciones en torno a asuntos como el fundamento y la ubicación del riesgo permitido, la relación con la regulación extrapenal, etc., sino las propias construcciones dogmáticas a las que lleva una u otra opción, señalando los puntos en común y aquellos que nos separan, en la confianza de que la Ciencia del Derecho penal avanza con el diálogo constructivo.

2. Delimitación del concepto de riesgo permitido

Señala SILVA SÁNCHEZ, con razón, lo erróneo de utilizar la expresión «riesgo permitido» para definir conductas peligrosas prohibidas pero atípicas. Bajo este uso, denuncia, se habría ido deformando la categoría para convertirse en una especie de cajón de sastre inmanejable en el que se introducen instituciones muy distintas que responden a diferentes fundamentos. Las conductas atípicas pero prohibidas por otros sectores del ordenamiento, efectivamente, como señala SILVA SÁNCHEZ, no son riesgos «permitidos»¹. El sentido con el que se va a utilizar la expresión, en cambio, se refiere, acertadamente, a aquellas conductas peligrosas que se declaran lícitas y por tanto no pueden tampoco ser típicas.

Coincido con SILVA SÁNCHEZ en que lo permitido por otros sectores del ordenamiento no puede ser típico, para empezar, por un principio de unidad y coherencia del ordenamiento². No creo, sin embargo, que todos los supuestos que rechaza sean realmente ajenos al tema de la delimitación del riesgo permitido y el no permitido. En particular, no lo es lo que denomina «riesgos generales de la vida». Con esta terminología se refería FRISCH³ a los riesgos generales frente a los cuales no renunciamos a las actividades que implican su producción. Respecto de los

* Autora de contacto: Alicia Gil Gil (agil@der.uned.es).

¹ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 19.

² SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 25, destacando aquí con razón que si el Derecho público o privado permiten una conducta que en cambio desde el Derecho penal se reputa típica es porque no se trata exactamente del mismo hecho. GIL GIL, *El delito imprudente: fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, 2007, p. 217.

³ FRISCH, «La imputación objetiva: estado de la cuestión», en VV.AA., *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 45.

misimos afirma FRISCH que, como casi toda acción puede comportar la presencia o producción de condiciones capaces de lesionar un bien, este dato no puede bastar para desaprobare la conducta. Para una prohibición debía producirse, en su opinión, la circunstancia de que el afectado por la limitación de la libertad que supone la prohibición de la conducta pudiera aceptarla, por estimarla racional, desde la posición de potencial afectado. Y de ello deducía que no existirá, por regla general, ninguna razón para limitar la libertad tomando como punto de referencia la mera posibilidad de las consecuencias negativas. Sin embargo, en mi opinión, es evidente que esto es así porque esas actividades nos reportan una utilidad o un beneficio. Por lo tanto, no puede obviarse este requisito de la ponderación para erigir al criterio de la escasa probabilidad o la mera posibilidad abstracta del resultado en solución que determina la permisión del riesgo en cualquier constelación de intereses⁴. De esta exclusión inicial de una gran parte de la problemática provendrán, como se verá, gran parte de mis diferencias con la postura de SILVA SÁNCHEZ.

Pero la afirmación anterior nos conduce a otra polémica fundamental en este ámbito: la relación existente entre el Derecho penal y la normativa extrapenal. A pesar de lo dicho más arriba, SILVA SÁNCHEZ acoge, de manera matizada, la llamada «doctrina del indicio»⁵, que tampoco comparto⁶. Sobre esta cuestión volveremos más adelante puesto que SILVA SÁNCHEZ le dedica un capítulo independiente.

Mi tercera gran diferencia de partida con la concepción de SILVA SÁNCHEZ radica en la distinción que establece entre el riesgo permitido y la adecuación social. Para SILVA SÁNCHEZ la adecuación social tendría su fuente en las «normas sociales» -aunque luego precisa que constituye una especificación de la costumbre como fuente del Derecho⁷-, mientras que el riesgo permitido proviene del Derecho público o privado vigente⁸. SILVA SÁNCHEZ apareja un carácter formal al riesgo permitido e informal a la adecuación social⁹.

En mi opinión, la posible positivización en otras ramas del ordenamiento de las conductas peligrosas, pero no ilícitas, no es lo que diferencia ambos conceptos. Es más, aun siendo la regulación expresa de las conductas prohibidas o permitidas -o de las cautelas o condiciones para la realización conforme a Derecho de una actividad peligrosa- una incuestionable ventaja para la seguridad jurídica, este dato no cambia nada la naturaleza, la esencia, el origen y la ubicación sistemática de ambas figuras. Además, la distinción no puede mantenerse hasta sus últimas consecuencias. El propio SILVA SÁNCHEZ reconoce, por una parte, que la esencia de la una y el otro coinciden: las ponderaciones entre la utilidad y el riesgo; y también su relevancia dogmática: la atipicidad (aunque aquí también encontraremos excepciones). Y por otra, que incluso en los ámbitos detalladamente legislados es posible que la última determinación de las conductas

⁴ Véase GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 237.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 140

⁶ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 266-276, contestando a la teoría indiciaria mantenida por ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, § 24/16 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva*, 1996, pp. 117 ss.; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, 1990, p. 45; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, pp. 298 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, p. 334; HAVA GARCÍA, «Responsabilidad penal por mala praxis médica», *Revista de derecho penal*, (1), 2002, p. 85; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., 2005, p. 201 ss., p. 312. Para FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 108, 115 ss., es algo más que un indicio, pero también niega la identidad.

⁷ Se trataría, en sus palabras, de la «creación consuetudinaria de espacios de libertad jurídica» (p. 23).

⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 25.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 25.

prohibidas o permitidas sea dejada por el derecho administrativo a los usos sociales o profesionales en cada ámbito, es decir, esté integrada por estándares legales que deben ser concretados por el juez, como sucede con los criterios de la diligencia del buen comerciante o el administrador leal¹⁰. Con ello reconoce que en estos casos hay que recurrir a fuentes informales «próximas a las que constituyen la base de la adecuación social». En ocasiones, la propia legislación remite expresamente a estos usos sociales¹¹. Pretende SILVA SÁNCHEZ que estos usos sectoriales, como por ejemplo los usos del comercio, deben distinguirse de la «adecuación social general» y acaban definiendo el ámbito de lo permitido¹². Sin embargo, debe advertirse que no existe una «adecuación social general», sino que esta también se establece en referencia a cada actividad y a la forma concreta de actuación. El que esa actividad se haya profesionalizado, o no lo haya hecho, no cambia en mi opinión la esencia, ni la forma de realizar la previsión y ponderación de riesgos y utilidades de una determinada conducta para decidir su licitud o ilicitud. Reconoce SILVA SÁNCHEZ, finalmente, que en algunos casos el límite entre el riesgo permitido y el ya no permitido y, con ello, entre lo atípico y lo típico, acaba determinándose por remisión al uso sectorial. Esto, sin embargo, sucederá con mucha mayor frecuencia de lo que cree, pues hay que averiguar el contenido de la prohibición de actuar descuidadamente en todos los ámbitos no regulados e, incluso, en aquellos regulados, en relación con las situaciones atípicas (no previstas). Es decir, aquello que SILVA SÁNCHEZ ha despachado alegando la solución de los «riesgos generales de la vida» es igualmente un problema de deslinde entre el riesgo permitido y el no permitido (la conducta descuidada). Por ello no me parece que un criterio de distinción meramente formal, como el ofrecido por SILVA SÁNCHEZ, suponga una ventaja.

WELZEL ya expresó la idea de que los tipos son la resultante de una ponderación de intereses, tras la que subyace una concepción de los bienes jurídicos como un sistema dinámico y funcional y la aceptación de que en el mundo moderno se llevan a cabo una serie actividades donde se realizan acciones que pueden implicar un riesgo o incluso la lesión de los mismos¹³. Es cierto que WELZEL otorgaba a la adecuación social una existencia prejurídica, luego asumida y asimilada por el Derecho, en tanto que principio inmanente de la constitución del Derecho. Así, recordaba que el Derecho normado legalmente entra siempre en un mundo ya configurado históricamente, cuyas reglas afianza o modifica y desarrolla en una permanente interrelación.

De estas afirmaciones podemos concluir que la adecuación social y el riesgo permitido que han servido para recortar los tipos penales (en mi concepción recortando ya la materia de la prohibición) son aquellas que el Derecho ha afianzado y desarrollado, mientras que dejan de ser

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 24 ss., p. 29.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 30.

¹² SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 29-

¹³ WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (58), 1939, pp. 514 ss., 557 ss. Antes EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung*, 1910, p. 196 y ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, (Reedición 1995), pp. 283 ss. Sobre los distintos cambios de opinión de WELZEL sobre la adecuación social véase CANCIO MELIÁ, «La teoría de la adecuación social en Welzel», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (46-2), 1993, pp. 698 ss.; HIRSCH, «Soziale Adäquanz und Unrechtslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (74), 1962, pp. 78 ss.; EL MISMO, *Derecho penal, Obras completas*, t. III, 2002, pp. 9 ss.; RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, p. 247. MARAVER GÓMEZ señala con razón que tras el riesgo permitido por legitimación histórica existe siempre también una ponderación, MARAVER GÓMEZ, «Riesgo permitido por legitimación histórica», en VV.AA., *El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, 2003, pp. 222 ss.

riesgo permitido o adecuación social aquellas valoraciones que el ordenamiento ha modificado¹⁴. Finalmente, solo podemos llamar adecuación social o riesgo permitido a las valoraciones resultantes de una ponderación de intereses asumida por el ordenamiento (expresamente - mediante su positivización en normas- o no, en cuyo caso debe ser sustentada por otras valoraciones legales)¹⁵. Ello significa que, efectivamente, allí donde no existe todavía una regulación expresa del conflicto, resulta posible que las valoraciones sociales doten de un cierto dinamismo a la concreción del tipo. Pero esta función será ciertamente limitada, pues para entender que esa valoración no es solo social, sino también jurídica, tendrá que ser conforme al resto de valoraciones expresas del ordenamiento. Si se piensa, ello no podría ser otra manera. En primer lugar, por la necesidad de atender a la seguridad jurídica. En segundo lugar, por la necesidad de coherencia y unidad en el ordenamiento jurídico. En tercer lugar, porque, aunque se defienda un Derecho penal basado en las concepciones ético-sociales dominantes en una determinada sociedad, lo relevante es la valoración jurídica (siempre de base social) y no la valoración social por sí misma. La adecuación social y el riesgo permitido son por tanto conceptos normativos¹⁶, son el reverso de la «conducta descuidada», que será, si alcanza la suficiente gravedad, la conducta típica.

Por todo lo dicho, tampoco comparto la opinión de SILVA SÁNCHEZ de que la adecuación social necesite de esa especie de elemento espiritual: la *opinio iuris libertatis*, y alcanzar el grado de costumbre como fuente del Derecho; por lo demás, tampoco dicho elemento sería suficiente para convertir un uso social en adecuado si no respeta las valoraciones y ponderaciones del ordenamiento positivo (no cabe costumbre *contra legem*). En definitiva, solo la concepción social jurídicamente admitida es adecuación social, y, a la vez, detrás de toda norma hay una valoración social que ha prosperado (si bien, ciertamente, no siempre por ser la mayoritaria, sino en ocasiones por ser la políticamente preferida por muy diversos motivos)¹⁷.

No coincido tampoco con SILVA SÁNCHEZ en las dudas que expresa sobre la existencia de una verdadera ponderación tras la adecuación social, siguiendo a JAKOBS, en lo que este autor denomina «riesgos permitidos de legitimación histórica»¹⁸. El problema radica, en mi opinión, en que esa ponderación entre los peligros y las ventajas no puede realizarse en términos puramente económicos, como también reconoce SILVA SÁNCHEZ¹⁹. La idea de valoración de la actividad como útil, necesaria o deseada supera, en mi opinión, la criticada mera ponderación costes-

¹⁴ En el mismo sentido RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, p. 298; MARAVER GÓMEZ, *LH Jakobs*, t. II, 2003, pp. 228 ss. Por ello no me parece correcta la interpretación de HIRSCH, *ZStW*, (74), 1962, pp. 95 ss (Obras Completas, t. III, pp. 30 ss), que rechaza la adecuación social argumentando que también existe un riesgo no prohibido socialmente inadecuado, ni tampoco la interpretación similar de PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, p. 84. A favor de la interpretación de la adecuación social en WELZEL en el mismo sentido de la aquí propuesta, véase CANCIO MELIÁ, *ADPCP*, (46-2), 1993, p. 714.

¹⁵ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 216 ss.

¹⁶ WELZEL, *ZStW*, (58), 1939, p. 517, nota 38.

¹⁷ Acierta por ello SILVA SÁNCHEZ en advertir que en muchas ocasiones es la agenda política la que marca las prioridades en cada momento y es el legislador en que puede impulsar el éxito de determinados cambios de valoración.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 26

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 41.

beneficios²⁰; puede incluir lo que JAKOBS²¹ llama riesgos con legitimidad histórica, que en realidad son actividades normalmente de interés cultural o lúdico a las que una sociedad tampoco quiere renunciar, es decir, se valoran también por el ordenamiento como útiles o necesarias y deseadas²².

La aceptación de un riesgo siempre es producto de una ponderación de intereses. Incluso aquellos riesgos admitidos por tradición (podría pensarse por ej. en las corridas de toros y otras actividades taurinas, en tanto que peligrosas para la vida e integridad de las personas participantes -tema distinto es el de la lesión, no mero peligro, del bien jurídico bienestar animal-) responden a una ponderación de intereses en la que se otorga prioridad a la conservación y «disfrute» de unas tradiciones culturales, y todo aquello que las mismas conllevan, sobre la evitación del riesgo que suponen. Por supuesto las valoraciones sociales cambian a lo largo del tiempo y surgen nuevos bienes jurídicos que se consideran dignos de protección penal y cuya salvaguardia entra en conflicto con actividades que antes eran valoradas (positivamente). Así, las corridas de toros y otros espectáculos taurinos se ven ahora por una parte de la sociedad como una lesión a un bien jurídico «bienestar animal» que no quedaría compensado por la utilidad de la actividad. Sin embargo, a nivel estatal, y de muchas comunidades autónomas, este sacrificio del bien jurídico sigue considerándose un caso de adecuación social. Estamos en una época en la que no puede establecerse una clara opinión mayoritaria al respecto, y las opciones de los distintos de legisladores han sido diferentes.

Pero tiene razón SILVA SÁNCHEZ cuando advierte que la exigencia de más o menos condiciones para permitir un riesgo -de más o menos cautelas para considerar una conducta no prohibida-, depende finalmente de decisiones político-jurídicas, por mucho que estas estén altamente determinadas por las valoraciones sociales²³. Finalmente, la opinión dominante, la que pasa a la regulación positiva, pero no solo en este terreno, sino también, por ejemplo, en la propia selección de los bienes jurídicos a proteger, responde a una opción política a la que mueven intereses distintos. Esperamos que la mayoría de las veces se rijan por las valoraciones sociales mayoritarias, pero a veces imperan razones ideológicas y se pretende acelerar un cambio en las

²⁰ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 236-240. Véase RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, p. 294; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, pp. 497 ss.

²¹ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 1995, p. 243, marg. 35, afirma que junto al riesgo permitido por ponderación aparece un riesgo permitido por «legitimación histórica» que cubre aquellos riesgos en los que según él no cabe realizar un saldo coste-utilidad. Pero no es la historicidad lo que los legitima, en su opinión, sino que la cuestión de la legitimación ya se resolvió en el pasado. También el riesgo permitido «legitimado» históricamente aporta libertad de acción a costa de la seguridad de los bienes, pero no como producto de la «ponderación» racional, sino, en ocasiones, como mera aceptación de la tradición. Señala que tras el riesgo permitido por legitimación histórica existe siempre también una ponderación MARAVER GÓMEZ, *LH Jakobs*, 2003, t. II, pp. 212 ss.

²² Lo que incluye fines de diversión –GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (47-39), 1994, p. 39; EL MISMO, *Ensayos penales*, 1999, p. 231–, o incluso el mero desarrollo de la personalidad y de la libertad individual, ponderando siempre la utilidad o conveniencia de la actividad, la importancia del bien al que sirven y la clase y grado de peligro que implica. Así, el ejemplo que propone SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 27, de trabajar padeciendo un resfriado, creo que no está bien planteado para descartar que la ponderación de intereses subyazca a la elaboración del riesgo permitido. En este caso por supuesto que la sociedad ha hecho una ponderación, pero esta no se limita a las pérdidas o ganancias empresariales. Lo que se pondera es si paramos nuestra vida durante siete días (no vamos al trabajo, ni viajamos en metro, ni vamos al supermercado, etcétera) para evitar el riesgo de extender una enfermedad cuyas consecuencias o efectos son leves en la inmensa mayoría de los casos. Incluso el legislador al levantar los confinamientos ha aceptado que, una vez que tenemos defensas para el virus y sus efectos ya no son tan graves, es un riesgo permitido contagiar el covid.

²³ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 23, p. 42.

concepciones sociales, otras veces se legisla pensando en los votos del propio electorado, etcétera. En definitiva, este sería un problema general de la racionalidad de la legislación que no afecta exclusivamente al riesgo permitido.

Por otro lado, me parece que recurrir a los «estándares generales de conducta» para los casos de ausencia de regulación, sin entrar en estos, impide llegar al fondo del asunto. Porque también esos estándares generales de conducta deben ser fijados deslindando el riesgo permitido del no permitido y por lo tanto prohibido. A pesar de la creciente normativización de muchos ámbitos, existen todavía grandes áreas y aspectos de la vida cotidiana que no están regulados. Por ejemplo, cómo colocar una maceta en la ventana. La figura del buen padre de familia o del hombre medio respetuoso con el derecho o los estándares generales de conducta no son sino la metáfora del resultado de la misma clase de valoraciones y ponderaciones que están detrás del riesgo permitido positivizado normativamente. Las críticas de la vaguedad²⁴ e inseguridad que se predicán de la adecuación social son extensibles a toda la determinación del cuidado debido y por lo tanto de las conductas imprudentes en los sectores no regulados, que son todavía muchos²⁵.

Entonces, ¿el riesgo permitido y la adecuación social son lo mismo? Hemos visto que SILVA SÁNCHEZ los distingue con un criterio formal, que personalmente no me convence. Para WELZEL, en un principio, el riesgo permitido era un supuesto de adecuación social, de la que se distinguía solo por el grado de peligro para el bien jurídico²⁶. Los delitos imprudentes eran un ámbito especialmente fértil para la idea de adecuación social, pues este concepto permitía demostrar que la mera causación de una lesión del bien jurídico no podía considerarse un injusto, sino que la infracción del deber objetivo de cuidado (la acción socialmente inadecuada, que sobrepasaba el riesgo permitido) constituía aquí también el centro de lo injusto. La infracción del cuidado no podía, por tanto, quedar relegada a la culpabilidad²⁷. Pero es preciso recordar que cuando WELZEL realiza estas afirmaciones se encuentra en un momento de transición, algo dubitativo, sobre el delito imprudente; en una construcción que luego abandona²⁸. La adecuación social era en aquella primitiva construcción de WELZEL solo el primer límite al tipo de lo injusto. Ya en aquel trabajo, y después durante algún tiempo, exigía WELZEL además una capacidad concreta (al

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 27.

²⁵ Similar MARAVER GÓMEZ, *LH Jakobs*, 2003, t. II, p. 228.

²⁶ WELZEL, *ZStW*, (58), 1939, pp. 518, 558 ss. También para JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, 2000, p. 277, el riesgo permitido se corresponde con la adecuación social.

²⁷ WELZEL, *ZStW*, (58), 1939, pp. 518, 558 ss.

²⁸ Entonces defendía WELZEL la construcción de un tipo delimitado por la adecuación social (riesgo permitido) como primer filtro de lo injusto al que sobreponía la exigencia de la evitabilidad individual. Se le criticó anticipar elementos de la culpabilidad (él mismo había llegado a defender la imposibilidad de separar injusto y culpabilidad en el delito imprudente, WELZEL, *ZStW*, (58), 1939, pp. 562 ss.). Sobre esta crítica y los cambios de opinión de WELZEL al respecto véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, t. II, 6ª ed., 2006, p. 34; EL MISMO, «El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (12-3), 1959, pp. 561 ss. Sobre la similitud de esta primitiva construcción de WELZEL con algunas modernas concepciones de la imprudencia como evitabilidad individual y las críticas que las mismas merecen véase GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 13 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, 1991, pp. 177 ss.; WELZEL cambió de opinión en la 2ª edición de *Das neue Bild des Strafrechtssystems: eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 1952. También en «Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen», *JuristenZeitung*, (11), 1956, p. 317, distingue ya infracción del cuidado objetivamente debido en lo injusto y reprochabilidad del mismo en la culpabilidad.

menos posible) del sujeto de actuar finalmente para evitar el resultado. Se le criticó con razón que de esta manera anticipaba elementos de la culpabilidad²⁹.

Personalmente he propuesto otra posible distinción³⁰: cuando hablamos de adecuación social incluimos en la valoración, como aceptado y conforme a derecho, no solo la acción peligrosa del sujeto sino, más allá, la propia «lesión» del bien jurídico que se entiende como una forma de consumo adecuado de dicho bien. Recordemos el tan discutido ejemplo de la privación de libertad entre paradas de un autobús³¹. También, por ejemplo, la permisión de las corridas de toros o de la matanza en mataderos autorizados sin aturdimiento del animal en los ritos *kosher* y *halal*³² serían casos de adecuación social, pues no se permite un menor riesgo abstracto, sino que se sacrifica el bien jurídico bienestar animal, o como quiera que lo llamemos, dando preeminencia al valor cultural, económico, etcétera de la actividad. En cambio, cuando hablamos del riesgo permitido no incluimos nunca como positivamente valorado el resultado lesivo. Por ello puede decir SILVA SÁNCHEZ acertadamente que, por lo general, los riesgos permitidos son riesgos abstractos o, como yo prefiero describirlo, se refieren a la posibilidad de interacción con determinados factores cuya aparición es todavía, a la hora de realizar la conducta, una mera posibilidad abstracta. Es, por tanto, en el caso del riesgo permitido, esta posibilidad abstracta y no la efectiva lesión del bien jurídico lo que entra en ponderación con la utilidad de la actividad examinada.

Por tanto, la diferencia de la adecuación social con el riesgo permitido sería que en este la afección del bien jurídico no es consustancial a la realización de la actividad, no se valora la propia afección como consumo adecuado del bien, sino que lo que es consustancial a la misma es solo un riesgo de afección del bien jurídico. Los supuestos en que se aprueba la lesión del bien jurídico no deberían llamarse de «riesgo» permitido, ya que aquí no es meramente el riesgo lo tolerado, sino la propia lesión. Por ejemplo, en las corridas de toros no es solo el riesgo de maltrato, sino el maltrato mismo, lo que se considera atípico. Por ello también, en mi esquema, la adecuación social tiene su campo de actuación en los delitos dolosos y el riesgo permitido en los imprudentes (partiendo de que el tipo -con sus elementos objetivos y subjetivos- es diferente en uno y otro caso, porque diferentes son las normas de conducta subyacentes a los mismos³³). En cuanto a su relevancia dogmática, en ambos casos se excluiría, también en mi opinión, ya la tipicidad de la conducta (bien por ser una conducta no desvalorada dirigida a un resultado no

²⁹ WELZEL había llegado a defender la imposibilidad de separar injusto de culpabilidad en la imprudencia. WELZEL, *ZStW*, (58), 1939, pp. 562 ss.

³⁰ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 216 ss.; GIL GIL et al., *Curso de Derecho penal: parte general*, 2ª ed., 2015, p. 183. RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 236 ss., distingue el riesgo permitido de la adecuación social apuntando que en el primero en la ejecución de la acción que usa un bien jurídico de forma socialmente adecuada puede verse involucrado ocasionalmente otro bien jurídico, cuya lesión no es consustancial al ejercicio de la acción socialmente adecuada y cuya aparición resultaba imprevisible *ex ante*. Señala que el riesgo permitido sería una variante del concepto, más amplio, de adecuación social, que se extiende a todo tipo de conductas MARAVER GÓMEZ, *LH Jakobs*, 2003, t. II, pp. 232 ss. Destaca el parentesco de la adecuación social con la moderna concepción del riesgo permitido CANCIO MELIÁ, *ADPCP*, (46-2), 1993, p. 710.

³¹ La privación de libertad entre las paradas de un autobús urbano es una forma aceptada de sacrificio o consumo del bien jurídico libertad deambulatoria para permitir el funcionamiento del transporte público; GIL GIL et al., *Curso de Derecho penal. PG*, 2ª ed., 2015, p. 186.

³² Supuestos discutidos por SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 32. Por cierto, que la exigencia de que la matanza siga realizándose el matadero autorizado tiene que ver con la seguridad alimentaria, y por lo tanto con limitar los riesgos para la vida y la salud de las personas. Este aspecto, por tanto, si tiene que ver con la limitación de riesgos, y por lo tanto pertenece al riesgo permitido.

³³ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 77 ss.

desvalorado o bien por ser una conducta no dirigida a, pero que comporta, un riesgo permitido de lesión del bien jurídico). Entonces la adecuación social y el riesgo permitido podrían quedar fusionados en aquella causa de atipicidad de la conducta fundamentada en su falta de desvalor por su utilidad social, a pesar de comportar una afección o un riesgo de afección de un bien jurídico³⁴.

Por último, la gran diferencia entre la postura que comentamos (y otras muchas), y la defendida personalmente se encuentra, como veremos, en la relación existente entre el tipo (o el tipo objetivo, según las versiones) y la norma de determinación. Así, si bien en un principio WELZEL, y ahora los seguidores de la teoría de la imputación de la conducta o el desvalor de la conducta, o como se prefiera denominar, afirman que el riesgo permitido excluye la tipicidad por falta de desvaloración de la conducta, la construcción que propongo no distingue un tipo (ni un tipo objetivo) desligado de la norma de determinación (en su faceta de norma prescripción). La conducta típica es la conducta contraria a la norma que prohíbe actuar «descuidadamente», fuera del riesgo permitido. Pero con esto estamos entrando en el ámbito del siguiente capítulo.

3. La ubicación del riesgo permitido en el sistema de la teoría del delito

Nos recuerda SILVA SÁNCHEZ³⁵ que el riesgo permitido nace como una causa de exclusión de la relevancia jurídico penal de la causalidad³⁶, hasta que WELZEL³⁷ lo sitúa como una cuestión de «desaprobación de la conducta»³⁸, posición en la actualidad mayoritaria. Sin embargo, aquí acaba el consenso. Las diferencias se multiplican después, cuando se trata de establecer su ubicación en la justificación o en la tipicidad; en el tipo objetivo como problema de desvaloración de la conducta o juicio de desaprobación³⁹ o imputación objetiva de la conducta⁴⁰, o por el contrario

³⁴ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 220.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 45.

³⁶ VON BAR, *Die Lehre vom Causazusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, 1871, p. 14.

³⁷ WELZEL, *ZStW*, (58), 1939, pp. 558 ss.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 47.

³⁹ ROBLES PLANAS, en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2005, pp. 99 ss.

⁴⁰ Así, aunque con relevantes diferencias entre sí, limitan ya en el tipo objetivo las conductas desvaloradas de forma estandarizada y sobre ese tipo objetivo aplican el concepto posterior de evitabilidad individual autores como JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 9/4 ss., (=PG, 1995, p. 382 ss.); FRISCH, «Delito y sistema del delito», en WOLTER/FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*, 2004, pp. 239, 260, 264; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten. Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 90, 118, 180 ss.; EL MISMO, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, pp. 66, 75 ss.; EL MISMO, «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus», en VV.AA., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario*, 1991, pp. 108 ss. Me parece correcta la idea de que la determinación de la conducta contraria a la norma es un problema previo y distinto al análisis de la imputación del resultado, y este último no puede dar respuesta a esa cuestión previa. Lo que personalmente rechazo de las construcciones de FRISCH, WOLTER o JAKOBS, es la independencia de la conducta típica respecto del contenido de la norma promulgada general, para convertir la cuestión de la tipicidad de la conducta en un juicio de imputación de un curso causal desvalorado. GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 185 ss.

de imputación del resultado⁴¹, o en el tipo subjetivo (imputación subjetiva)⁴²; lo que supone discutir, en definitiva, las diferentes formas de construir el delito y las relaciones entre tipicidad, valoración⁴³ y norma de determinación.

No entra SILVA SÁNCHEZ en todas estas discusiones, ni expone todas las posibles posturas, sino que resume, como él mismo señala, cien años de evolución en unas páginas. Sí se detiene en dos cuestiones: rechazar que el riesgo permitido se ubique (con carácter general) en la justificación y discutir la postura que, partiendo de un tipo objetivo común a delito doloso e imprudente, considera que el riesgo permitido únicamente limita la imputación subjetiva a título de imprudencia⁴⁴.

En relación con la distinción entre atipicidad y justificación afirma SILVA SÁNCHEZ que radica en que la primera proviene de que la conducta se considera lícita de modo general, mientras que en la justificación esa conducta resulta *prima facie* ilícita pero luego, considerada en un marco más concreto, resulta conforme a Derecho. Pero esta afirmación se complica después cuando SILVA SÁNCHEZ quiere relacionar la distinción también con un criterio, de nuevo, formal: la decisión del legislador de utilizar «tipos abiertos» o «tipos cerrados». Argumenta que ha sido la institucionalización del riesgo permitido, mediante la positivización de las normas, la que ha desplazado los conflictos entre libertad de acción y seguridad de los bienes a un momento *ex ante*, trasladando el problema del ámbito de la justificación (es decir, el examen de cada conducta concreta) al ámbito de la tipicidad (de la clase genérica de conductas)⁴⁵.

⁴¹ ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 142. Contra este proceder que va de atrás (la imputación del resultado) hacia adelante (la calificación de la conducta, imprudente) véase HIRSCH, «Acerca de la teoría de la imputación objetiva», en *Derecho penal, Obras completas*, t. I, 1999, p. 62; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, p. 62; GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 176 ss.

⁴² Así, frente a aquellos que ya en el tipo objetivo han limitado las conductas desvaloradas de forma estandarizada y sobre ese tipo objetivo aplican el concepto posterior de evitabilidad individual, nos encontramos otro grupo que construye un tipo objetivo mucho más amplio sobre el que luego establece un tipo subjetivo consistente en la evitabilidad construida normativamente, véase la nota 45. Es esa la postura que critica SILVA SÁNCHEZ.

⁴³ Personalmente me resisto a hablar de «normas de valoración».

⁴⁴ KINDHÄUSER considera que el riesgo permitido en determinadas actividades excluye la imputación por imprudencia: «La incapacidad para evitar la realización del tipo penal en el momento decisivamente relevante es insignificante cuando ella es la consecuencia necesaria de la observación de un permiso». En tal caso no se le puede atribuir al sujeto su incapacidad para evitar la acción como contraria al deber de cuidado. La incapacidad permitida de acción no es indicio de un déficit punible en la fidelidad al derecho, KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, 1996, pp. 128-129. También FEIJOO, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, p. 267; BURKHARDT, «Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”», en WOLTER/FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*, 2004, pp. 172 ss. En contra de la construcción de BURKHARDT véase FRISCH, «Delito y sistema del delito», en WOLTER/FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*, 2004, pp. 232 ss.

⁴⁵ Si en un principio el riesgo permitido se entendió como causa de justificación, ello proviene de que surge en las teorías causalistas. Autores como EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung*, 1910, p. 196 y ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, (Reedición 1995), pp. 283 ss., se dan cuenta de que la imprudencia encierra también aspectos que afectan a la antijuridicidad, al comprobar que las acciones peligrosas en numerosas ocasiones no llegan a ser antijurídicas. Pero es su construcción del delito la que les impide todavía ver que el riesgo permitido es precisamente el anverso del elemento realmente constitutivo de lo injusto imprudente. Será WELZEL, *ZStW*, (58), 1939, pp. 518, 558 ss., quien introduzca el riesgo permitido en el tipo como variante de la adecuación social. Sobre la evolución del delito imprudente véase SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, pp. 435 ss. Sobre la idea correcta de que el riesgo permitido no es sino el anverso de la infracción del cuidado objetivamente debido véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 139 ss.

No puedo estar de acuerdo con estas explicaciones. Empezando porque también las autorizaciones que subyacen a las causas de justificación son normas de conducta *ex ante*⁴⁶. Y, además, la distinción entre la atipicidad y la justificación no radica, a mi juicio, en la concreción que sugiere aquí SILVA SÁNCHEZ⁴⁷. En mi opinión esa «concreción» consistiría, por el contrario, en una ampliación del foco de visión. La distinción entre las ponderaciones que dan lugar a una exclusión ya del tipo de aquellas otras que solo excluyen la antijuridicidad de una conducta típica se basa, precisamente, en la necesidad de armar un precepto permisivo en las segundas, porque solo la persecución de un fin -que por lo general está más allá de lo formalmente típico- en unas determinadas circunstancias objetivas identifica a la acción valiosa. En cambio, en la exclusión de la tipicidad por adecuación social o riesgo permitido es ya la mera conducta formalmente típica la que por sí sola se considera valiosa. Es decir, en el momento en que la valoración de la conducta exige elementos objetivos y subjetivos que van más allá del fragmento típico (precisamente porque entra en la ponderación un valor diferente del que representa el hecho típico) estamos en el ámbito de la justificación y no de la atipicidad. Por ejemplo, conducir a 30 km/h en un centro urbano es una acción atípica. Conducir a 90 km/h en un centro urbano para llevar a un accidentado en peligro de muerte a un hospital para salvar su vida es una acción típica pero justificada⁴⁸.

El principal problema de distinción se centrará en el consentimiento, que cobra especial importancia en la construcción de SILVA SÁNCHEZ para explicar la licitud de ciertas puestas en peligro concretas. La distinción entre atipicidad y justificación en el supuesto de relevancia del consentimiento presenta una especial dificultad, al ser, cuando opera como causa de justificación, una de tipo congruente⁴⁹. Al introducir SILVA SÁNCHEZ el criterio formal que he referido, sus conclusiones al respecto serán distintas a las mías. Volveremos en todo caso a este tema en el apartado 8.

Respecto de la segunda cuestión anunciada, la reducción del tipo subjetivo por el riesgo permitido partiendo de un tipo objetivo común al delito doloso y el impudente, critica SILVA SÁNCHEZ que, habiendo reconocido estos autores finalmente la adecuación social y el riesgo permitido también en «algunos» delitos dolosos, se les conceda una ubicación sistemática distinta en uno y otro caso. Se pregunta SILVA SÁNCHEZ «si es defendible sistemáticamente que la misma conducta, en el caso de concurrir dolo, no esté prohibida y, en cambio, si concurre

⁴⁶ Sobre ello extensamente GIL GIL, «¿Es posible y conveniente una justificación meramente objetiva?», *Revista de Derecho Penal*, (2), 2006, pp. 87 ss.; LA MISMA, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, pp. 183 ss.; LA MISMA, en GIL GIL et al., *Curso de Derecho penal. PG*, 2ª ed., 2015, pp. 413, 415 ss., 418. En palabras de PANTALEÓN DÍAZ, «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (75), 2022, pp. 616 ss., en las causas de justificación «consideramos lícitas las conductas que no queremos prevenir a través del Derecho penal porque, si se tienen en cuenta todos los intereses en juego, se concluye que salvan intereses más valiosos de los que destruyen».

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 39.

⁴⁸ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 219-220, nota 660. De la misma opinión JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 7/41 (=PG, 1995, p. 246). También PANTALEÓN DÍAZ, *ADPCP*, (75), 2022, pp. 617 ss., hace referencia (aunque de manera que no me parece del todo clara), a la idea de intereses añadidos en el caso de la justificación frente al del riesgo permitido.

⁴⁹ Sin duda es más sencillo identificar, ya por su forma, que señala un interés preponderante que está más allá del fragmento típico, las causas de justificación con tipo subjetivo trascendente. GIL GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, p. 67; LA MISMA, en GIL GIL et al., *Curso de Derecho penal. PG*, 2ª ed., 2015, pp. 412 ss.

imprudencia sí lo esté, excluyéndose en esta última solo la imputación subjetiva»⁵⁰. Comparto el rechazo a estas construcciones, pero mis motivos no se limitan -como tampoco los de SILVA SÁNCHEZ, aunque no los trate aquí⁵¹- a su posible incoherencia intrasistemática⁵².

En mi opinión, los defectos no se limitan a las construcciones comentadas por SILVA SÁNCHEZ. Todas las posturas que entienden la imprudencia como error o como evitabilidad individual incurrir en las mismas incoherencias, también aquellas que ya en el tipo objetivo han limitado las conductas desvaloradas de forma estandarizada y sobre ese tipo objetivo aplican el concepto posterior de evitabilidad individual. Porque estas construcciones, para mantener un supuesto tipo objetivo común a delito doloso e imprudente, tienen que acudir después al riesgo permitido para poner límites, no ya al contenido de lo evitable, sino a la propia evitabilidad, así como a la imprudencia por asunción⁵³. Con todo ello, finalmente, resulta que la aparente corrección que se hace, mediante la evitabilidad individual, a un concepto de injusto que hubiera provenido de la mera realización de un riesgo no permitido, vuelve a corregirse mediante el riesgo permitido, en una explicación circular de qué es lo injusto imprudente⁵⁴.

Así, SILVA SÁNCHEZ también se ve obligado a resolver algunos problemas acudiendo a la «imputación subjetiva»⁵⁵, que condiciona a la «previsibilidad y evitabilidad individual». Aunque no aclara en esta obra qué es lo «previsible», parece claro que la evitabilidad también viene limitada por la ausencia de deberes de prever: «si se han cumplido las condiciones de permisión del peligro abstracto, y el peligro concreto que se genera no es neutralizable *in actu*, no se responde por la lesión»⁵⁶. Y lo mismo sucede con la llamada «culpa por asunción», que impide alegar inevitabilidad a quien, precisamente por infringir deberes de diligencia previa, llegó a una situación de inevitabilidad *in actu*⁵⁷. Finalmente, el «poder prever y evitar» correspondiente a la imputación subjetiva viene delimitado, también, por el riesgo permitido o no permitido⁵⁸.

Intentar solucionar los supuestos apelando a un tipo subjetivo -recortado también inevitablemente por un riesgo permitido- para poder mantener la identidad del tipo objetivo en los delitos dolosos e imprudentes me parece, permíteme el atrevimiento, hacerse una trampa al solitario. Como veremos, SILVA SÁNCHEZ no admite (salvo conjunción de riesgo permitido y

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 52. Podrá entenderse que, desde el finalismo, concibo la acción como una unidad objetivo-subjetiva, por lo que discrepo ya de entrada con la visión de que se trata de la «misma conducta» pero concurriendo en un caso dolo y en el otro imprudencia.

⁵¹ Aparte de estas dificultades intrasistemáticas las construcciones comentadas plantean el problema de renunciar a normas de conducta generales. La conducta del sujeto es enjuiciada como imprudente cuando siendo externamente lesiva o peligrosa, la misma es consecuencia de una falta de motivación por parte del sujeto dirigida a su evitación. Con ello se desnaturaliza el concepto de deber de conducta. Véanse las críticas de PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, pp. 384 ss.; HIRSCH, «Sobre lo injusto del delito imprudente», *RDPC*, (16), 2005, pp. 218 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 573.

⁵² Mi crítica a estas posturas puede verse en GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 130 ss.

⁵³ Así lo ha visto también BURKHARDT, *El sistema integral del Derecho penal*, 2004, p. 179.

⁵⁴ Como observa PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, p. 386, lo cierto es que no se explica cómo la motivación adecuada del sujeto pueda verse limitada por consideraciones valorativas sobre la permisión de riesgos. Con mayor detalle GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 127, 130 ss.

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 102 ss.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 103.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 103.

⁵⁸ En contra de la doctrina de la imprudencia por asunción, GIL GIL, *El delito imprudente*, pp. 134 ss., sobre cómo el riesgo permitido pone límites también a la culpa por asunción véase en especial la nota 356.

consentimiento) la atipicidad de una puesta en peligro concreto dolosa de lo que llama «bienes jurídicos intrínsecos» (vida, integridad física y moral). Aquí, la licitud solo puede provenir de una causa de justificación. Sin embargo, en los supuestos de imprudencia, la atipicidad provendrá de la falta del elemento subjetivo (la evitabilidad) pero solo si al sujeto le estaba permitido llegar a esa situación de peligro concreto sin posibilidad ya de neutralizarlo *in actu* (¿riesgo permitido?). ¿Tiene sentido entonces afirmar que el atropello de un sujeto que salta sorpresivamente a la calzada a x cm del vehículo es una conducta desvalorada pero inevitable? ¿O es más bien un riesgo permitido y, por tanto, un suceso ya de entrada no desvalorado por el Derecho? Por ello, en mi explicación, la cuestión se reduce siempre a un diseño del tipo objetivo del delito imprudente (no admitiendo tipo subjetivo en esta clase de delitos)⁵⁹.

La afirmación de SILVA SÁNCHEZ de que en los delitos dolosos cabe el riesgo permitido es compartida solo con las siguientes matizaciones: Cabe, ciertamente, considerar atípicas, por socialmente adecuadas, determinadas conductas dirigidas por la voluntad a la lesión de un bien jurídico, precisamente porque esa lesión se considera un modo adecuado o necesario de consumo del bien (adecuación social en mi postura). Y cabe, por otra parte, considerar lícitas determinadas conductas que presentan una clase de peligro *ex ante* de producir esa lesión (riesgo permitido). Pero en mi opinión ya en sus elementos objetivos, el tipo doloso y el imprudente son distintos⁶⁰, pues responden a normas de determinación de contenido diferente, y diferente es, también, la conducta que se somete a la valoración⁶¹.

Concluye SILVA SÁNCHEZ que, aunque «la inestabilidad sistemática del riesgo permitido es una realidad en el debate doctrinal», ello «no es un problema del riesgo permitido, sino de la pretensión de los diversos modelos de teoría del delito de someterlo, más o menos forzadamente, a los corsés de sus respectivos sistemas»⁶². En mi opinión, el problema es más profundo, pues la comprensión y ubicación del riesgo permitido determinará en gran medida su significado y su alcance. Sigue habiendo, por tanto, en todas estas posturas que pretenden diseñar el tipo objetivo como la valoración social de la conducta, al que se superpone un tipo subjetivo, respondiendo únicamente este último a la norma de determinación, una separación radical entre el tipo objetivo y el subjetivo, de manera que ambos se construyen desde fundamentos diferentes, como si verdaderamente respondieran a categorías distintas. Y es esta la principal diferencia con la construcción dentro del finalismo⁶³ que mantengo⁶⁴, para la que el riesgo permitido no es otra cosa que el reverso de la conducta prohibida (la conducta «descuidada») en el delito imprudente⁶⁵.

⁵⁹ Con detalle GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 222 ss.

⁶⁰ Con distintos argumentos niega la identidad del tipo objetivo del delito doloso y el imprudente SCHÜNEMANN, «Objektivierung von Vorsatz und Schuld, Diskussion im Anschluß an den Vortrag von Prof. Dr. Schünemann», *Chengchi Law Review*, (50), 1994, p. 294.

⁶¹ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 77 ss.

⁶² SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 53.

⁶³ Sobre otras construcciones de autores finalistas que, en cambio, rechazo, como las de STRUENSEE, «El tipo subjetivo del delito imprudente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-2), 1987, pp. 435 ss.; WEIDEMANN, «Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1984, pp. 423 ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, pp. 257 ss.; ZIELINSKI, «§§ 15-16», en ALBRECHT *et al.* (eds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch (in der „Reihe Alternativkommentare“)*, t. I, 1990, nm. 93 ss.; HIRSCH, *RDPC*, (16), 2005, pp. 221 ss.; GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 154 ss.

⁶⁴ Respecto de las posiciones que se encuadra en la teoría finalista se limita SILVA SÁNCHEZ a señalar que admiten también el riesgo permitido.

⁶⁵ Por cierto, desde esta perspectiva, rechazadas tanto la idea de un tipo objetivo común al delito doloso y al imprudente, como la de un tipo subjetivo en el delito imprudente, un error sobre el riesgo permitido no es otra

En definitiva, coincidimos con la construcción de la «imputación de la conducta» o del juicio de desvaloración de la conducta en que el riesgo permitido recorta la conducta típica, pero nos diferenciamos en que ellos lo hacen a través de un filtro previo (el tipo objetivo) que pretende describir las acciones desvaloradas, construyendo, así, supuestamente, un tipo objetivo igual para el delito doloso y para el imprudente, mientras que en la posición que mantengo el riesgo permitido recorta ya la materia de la prohibición⁶⁶. Las valoraciones son previas a las normas, el tipo (objetivo y subjetivo) recoge ya solo la conducta prohibida, y es diferente para el delito doloso y para el imprudente, porque diferentes son ambas conductas y las normas que pueden definir las *ex ante*. Así, habría dos maneras de describir una conducta disvaliosa *ex ante*, de manera que pudiera ser el contenido de una norma de determinación (norma prescripción): aludiendo a determinada peligrosidad *ex ante*, forma mediante la que se construyen los delitos imprudentes, -pero que no abarcaría la tentativa-, o aludiendo a la dirección por parte del autor de un curso causal hacia la lesión del bien jurídico, forma mediante la que se construye el delito doloso⁶⁷.

En realidad, los defensores de un tipo objetivo común al delito doloso e imprudente no suelen mantener esta afirmación de manera coherente. Lo critica SILVA SÁNCHEZ de la postura que recorta solo el tipo subjetivo mediante el riesgo permitido, pero tampoco escapa a esta incoherencia la postura que recorta tanto el tipo objetivo como el subjetivo.

No se detiene SILVA SÁNCHEZ en la discusión sobre la teoría de las normas más que para tratar la cuestión de si la norma de conducta existe antes de la actividad judicial⁶⁸. Y en este aspecto, aunque afirma la existencia de un núcleo de la norma previo, concluye que una parte de su contenido no se encuentra concretado hasta que lo hace la jurisprudencia, lo que supone un problema de seguridad jurídica. Quizás mi postura sea algo optimista, pero personalmente

cosa que un error sobre la prohibición de la conducta, y no un error de tipo, ni un error de subsunción como proponer SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 47, nota 68. Pero todo ello tiene que ver con la construcción del tipo desde la norma de determinación en su faceta de prescripción (dejando los aspectos de comunicación para la culpabilidad –también SILVA SÁNCHEZ, en VV.AA., *Modernas tendencias*, 2001, p. 572–) lo que permite rechazar un tipo subjetivo en la imprudencia y a la vez admitir que existen dos formas posibles del contenido de lo generalmente prohibible *ex ante*: las dirigidas por la voluntad hacia la lesión del bien jurídico, entonces la voluntad se convierte en elemento que identifica la conducta prohibida y las que suponen un determinado riesgo *ex ante* que se considera no permitido y entonces el determinado riesgo *ex ante* identifica la conducta en el momento en que se la da comienzo. Con mayor detalle GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 74 ss.

⁶⁶ Así también SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, 1997, pp. 89 ss. aunque su construcción difiere notablemente de la mía por su empeño en exigir siempre un tipo subjetivo (también en la imprudencia) como supuesta consecuencia de las concepciones de las normas como normas de determinación. Contra la idea de la imprudencia como tipo doloso de peligro abstracto a la que llega un parte del finalismo véase GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 154 ss., Explica también esta diferencia entre la imputación objetiva como acotación de la materia de la prohibición y la imputación objetiva como filtro de relevancia objetivo-social de la conducta, aunque decantándose por este último, CANCIO MELIÁ, «Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva», en VV.AA., *El funcionalismo en Derecho penal*, LH Jakobs, 2003, p. 218. En mi opinión, si se tratara de una mera valoración no tendrían sentido determinadas exigencias que responden a lo que puede o no puede ser prohibido. Es decir, en una mera valoración de una conducta no se explica la perspectiva *ex ante* implícita en el concepto de riesgo, por la que se empieza la definición de la conducta típica. Por otro lado, mi propuesta o la de SANCINETTI no pretenden construir una tipicidad sin relevancia objetivo-social de la conducta. Las valoraciones sobre los bienes jurídicos y sobre las conductas que atentan contra los mismos preceden lógicamente a las normas, a las que dotan de sentido. Pero si al mismo tiempo la única forma de prevenir la lesión de bienes jurídicos es mediante normas de determinación (mandatos o prohibiciones) los recortes valorativos habrán de acordarse antes de la norma de determinación con la finalidad de recortar la materia de la prohibición. Entonces, la conducta contraria a la prohibición de realizar una conducta desvalorada por supuesto que tiene una relevancia objetivo-social. Sobre todo ello, GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 189 ss.

⁶⁷ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 58.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 56 ss.

entendiendo que el juez no debe ni crear, ni interpretar, sino averiguar cuál es la conducta prohibida y para ello debe seguir las pautas que le proporciona el propio ordenamiento⁶⁹. Sobre este tema volveremos en el apartado 7.

4. El fundamento de la figura del riesgo permitido

En el capítulo III vuelve SILVA SÁNCHEZ sobre las fuentes y el fundamento del riesgo permitido. Entre las primeras señala las disposiciones formales extrapenales de rango legal o reglamentario, las disposiciones no jurídico-estatales como la *lex artis* y las disposiciones escritas o usos sectoriales de actuación técnica correcta y, en último lugar, con carácter subsidiario, los estándares jurídicos civiles o mercantiles⁷⁰. Respecto del fundamento, señala el principio del interés preponderante, que, en su opinión, debe someterse a muchas matizaciones. Así, distingue entre tipos cerrados, donde el riesgo permitido tiene que introducirse mediante una interpretación sistemático-teleológica reductora del alcance del tipo, y tipos abiertos (que incluyen la utilización de la expresión imprudencia en los delitos culposos, inserción de elementos típicos de antinormatividad y las leyes penales en blanco) donde el juez debe realizar una interpretación ordinaria del elemento típico de que se trate⁷¹.

Señala SILVA SÁNCHEZ los déficits de entender esta ponderación en términos de eficiencia económica, así como las dificultades que entraña la postura contraria, la que pretende abrir el contenido de la ponderación a elementos cualitativos. Concluye la pertinencia de corregir el análisis consecuencialista de eficiencia en la determinación de los riesgos permitidos mediante distintos criterios: uno deontológico, que impide estimar amparadas por riesgo permitido las conductas de puesta en peligro concreto, inminente y grave de bienes intrínsecos de la persona; otro distributivo, alternativo al de utilidad. En conclusión, pueden afectarse de modo concreto bienes jurídicos distintos a los intrínsecamente personales y pueden afectarse de modo abstracto (estadístico) la vida y la salud. Resta determinar en qué grado estadístico. Y en esta tarea, estima que la decisión debe guiarse por el principio de equidad, por lo que finalmente adopta el criterio de «seguridad», que implica reducción de riesgo hasta que este no sea significativo. La pregunta sobre qué peligro abstracto resulta ya significativo y, por lo tanto, no debe permitirse⁷², no recibe sin embargo como respuesta un criterio material.

En mi opinión, como vengo señalando, no son necesarios ni oportunos esos dos criterios de corrección autónomos, porque todo se soluciona desde la ponderación de intereses, que nos va a servir también para descartar la permisón de la puesta en peligro concreto de bienes especialmente valiosos -o incluso de los no tan valiosos-. Pero nos extenderemos sobre este tema en el siguiente epígrafe.

⁶⁹ En el mismo sentido, HAVA GARCÍA, «Responsabilidad penal por mala praxis médica», *Revista de Derecho penal*, (1), 2002, pp. 83-84. Por tanto, tampoco se otorga al juez una competencia despenalizadora, sino que, como dice PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, p. 131, «las operaciones de ponderación que se exigen del aplicador del Derecho no son sino actos de conexión del tipo penal aislado con el conjunto del Ordenamiento».

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 67 ss.

⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 69.

⁷² SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 80-81.

5. Riesgo permitido, regulación y retribución

Insiste SILVA SÁNCHEZ en distinguir el riesgo permitido en función de que estemos ante delitos de lesión de bienes jurídicos individuales o de bienes jurídicos supraindividuales, hasta el punto de considerar errónea la pregunta acerca de si cabe el riesgo permitido en los delitos dolosos o solo los imprudentes, si no se concreta con esta diferenciación⁷³. Afirma que en los delitos de lesiones dolosas de bienes jurídicos personales intrínsecos no hay posibilidad alguna de una permisión extrapenal, mientras que en los delitos dolosos de lesión de bienes jurídicos patrimoniales se admite la existencia de espacios de riesgo permitido por parte de la doctrina, lo que en su opinión no puede establecerse de modo general. En ocasiones (¿algunos supuestos?) se trata de «riesgo consentido», otros de riesgo permitido, y otros de adecuación social sectorial (en su concepción de que esta se refiere al riesgo permitido por reglas sociales sectoriales -no positivizado, por tanto-) y, por último, nos encontramos ante supuestos que no son de un riesgo permitido, pero que no alcanzan el nivel de desaprobación penalmente relevante⁷⁴.

En cambio, en el caso de bienes jurídicos personales intrínsecos, cuando nos encontramos una situación de peligro concreto grave e inminente, la conducta ya no puede considerarse amparada por un riesgo permitido. Y ello, en su opinión, porque ese riesgo ha sido creado o mantenido y controlado por el que lo gestiona, que, por lo tanto, se encuentra en una posición de garante por asunción⁷⁵. Así, la permisión del riesgo no le libera de esa posición de garante, sino que tiene como efecto que los términos de su responsabilidad pasen a ser redefinidos por las condiciones de la permisión, entre las que se encuentra la imposibilidad de su extensión a los riesgos concretos para la vida o la integridad física de las personas. El argumento parece algo circular. La razón que esgrime es que la puesta en peligro concreto de la vida o la integridad física ajena no puede permitirse con base en una lógica de gestión pública de riesgos, puesto que esta sería desplazada por la lógica retributiva de los tipos dolosos imprudentes de homicidio o de lesiones. Ello, a su vez, deriva, en primer lugar, de los deberes de protección positiva del Estado respecto de la vida la integridad física o moral, de manera que no hay roles y estándares de conducta que pueden limitar la responsabilidad; y, en segundo lugar, del carácter no distribuable ni compensable de la vida, la integridad física y moral, lo que supone que imponer a sus portadores que padezcan el peligro supondría una cooperación desequilibrada e injusta. Solo cabrá en estos casos apelar, si se dan sus requisitos, a una causa de justificación.

Veo en esta explicación muchos problemas. El argumento de la posición garante no me parece convincente, puesto que sería extensible a otros bienes jurídicos respecto de los cuales se ha creado un riesgo (de hecho, en mi opinión, el criterio del aumento de peligro y cambio de la situación, que equivale a la explicación de SILVA SÁNCHEZ de creación de un peligro concreto, no es aplicable en exclusiva al delito contra la vida o la integridad física o moral). Recuérdese el ejemplo de la vaca que baja trotando por la ladera: El conductor debe reducir la velocidad y aumentar al máximo su atención tanto cuando ve el cartel que anuncia alta probabilidad de ganado suelto (y especialmente al acercarse a tramos de escasa visibilidad, como cambios de rasante o curvas que puedan ocultar la anunciada como altamente probable presencia de reses), como cuando advierte que una vaca baja corriendo por la ladera hacia la carretera⁷⁶. Pero aparte

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 92 ss.

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 94 ss.

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 98, 99.

⁷⁶ El ejemplo es de MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 292 ss., con quien discrepo sobre la solución ofrecida.

de estos supuestos, también es posible que la presencia actual del obstáculo en la vía sea apreciable y deba ser apreciada con antelación suficiente, porque directamente sea advertible a quien conduce con la atención requerida (respetando las normas antepuestas que conllevan cautelas destinadas a dotarse de conocimiento). Si la vaca, que ya se encuentra en la calzada, es visible al conductor a una distancia en la que la velocidad correcta hubiese permitido frenar o esquivarla, la norma que regulaba la situación anterior es sustituida por la que establece la obligación de adaptar la conducción a la presencia de un obstáculo en la vía. El conductor que atropella a la vaca, o realiza una defectuosa maniobra para esquivarla, debido a que su velocidad excesiva le restó el tiempo para reaccionar correctamente, habrá realizado una conducta imprudente (conducir de manera no adaptada a la existencia del obstáculo) y debe responder por el resultado. Por cierto, que la norma sirve igual para la vaca que para el peatón atolondrado⁷⁷. Se trata de supuestos de cambio de la situación que nos llevan a la aplicación de una nueva norma, como se explicará *infra*.

El argumento de los deberes de protección del Estado, aunque ingenioso, tampoco es definitivo, pues resultaría extensible, como mínimo, a todos aquellos bienes jurídicos que constituyen derechos fundamentales (volveremos sobre este tema en el apartado 8).

Por otra parte, si la exclusión de un ámbito de riesgo permitido deriva directamente de la naturaleza de determinados bienes jurídicos «intrínsecos» que exigen una protección reforzada del Estado y de su carácter no distribuable ni compensable, no se explica la limitación de esta exclusión a las situaciones de peligro concreto, inminente y grave. En mi opinión la respuesta radica en que nada de esto está fuera de la ponderación. La ponderación parte necesariamente de la identificación de la conducta, en atención a determinados conocimientos ontológicos y nomológicos (sobre este tema volveremos más adelante), para, conforme a los peligros previsibles ante la nueva situación y tras la ponderación, aplicar la nueva norma. Entendido así el problema, es evidente que el peligro concreto, grave e inminente para bienes jurídicos como la vida y la integridad física y moral tendrá un gran peso en contra de la permisión de la conducta. Pero sin duda la misma ponderación en contra puede surgir en otras muchas circunstancias en las que la lesión de un bien -aun cuando este sea menos relevante- es todavía evitable (o el peligro reducible) mediante la adopción de ulteriores cautelas.

Así, SILVA SÁNCHEZ⁷⁸ parece resolver el ejemplo del automovilista que circula a la velocidad permitida, pero se le cruza de forma atolondrada y temeraria un peatón, en atención al «tipo subjetivo», cuando se afirma que no puede atropellarlo, sino que tiene que frenar o esquivarlo «obviamente, si advierte la presencia del peatón y le es posible hacerlo». Encuentro, en primer lugar, cierta contradicción en afirmar que se actúa en el marco de un riesgo permitido, pero, cuando surge un peligro concreto, se tiene el deber de evitar la lesión (si se puede prever y evitar). En realidad, la licitud o ilicitud del atropello -mediante la aplicación de la norma subyacente al delito imprudente- no dependerá de su conciencia, ni de su posibilidad individual de acatar la norma. Si la presencia en la calzada del peatón era advertible y esquivable mediante la forma de conducción permitida cuando tal posibilidad era tan solo un riesgo abstracto, entra en juego una nueva norma que obliga a adaptar la conducción ante la presencia de obstáculos en la vía. En cambio, si el peatón salta a una distancia en la que la velocidad y tipo de conducción permitidas no habría ya posibilitado evitar el atropello, ese riesgo concreto (peatón que ha saltado sorpresivamente y a corta distancia a la calzada) no entra ya en el diseño una nueva situación y

⁷⁷ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 388 ss.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 102.

con ello de una nueva norma aplicable. El *quid* de la cuestión radica en cómo definimos lo «advertible». Pero una vez hecho esto, en realidad lo advertible nos dibuja la realidad sobre la que se proyecta la acción y nos da el grado de peligrosidad de esta, para después, realizada la ponderación, decidir su permisión o prohibición. Se trata, por tanto, siempre de un problema de «tipo objetivo»; o, en la terminología aquí comentada, de juicio de desvaloración de la acción, para lo cual, primero, hay que identificar la acción y sus peligros. Se trata, en definitiva, de cambios en la situación objetiva que modifican por tanto también la norma de cuidado aplicable a la misma. Cuáles son los factores que deben tenerse en cuenta para definir la nueva situación vienen determinados por el ordenamiento. Nótese que para llegar a esta conclusión no recurrimos a la doctrina de la culpa por asunción que, como ya he señalado, me parece errónea. Se trata, en cambio, de la definición de la situación objetiva para la identificación de la norma aplicable. En definitiva, llegamos a los mismos resultados que SILVA SÁNCHEZ, pero mediante una explicación muy distinta.

Cuando SILVA SÁNCHEZ explica que «la permisión explícita del riesgo abstracto desplaza cualesquiera deberes genéricos de diligencia en la gestión de una actividad sustituyéndolos por las precisas condiciones establecidas»⁷⁹, creo que está admitiendo, en realidad, que ha variado la norma de cuidado. En mi opinión⁸⁰: en la determinación de la peligrosidad de la conducta se tendrán en cuenta todos aquellos conocimientos que el sujeto tiene, más los que el ordenamiento le exigía al sujeto para realizar la actividad, y no los que no se le exigían⁸¹. En ocasiones la probabilidad de interacción de la conducta con un factor cuya aparición se presenta como una mera posibilidad abstracta se considera un riesgo mínimo, que puede superar la ponderación de intereses. En cambio, si la probabilidad abstracta se sustituye por la probabilidad más cercana, bien porque en lugar de la mera posibilidad de aparición del factor colocamos en el juicio de peligrosidad su conocimiento seguro o bien el conocimiento de un indicio del mismo que eleva su probabilidad (en realidad tampoco hace falta una situación de peligro concreto), entonces puede que la probabilidad final así aumentada no supere la ponderación de intereses.

En los casos en que la mera posibilidad abstracta ya se considera un riesgo no permitido, la única posibilidad de continuar la realización de la actividad está en tomar las cautelas necesarias para verificar la no presencia de ese factor abstractamente posible. Pero no es la omisión de estas cautelas lo que constituye el injusto imprudente de resultado, sino la realización de la acción peligrosa «descuidada» (fuera del riesgo permitido).

Explicado con mayor detalle: en los supuestos en que la permisión de la conducta pasa por despejar la incertidumbre sobre la posibilidad de aparición de un factor abstractamente posible es cuando se habla de los deberes de conocer asociados a la realización de conductas de ese tipo. El conocimiento de los factores puede dar lugar a la exclusión del riesgo o a su concreción. Ante esta nueva situación, aparece aplicable una nueva norma de cuidado que puede o bien prohibir la acción o bien permitir determinadas acciones realizadas con cautelas nuevas dirigidas a controlar este nivel de riesgo percibido ahora como superior. Pero en todo caso, el distinto momento en que se analice la peligrosidad de la conducta va a dar lugar a niveles de riesgo diferentes pudiendo ser distinta (o no) la valoración que el mismo merezca. Lo relevante es que

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 103.

⁸⁰ Con detalle GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 240 ss., 413 ss.

⁸¹ Sobre la necesaria distinción entre conocimientos y capacidades y por qué la selección de los datos de la realidad (no de las representaciones del sujeto) conocidos por el sujeto más los que el ordenamiento mandaba conocer no supone una subjetivación del juicio de peligrosidad objetiva, véase GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 240 ss.

mientras el riesgo aparezca como controlable de distintas maneras van surgiendo diferentes deberes dirigidos a posibilitar su control, o en realidad, desde el punto de vista del tipo, distintas prohibiciones que son eludibles no solo mediante la abstención de actuar, sino mediante actuaciones (cautelas) dirigidas a controlar sucesivamente el riesgo variante conforme se va concretando.

En definitiva, que el riesgo pase de abstracto a concreto, con los efectos de modificar la norma de cuidado aplicable, va a depender de que los datos fácticos que revelan ese aumento del peligro (y cambian la situación, la previsibilidad objetiva y la ponderación) se consideren un riesgo permitido (no se incluyen en la definición de la -por tanto, nueva- conducta) o no (sí se incluyen). Por ello, para la determinación de la norma infringida en último lugar (y con ello de la acción típica) se tendrán en cuenta en el juicio de previsibilidad todos los datos de la realidad que el sujeto conocía y los que hubiera conocido si no hubiera infringido cualquiera de las normas de cuidado antepuestas.

Es muy importante señalar -para la posterior imputación del resultado⁸²- que las distintas cautelas establecidas por el ordenamiento para poder continuar realizando la actividad peligrosa no van dirigidas a reducir estadísticamente niveles de riesgo, sino a evitar interacciones con factores determinados. En cambio, la posibilidad de interacción de la conducta con otro tipo de factores puede no pretender evitarse y considerarse, si no se ordena ninguna cautela al respecto, un riesgo permitido⁸³. Así, el límite de velocidad sirve para garantizar la frenada otorgando una cierta distancia. Por tanto, está previsto para evitar atropellos de peatones que saltan a la calzada a x metros del vehículo, pero no para evitar el atropello del que se abalanza a x cm. La norma que permite conducir a 30 km por hora en la ciudad es sustituida por la que establece «adapta tu conducta a la presencia de un obstáculo en la vía» cuando este obstáculo surge a la distancia x metros (advertible en la conducta prudente anterior, es decir riesgo no permitido, factor que diseña la situación posterior). Pero no hay sustitución si el obstáculo surge a x cm. Si redujésemos la velocidad permitida a, por ejemplo, 5 km por hora en las ciudades, podríamos evitar también las muertes por atropello de quienes saltan de pronto y sin previo aviso a x cm del vehículo. Pero la conducción de automóviles se volvería inútil.

Por tanto, en mi opinión, no se trata de que quien actúa en el marco de riesgo permitido, si se suscita una situación de peligro concreto, tenga el deber de evitar la lesión (si la puede prever y evitar -tipo subjetivo-), sino de que, quien actúa en el marco de un riesgo permitido, pasa a actuar de manera no permitida (riesgo ya no permitido) si no adapta su conducta a la nueva situación caracterizada «objetivamente» por aumento del peligro (no es necesario que llegue a ser concreto), donde «objetivamente» es el resultado de tener en cuenta, para analizar la nueva situación, todos aquellos datos de la realidad que el sujeto hubiera conocido actuando anteriormente siempre conforme al cuidado debido, en riesgo permitido.

Por supuesto para esta explicación mantengo que el tipo (tanto en sus elementos objetivos como subjetivos) es diferente en el delito doloso y en el imprudente (que carece de elementos subjetivos), pero tanto respecto de la vida y la integridad física y moral como de cualquier otro bien jurídico.

⁸² GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 345 ss. Como ha señalado SANZ MORÁN, «Recensión a Jesús-María Silva Sánchez, El riesgo permitido en el Derecho penal económico», *InDret*, (2), 2023, p. 742, se echa de menos en el libro de SILVA SÁNCHEZ este análisis de la relevancia del riesgo permitido para la imputación del resultado.

⁸³ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 283.

El argumento del reparto de cargas que también alega SILVA SÁNCHEZ es sin duda importante, pero no se limita tampoco a estos bienes jurídicos, ni hay por qué separarlo del tema de la ponderación de intereses⁸⁴. De hecho, con frecuencia las prohibiciones de actuar -también las referidas a riesgos todavía abstractos- se incrementan ante ciertos peligros de interacción con posibles factores-víctimas menos capaces de asumir la carga del control de aquella parte del riesgo que ellas mismas suponen, o simplemente cuando aumenta la probabilidad de actuación incorrecta de un tercero (decae el principio de confianza).

Por ej. la obligación de disminuir la velocidad en la proximidad de un colegio o de una residencia de ancianos limita la libertad en la circulación de vehículos teniendo en cuenta, por un lado, el aumento de la peligrosidad que suponen las posibles víctimas por su falta de conciencia del peligro y experiencia en el caso de los niños, o por su falta o disminución de reflejos y agilidad en el caso de los ancianos, lo que aumenta la probabilidad de que invadan la calzada cuando se acerca un vehículo; pero además se han tenido en cuenta las limitaciones más graves de la libertad o las cargas mayores que supondría solucionar el conflicto trasladando bien a la propia víctima, bien a terceros, la responsabilidad de evitar la interacción de factores causales. Por ejemplo, en el caso de los menores, el conflicto se podría haber solucionado trasladando a los profesores la obligación de impedir que un menor saliera del recinto escolar hasta que fuera recogido por un adulto, pero ello supondría una carga insoportable para profesores y padres. Finalmente, el conflicto se soluciona introduciendo una pequeña cautela que limita levemente la libertad del conductor, pues parece la solución más razonable y menos lesiva.

Así, el criterio de la intervención de la víctima o de un tercero responsable tiene, en mi opinión, igualmente su explicación en el contexto de la ponderación intereses⁸⁵. Cada vez que se decide conceder prevalencia a la libertad en el ejercicio de una actividad se ha tenido que valorar el interés de todos los intervinientes: las limitaciones a su utilidad que representaría la introducción de ciertas cautelas destinadas a limitar los riesgos y los límites a la libertad de los demás que crearía su permisión; lo que supone, a su vez, un examen del reparto de cargas. Solo teniendo en cuenta todos los intereses en juego se llega a la valoración final sobre el riesgo permitido.

Respecto de los bienes personales intrínsecos, añade SILVA SÁNCHEZ⁸⁶ que incluso la permisión del riesgo abstracto requiere el consentimiento de la posible víctima cuando afecta a un círculo de personas individualizadas. Pero si esto es así ¿no sería lo coherente prohibir aquellos peligros abstractos que afectan a personas no individualizables cuyo consentimiento no se puede recabar? ¿Qué cambia en la naturaleza permisible o no del peligro para bienes jurídicos intrínsecos la individualización o no de las posibles víctimas? Máxime cuando el hecho de que los sujetos sean o no individualizables puede decidirse muchas veces con un control de acceso a la actividad. Lo cierto es que en la vida cotidiana afrontamos infinidad de peligros abstractos sin que se nos haya solicitado un consentimiento informado -quizás haya quien argumente que los consentimos tácitamente, pero es difícil mantener esta respuesta si el usuario desconoce incluso esos peligros-. La carga de evitar infinidad de riesgos sigue recayendo en la posible víctima en muchos ámbitos (aun cuando sea individualizable⁸⁷).

⁸⁴ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 283 ss.

⁸⁵ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 200 ss., 289 ss.

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 104.

⁸⁷ Por ejemplo, sigue recayendo en la posible víctima preguntar sobre la presencia de alérgenos (gluten, crustáceos, moluscos, pescado, huevos, altramuces, mostaza, cacahuètes, soja, sésamo, apio, lactosa, sulfitos), en la comida

Pero siguiendo este argumento, cuestiona SILVA SÁNCHEZ la corrección de tipos delictivos como los previstos en el artículo 316, 348.1 y 361 del Código Penal que en su opinión declaran atípica⁸⁸ la puesta en peligro concreto de bienes jurídicos intrínsecos cuando la conducta está abstractamente permitida en disposiciones extrapenales, sin requerir que se haya prestado el consentimiento por parte del afectado. En cambio, entiende que serían lícitas las conductas a las que el sujeto pasivo presta consentimiento expreso informado y, además, la puesta en peligro concreto o la lesión tiene lugar en los términos sustantivos y procedimentales establecidos por la legislación administrativa. En su opinión, este es el marco de intervenciones quirúrgicas y tratamientos terapéuticos siguiendo los protocolos de la legislación médica y la *lex artis*. Pero, aplicando su criterio formal de distinción, entiende que solo en aquellos preceptos en los que figure expresamente esta remisión, como por ejemplo la extracción de órganos, puede suponer la atipicidad, y, en cambio, para los tipos cerrados debe acudir una causa de justificación del artículo 20.⁷⁸⁹

Por tanto, si bien afirmó que en casos de peligro concreto para bienes «intrínsecos» no había espacio para el riesgo permitido, si admite atipicidad/justificación de la conducta cuando se dan dos requisitos acumulativos: el respeto a las cautelas extrapenales y el consentimiento. Este doble requisito parece reducir la excepción a los delitos dolosos, pues si se cumplen las cautelas, ¿qué imprudencia puede concurrir? La caracterización como atípica o como justificada dependerá, en su opinión, de que el tipo sea «abierto» (remita expresamente a la normativa extrapenal, *lex artis*, etc.) o cerrado (no lo haga). El criterio formal de distinción lleva a SILVA SÁNCHEZ, a mi parecer, a una contradicción con la afirmación general que hizo sobre la exclusión de la atipicidad por riesgo permitido en los supuestos de peligro concreto doloso para bienes jurídicos intrínsecos. Los deberes del Estado que fundamentaban esa exclusión parece que pueden decaer a cambio de exigir consentimiento, siempre que se lesione (extracción de un órgano) con ciertas cautelas (que en realidad pretenden evitar otros daños propios de cualquier intervención quirúrgica).

En realidad, en mi opinión, el consentimiento que regula el art. 156 del Código Penal se refiere exclusivamente al otorgado en relación con la lesión concreta mencionada en ese artículo: por ejemplo, la mutilación genital en los casos de cirugía transexual, o la extracción de un órgano

que ofrece un restaurante, sin que exista obligación de advertir sobre todos ellos en la carta. Para el camarero la posibilidad de interactuar con una alergia del cliente en el momento que le sirve la comida que contiene lactosa es un riesgo permitido. No debe recabar en cada caso su consentimiento para ingerir lactosa.

⁸⁸ Por tratarse de leyes penales en blanco en las que el cumplimiento de la normativa extrapenal excluiría, en su opinión, la tipicidad, a pesar de darse el peligro concreto y no haberse requerido el consentimiento, lo que le parece erróneo. En realidad, en mi opinión, como se explicará más adelante en el texto, la exigencia de peligro concreto actúa aquí como un (mal elegido) filtro de gravedad, para distinguir el hecho con relevancia penal de una mera infracción administrativa. Pero va a ser difícil que el cumplimiento de la normativa extrapenal lleve a la atipicidad de una puesta en peligro concreto -consentida o no- salvo que, efectivamente, no haya habido imprudencia alguna. Quizás se refiera a esto SILVA SÁNCHEZ, a supuestos en que se han cumplido las cautelas anteriores y el llegar a esa situación de peligro concreto era un riesgo permitido, que no entra por tanto en el juicio de previsibilidad para establecer una nueva norma de actuación (como el peatón que salta a x cm del vehículo). O quizás se refiera a los riesgos que subsisten en una situación de riesgo permitido (el trabajador que actúa con todas las medidas de seguridad se expone aún a otro tipo de peligros que se consideran permitidos -un tropezón consigo mismo...) ¿integrarán el tipo objetivo si no son consentidos? O puede ser que al establecer esta excepción esté pensando en conductas dolosas en las que se consiente una lesión y por otro lado se consienten los riesgos permitidos de la intervención quirúrgica.

⁸⁹ Advierte SILVA SÁNCHEZ de que la apertura del tipo penal lleva a veces a un juicio de tipicidad «sobrecargado» en el que habrá de examinarse incluso la presencia de causas de justificación. En mi opinión este reconocimiento debería llevar a abandonar ese criterio formal. En contra de la idea de que su ubicación cambie la naturaleza (causa de atipicidad o de justificación) del consentimiento véase CEREZO MIR, *Obras completas*, t. I, 2006, pp. 761 ss.

(pérdida de un órgano principal) para que sea trasplantado en los supuestos en los que la ley lo permite. La cláusula «con arreglo a lo dispuesto en la ley» no abarca todas las cautelas exigidas en las operaciones quirúrgicas, sino solo las condiciones de permisión establecidas en la regulación de trasplantes. El donante firmará, además, otro consentimiento informado referido a los riesgos de la operación en el que consiente aquellos riesgos permitidos por la normativa aplicable y por la *lex artis*, pero este no es el referido en el art. 156, pues es el común a cualquier operación quirúrgica, aunque se pretendan con ella otros resultados. Son dos consentimientos diferentes. Que el consentimiento del paciente sea además condición del ejercicio legítimo de la profesión médica viene a complicar todavía más el asunto. Pero no vamos a entrar, porque nos desviaría mucho del tema, en el espinoso asunto de distinguir actuaciones médicas atípicas de justificada⁹⁰.

Por todo lo dicho, no creo que esta acumulación de requisitos tenga que ver con la condición de «bienes jurídicos intrínsecos», ni me convence que la distinción entre atipicidad y justificación se deje a un criterio formal. El consentimiento excluye la tipicidad cuando el bien jurídico es la libertad, o una faceta de la misma, o cuando junto con el bien jurídico se protege la libertad de disposición del mismo (o dicho de otra manera, el bien jurídico integra, precisamente, ciertas facultades del portador sobre su objeto); en cambio es causa de justificación cuando no tratándose de uno de los anteriores, el bien jurídico es, sin embargo, disponible, bien con carácter general o bien solo en relación con determinadas actividades o fines⁹¹. Por ello el consentimiento en el art. 156 es causa de justificación. La distinción es difícil porque, como se dijo, es una causa de justificación de tipo congruente, lo que no facilita la diferenciación, y porque además tras las causas de justificación existe también una ponderación de intereses. Pero, como ya expliqué, en mi opinión la diferencia radica en si esa ponderación va más allá de la propia lesión (consumo) del bien. En este caso, se decanta por la libertad de actuación en determinados ámbitos, además, valorados, relativos a la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad. Precisamente la excepcionalidad del efecto exonerador apoya la idea de que no es la disponibilidad en sí de la integridad física lo protegido.

Aunque puedo compartir la conducción de ciertos supuestos a las causas de justificación (más de los que SILVA SÁNCHEZ dice), no comprendo tampoco por qué a continuación afirma que la única causa de justificación que avala que *un particular*⁹² ponga en peligro concreto *de modo doloso* bienes intrínsecos de terceros es la legítima defensa⁹³. Entiendo que también cabe el estado de necesidad justificante en el supuesto integridad física contra vida⁹⁴ e incluso el consentimiento, ya que, como he advertido, no lo considero causa de atipicidad en los mismos supuestos que SILVA SÁNCHEZ.

⁹⁰ Sobre la discusión, VICENTE REMESAL, «El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (23-19), 2021, pp. 1-62.

⁹¹ CEREZO MIR, *Obras completas*, t. I, 2006, pp. 755 ss.

⁹² Entiendo que con esta matización pretende excluir todos los supuestos de ejercicio legítimo de una profesión. GIL GIL *et al.*, *Curso de Derecho penal. PG*, 2ª ed., 2015, pp. 412, 491 ss.

⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 108

⁹⁴ Ejemplo: Un escalador yace inconsciente, ha quedado atrapado de una mano en un derrumbe de rocas que amenaza con repetirse de forma inminente, arrastrándolo al precipicio. Su compañero le corta la mano de un hachazo, única manera de liberarle a tiempo, salvando así su vida. El compañero comete unas lesiones dolosas amparado por un estado de necesidad justificante. Algunos autores pretenden solucionar este tipo de supuestos con el criterio de imputación objetiva de «la disminución del riesgo», que también rechazo; GIL GIL *et al.*, *Curso de Derecho penal. PG*, 2ª ed., 2015, p. 213.

6. Las condiciones de permisión de un riesgo.

Insiste SILVA SÁNCHEZ en que la existencia de riesgos permitidos en virtud de una ausencia de regulación y de la conformidad de la conducta con los estándares jurídicos de actuación se corresponde con un modelo represivo de Derecho, mientras que solo la regulación responde un modelo que pretende garantizar *ex ante* y con seguridad jurídica espacios de libertad de acción⁹⁵. No estoy de acuerdo con esta opinión. También lo que SILVA SÁNCHEZ llama «estándares jurídicos de actuación» son normas de conducta *ex ante*, como ya se ha señalado.

Entre la permisión y la prohibición incondicional de una actividad emerge, según SILVA SÁNCHEZ, citando a PAREDES⁹⁶, la figura del permiso condicionado⁹⁷. A continuación, estudia SILVA SÁNCHEZ las condiciones de permisión. En este aspecto, estimo que hablar de deberes de actuar prudentemente⁹⁸ invierte la forma correcta de argumentar y pierde de vista el objetivo del análisis: identificar la conducta prohibida, contraria al cuidado objetivamente debido, la conducta peligrosa ya no permitida. Por ello coincido con SILVA SÁNCHEZ cuando advierte de que «más que del deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas (...) deberíamos hablar de la permisión de la actuación peligrosa a condición de que se cumplan las medidas auxiliares de cuidado establecidas». Pero sería mejor incluso, en mi opinión, referirse a la no prohibición de la acción peligrosa realizada con las cautelas y la prohibición de la conducta «descuidada», la peligrosa realizada sin las cautelas⁹⁹.

No estoy de acuerdo, en cambio, en que las normas y procedimientos de control del riesgo, o como yo prefiero llamarlas, las cautelas cuya adopción disminuye el riesgo, estén dirigidas a su disminución estadística. Las cautelas han sido diseñadas para la evitación de la interacción con determinados factores y es, por tanto, esta identificación del camino causal que se pretende evitar con ellas, lo fundamental para decidir después la imputación de un resultado¹⁰⁰. Aquellas cautelas que solo pretenden disminuir estadísticamente un riesgo no permiten imputar un concreto resultado. Por ello no coincido con la solución que ofrece SILVA SÁNCHEZ al famoso «caso de los pelos de cabra»¹⁰¹. Le parece a SILVA SÁNCHEZ irrelevante que en este ejemplo no se pudiera determinar si el cumplimiento de la condición de permisión del riesgo (la utilización del desinfectante indicado) hubiera evitado el resultado de muerte de los trabajadores. Estima que no es razonable dejar impune la conducta del empresario que entregó los pelos sin desinfectar. Y que no es correcto argumentar para excluir la imputación del resultado que el cumplimiento de las condiciones del riesgo tampoco lo habría evitado con seguridad porque «esto ocurre siempre que hay riesgos permitidos».

En mi opinión, estando de acuerdo en la insuficiencia del criterio del comportamiento alternativo conforme a derecho para resolver este supuesto -y cualquier otro supuesto, si pretendemos

⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 113.

⁹⁶ PAREDES CASTAÑÓN, «La accesoriedad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales», *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, 2008, pp. 664 ss. Sobre mis discrepancias con la construcción de PAREDES véase GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 257 ss.

⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 114.

⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 117.

⁹⁹ Sobre la frecuente confusión entre la prohibición de actuar descuidadamente y la omisión de cuidado debido véase GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 26, 27, 228 ss.

¹⁰⁰ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 283-284.

¹⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 117 ss.

utilizarlo como criterio autónomo-¹⁰² estimo que la solución del caso es más compleja¹⁰³. Afirmar la imputación del resultado en supuestos de cautelas establecidas únicamente con la intención de disminuir estadísticamente un riesgo, es decir, sin conocer realmente su concreta eficacia causal, nos lleva al rechazable criterio de imputación del resultado del «incremento del riesgo»¹⁰⁴. En mi opinión, si la cautela infringida solo tiene como fin disminuir porcentualmente un riesgo, solo se podrá imputar un aumento de riesgo, pero no un resultado. Si no se sabe o no se puede probar si el resultado es consecuencia de la superación del riesgo, o por el contrario lo es del riesgo permitido que la misma conducta supone, no se puede imputar el resultado, pues la relación de antijuridicidad entre la imprudencia y el resultado es a lo sumo probable. Y si parece que, a pesar de no poder imputarse un resultado, la imprudencia es grave y la norma necesita el refuerzo de un castigo para su cumplimiento, se debe recomendar el castigo de la mera peligrosidad de la conducta a través de la creación de delitos de peligro, pero no se puede convertir una mera conducta peligrosa en delito consumado¹⁰⁵.

También advierte SILVA SÁNCHEZ sobre la necesidad de distinguir entre gestionar un espacio de riesgo permitido y obrar en ese ámbito. Solo tiene obligación de minimizar riesgos quien gestiona un espacio de riesgo permitido, mientras que a los demás sujetos que actúan en un espacio de riesgo permitido organizado por un tercero solo les afectan los deberes generales de solidaridad¹⁰⁶. Quizás la generalización es excesiva o se simplifica mucho la cantidad de supuestos que podemos encontrarnos¹⁰⁷. Estoy de acuerdo en la conclusión de que «rige el principio de confianza en la correcta actuación del gestor del espacio de riesgo permitido, cuyas instrucciones deben obedecerse» por los meramente obrantes en él. En mi opinión, el principio de confianza solo nos dice qué posibilidades abstractas de interacción con actuaciones de otros no deben ser tenidas en cuenta por un sujeto; es decir, no debe adaptar su conducta, tomando las cautelas dirigidas a evitar que tal posible interacción lleve a un resultado lesivo: ese riesgo

¹⁰² GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 347-366, 420 ss.

¹⁰³ Véase GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 347 ss., nota 1035, 366, 386, 401. Se trata de un caso en el que la cautela (el desinfectante ordenado y que no se usó) era capaz de destruir algunos de los bacilos presentes en los pelos usados para fabricar pinceles, pero no otros, y no se sabe si las muertes se produjeron por los bacilos resistentes (fuera del ámbito de protección de la norma) o por los que el desinfectante hubiera destruido (imputables a la infracción del cuidado debido).

¹⁰⁴ El criterio en su formulación actual se debe a ROXIN, «Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes», *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, pp. 149 ss. (original publicado en *ZStW*, (74), 1962, pp. 411 ss.). Lo siguen entre otros BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, pp. 135 ss.; RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *Juristische Schulung*, 1969, p. 554; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 649 ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, pp. 334 ss.; en contra GIMBERNAT ORDEIG, «Recensión a Roxin», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1964, (17-3), p. 437; KÜPER, «Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt», *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18 Februar 1987*, 1987, pp. 255-256, 264-465; EL MISMO, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, p. 101; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., 2005, p. 507; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, 1992 p. 212; ULSENHEIMER, «Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte», *JuristenZeitung*, (24), 1969, p. 366; EL MISMO, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, 1965, pp. 134 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva*, 1996, p. 251; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 96, nota 185, entre otros muchos. Véase una extensa crítica a este criterio en GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 367 ss.

¹⁰⁵ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 421.

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 121.

¹⁰⁷ Hay que distinguir, en mi opinión la finalidad de cada norma. Especialmente compleja puede resultar la identificación de la conducta típica y la imputación del resultado en supuestos de concurrencia de riesgos («resultados sobrecondicionados»), y de normas de cuidado establecidas con márgenes de seguridad, así como en los casos de existencia de normas de cuidado antepuestas dirigidas a dificultar las imprudencias posteriores de terceros (supuestos de favorecimientos o «participaciones» imprudentes atípicas), pero que no excluyen la competencia última del segundo actuante sobre el riesgo, GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 334, 358 ss.

abstracto de interacción con una conducta descuidada de otro es para nuestro sujeto un riesgo permitido¹⁰⁸; o dicho desde la perspectiva de la norma, no le está prohibido realizar una conducta que presenta el riesgo abstracto de esa interacción¹⁰⁹. Y el principio de confianza no es otra cosa que el resultado de la ponderación, no dejan de ser supuestos de evaluación y permisión de riesgos. No se trata, por tanto, en mi opinión, tanto en los casos solucionados con el principio de confianza, como en aquellos en los que se acude a la doctrina de la prohibición de regreso o al principio de autorresponsabilidad, de otra cosa que del resultado de la ponderación realizada por el ordenamiento¹¹⁰.

No comparto, en cambio, que el incumplimiento de condiciones impuestas por la legislación administrativa ajenas a la gestión del riesgo impida al juez penal fundar la atipicidad de la conducta en un riesgo permitido, teniendo que referirse en tales casos exclusivamente a la ausencia de una imprudencia objetiva o subjetiva del agente¹¹¹. Como ya he señalado, la conducta imprudente es siempre un riesgo no permitido (en el sentido de peligro que no supera la ponderación) de determinada gravedad¹¹². La realización de determinada actividad peligrosa cumpliendo todos los requisitos administrativos excepto el pago de un canon, por ejemplo, no es un riesgo no permitido, sino una actividad no permitida -pero tampoco típica- por motivos ajenos al riesgo que implica¹¹³.

A continuación, se ocupa SILVA SÁNCHEZ de la posición del sujeto amparado por un riesgo permitido, tema muy relacionado con el que ya vimos de las obligaciones respecto de los peligros concretos para bienes «intrínsecos». Reitera SILVA SÁNCHEZ que «el advenimiento de un riesgo concreto, inminente y grave modifica en general la condición permitida del riesgo abstracto»¹¹⁴. Como ya señalé supra, estoy de acuerdo con esta afirmación, solo que yo lo diría de otra manera: el ordenamiento, ante un cambio en la situación por la aparición un aumento del peligro y/o

¹⁰⁸ Véase en este sentido ya la explicación de WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 1964, p. 73.

¹⁰⁹ Sobre ello GIL GIL, «Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», *Revista de derecho penal*, (1), 2002, pp. 45 ss.; y GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 228.

¹¹⁰ A uno le puede incumbir o no el impedir interacciones con acciones de otros según el ordenamiento considere que debe repartir las cargas para una mejor salvaguarda de los bienes jurídicos ajenos, maximizando al mismo tiempo la utilidad de los propios, teniendo en cuenta en cada situación no solo el principio de autorresponsabilidad sino también el grado de peligro y la posible eficacia de las cautelas. En contra de la utilidad del criterio del «ámbito de responsabilidad» por sí mismo, ya que debe ser rellenado siempre con otro criterio normativo más profundo, véase también FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 259-260. En mi opinión la prueba de que no se trata de un mero reparto de incumbencias basado en la autorresponsabilidad estaría precisamente en que un aumento de las probabilidades de interacción puede hacer variar sin más las cargas que corresponden al primero (decae el principio de confianza). Las «posiciones de garante» o las «incumbencias» que se argumentan para desactivar la prohibición de regreso no son en el fondo otra cosa que prohibiciones y deberes de actuar que no se explican por sí mismos ni vienen dados sin más, sino que son el resultado de la ponderación realizada por el ordenamiento.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 122-124. No aclara SILVA SÁNCHEZ qué elemento de la tipicidad objetiva o subjetiva faltaría aquí.

¹¹² GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 275. Como ya he señalado, los casos de imputación a la víctima o a terceros son también supuestos de riesgo permitido. Quedaría únicamente como criterio que puede excluir la tipicidad de un riesgo no permitido de determinada gravedad aquel que nos hace distinguir la conducta típica imprudente (de autoría) de aquella otra que infringe una norma de cuidado anterior cuya finalidad es impedir o dificultar la imprudencia de otro sobre idéntico riesgo (conductas de «participación» imprudente atípica). Sobre todo ello, GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 334 ss.

¹¹³ La solución será distinta, en cambio, cuando la licencia o permiso que no se ha obtenido sea una presunción de peligrosidad de la conducta, como lo es, por ejemplo, conducir sin haber obtenido el carné de conducir.

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 125

imposibilidad de trasladar la carga del control del aumento del riesgo a la potencial víctima o a un tercero, incrementa las cautelas para el sujeto actuante, convirtiendo la conducta que se realiza sin tales nuevas cautelas en un riesgo ya no permitido, es decir, en la conducta prohibida. Y esa identificación no tiene que ver, en mi opinión, con lo subjetivamente advertible por el sujeto, sino con los datos de la realidad que el ordenamiento le exigía conocer mediante las normas de cuidado antepuestas.

Junto a esta, señala otra posibilidad: que el sujeto actúe amparado por el riesgo permitido y no llegue a advertir a título de dolo ni de imprudencia (consciente o inconsciente) el peligro concreto grave e inminente. Falta quizás una explicación de qué debemos entender por lo «advertible». O en qué casos se afirma que la no advertencia no ha sido imprudente (donde como ya señalé los límites a lo advertible vendrán también marcados por el riesgo permitido). En tales casos, afirma SILVA SÁNCHEZ que el resultado directamente producido no le es imputable. También me ocupé de estos casos *supra*. Si la nueva circunstancia no era «advertible» para el sujeto es porque se consideraba un riesgo permitido y su existencia no conocida ni cognoscible respetando las normas de cuidado antepuestas (peatón que salta repentinamente a la calzada a x cm del vehículo) no se tiene en cuenta para diseñar la nueva situación sobre la que se concretaría, en caso contrario, una nueva norma. En conclusión, según mi concepción, no se trata solo de que el resultado no le sea imputable, sino de que no infringe norma de cuidado alguna, no realiza la acción típica, la acción peligrosa «descuidada», prohibida en el tipo de resultado correspondiente. Y afirmar un tipo objetivo que no recoja este recorte me parece algo innecesario.

Otro tema distinto, señala SILVA SÁNCHEZ, es el de los deberes de evitar consecuencias ulteriores por quien genera una situación de peligro actuando en «riesgo permitido», como en los supuestos recogidos en el art. 195.3. En su opinión, que tampoco puedo compartir, el que crea el riesgo en esta situación no responde del resultado en comisión por omisión sino solo de una omisión de socorro cualificada¹¹⁵.

7. Un modelo de actuación para órganos judiciales

Regresa SILVA SÁNCHEZ en este capítulo a su distinción entre los tipos cerrados y los tipos abiertos, para concretar que los delitos imprudentes, en relación con la determinación de la «imprudencia objetiva», son, en su opinión, tipos abiertos en los que el legislador penal se refiere al riesgo permitido mediante cláusulas generales que el juez debe concretar¹¹⁶.

Para determinar si una conducta es imprudente, señala SILVA SÁNCHEZ, debe atenderse en primer lugar, si la actividad se encuentra regulada, al Derecho extrapenal regulatorio y a la estructura de ponderación valorativa que refleje, respetando, por supuesto, el principio de subsidiariedad, que lleva a exigir una determinada gravedad para considerar la existencia de una infracción penal¹¹⁷. La única excepción en la que el juez se puede alejar de la decisión valorativa extrapenal es, según SILVA SÁNCHEZ, el supuesto de riesgo concreto inminente y grave de lesión para bienes personales intrínsecos (casos límite de inadecuación de la regulación extrapenal). Sin embargo,

¹¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 126-127. Así ya SILVA SÁNCHEZ, «Problemas del tipo de omisión del deber de socorro», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (41-2), 1988, pp. 573 ss.

¹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 133 ss.

¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 137.

como ya se dijo, no se trata en estos casos, en mi opinión, de un alejamiento de la valoración extrapenal, sino de un cambio de la situación en la que aquella ya no es aplicable, siéndolo una nueva norma.

Además, el juez puede alejarse de la regulación extrapenal, según SILVA SÁNCHEZ, cuando esta es claramente obsoleta y no se adecua al estado de la información de la ciencia o de la técnica. En estos casos, el juez, respetando la estructura valorativa de la norma administrativa, debe proceder a su actualización cognoscitiva, nos dice SILVA SÁNCHEZ¹¹⁸. De nuevo, en mi opinión, se trata de la identificación de una situación diferente, a la que es aplicable otra norma. Aquí el problema relevante, en mi opinión, es también el de determinar en cada ocasión qué conocimientos tenemos en cuenta para identificar la situación en la que se actúa y por lo tanto la norma aplicable a la misma. No se trata de que el derecho administrativo tenga una base distributiva regulatoria y no permita por tanto una correcta aproximación a un caso concreto de riesgo de lesión dolosa o imprudente de bienes intrínsecos, como señala SILVA SÁNCHEZ. Se trata de ver para qué situación está prevista cada norma y cómo determinamos la existencia de esa situación.

Hay regulaciones extrapenales sumamente detalladas que abarcan incluso las situaciones de peligro concreto (y no solo para bienes jurídicos personalísimos), señalando como debe adaptarse la conducta ante cada cambio de situación. Recordamos de nuevo el ejemplo de la regulación del tráfico viario, el conductor puede circular a 90 km/h cuando la situación es la de una probabilidad abstracta de encontrar algún obstáculo en la vía, pero cuando esta posibilidad aumenta notablemente, aparece una nueva norma que ordena al conductor adaptar su velocidad. La norma cambia en los supuestos de aumento de la probabilidad del obstáculo revelado por señales de tráfico, pero no solo por estas, sino también cuando su presencia es cognoscible por indicios que el conductor debe conocer si respeta los deberes de atención (cautelares anteriores) que señalan la conducción correcta. Pero también hay actividades reguladas en las que se presenta una situación atípica (no regulada en esa normativa extrapenal) respecto de la cual el juez tendrá que extraer de las valoraciones del ordenamiento la norma de cuidado (el hecho de que no esté previsto en una norma positiva cómo actuar ante determinado riesgo no lo convierte en permitido).

Y habrá, por último, riesgos potenciales, abstractos, que eran desconocidos cuando se promulgó la norma de cuidado extrapenal y por ello no se pensó en los mismos. Estos son los supuestos a los que se refiere SILVA SÁNCHEZ cuando dice que la normativa extrapenal ha quedado «obsoleta» y debe ser sustituida por la concreción del juez. Aquí SILVA SÁNCHEZ sustituye, a la hora de apreciar una imprudencia objetiva, la disposición administrativa permisiva obsoleta por el estándar científico objetivo establecido para el sector de actividad. Pero no se nos da un criterio para decidir cuándo se puede sustituir una norma por otra más allá de la «obsolescencia» de la norma. Llegando a las mismas conclusiones, mi explicación del caso, de nuevo, varía un poco.

En el ejemplo que discute SILVA SÁNCHEZ, de las transfusiones de sangre contaminadas con el virus del SIDA¹¹⁹, la norma que ordena analizar la sangre es una norma de cuidado antepuesta dirigida a dotarse de conocimiento sobre la existencia de ese factor, en principio solo

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 138.

¹¹⁹ Ya SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal por contagio hospitalario», *DS: Derecho y salud*, (8-1), 2000, p. 51; EL MISMO, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 142. Véase también, entre otras, la STS 3643/1991, de 18 de noviembre (ECLI ES:TS:1991:17239).

abstractamente posible. La regulación extrapenal no ordenaba en cierta época la búsqueda de ese patógeno porque cuando se promulgó dicha normativa todavía no se lo relacionaba sin dudas con la enfermedad. No se consideraba siquiera un peligro abstracto. Es decir, la «obsolescencia» de la norma comienza por una modificación en los conocimientos nomológicos vigentes. Puede decirse que aquella norma no señalaba el cuidado debido respecto de esta eventualidad (por desconocerse entonces su efecto causal), que quedaba, por tanto, sin regular. Cuando se averigua científicamente la peligrosidad del virus (su capacidad nomológica para causar la enfermedad), la *lex artis* entra, antes que la normativa administrativa, a regular el supuesto (a llenar esa laguna, que no a corregir una supuesta permisión), ordenando el análisis de la posible presencia de este virus en la sangre a trasfundir, y prohibiendo la trasfusión de sangre sin haber descartado mediante dichos análisis la presencia del virus. Se trata, de nuevo, de normas antepuestas de cuidado. Pero hay que recordar que, cuando se contagia la enfermedad del SIDA, la norma infringida, la que supone la realización del tipo penal de lesiones, no es la de no analizar la sangre, sino la de trasfundir sangre contaminada. La infracción de la norma previa que hubiera permitido conocer la presencia de virus en la sangre nos sirve para colocar este dato fáctico en el diseño de la situación para la concreción de la norma aplicable a la misma.

Distinto sería el caso en el que la normativa extrapenal permitiera hacer la trasfusión sin descartar un riesgo ya conocido como posibilidad abstracta (incluido en los conocimientos nomológicos de la época), porque su descarte resultara muy costoso, difícil o poco efectivo y, unido a la escasísima posibilidad y a la existencia de otros métodos para controlar con posterioridad la eventualidad de la infección, se considerase que no supera la ponderación, en favor de la facilitación de las transfusiones. En estos supuestos, la normativa extrapenal sí ha considerado y permitido tal riesgo. La trasfusión de sangre con el patógeno, cuya evitación la normativa extrapenal deliberadamente no ordenaba descartar, es un riesgo permitido. Y aunque aparecieran en el mercado nuevas pruebas que hicieran fácil y asequible el análisis del patógeno, no podría el juez considerar obligatoria su utilización (y conducta «descuidada», típica, el trasfundir con dicho patógeno por no haberlos descartado con el test) en contra de una regulación que, pensada ya para ese factor, consideró permitido el no descartarlo. Porque lo contrario supondría una grave quiebra del principio de unidad del ordenamiento y de la seguridad jurídica.

Por tanto, cuando SILVA SÁNCHEZ afirma que «cabe que no se infrinja disposición administrativa alguna y, sin embargo, deba afirmarse la existencia de una imprudencia relevante para el Derecho penal» entiendo que se trata, simplemente, de la concreción de situaciones distintas a que aquella para la cual está prevista la norma extrapenal. Entonces, no es cierto tampoco para estas nuevas situaciones que la conducta esté expresamente permitida por la normativa administrativa. Se trata, por lo general, de situaciones atípicas -no reguladas expresamente- dentro de una actividad regulada¹²⁰.

Por lo tanto, el motivo de que la «no desaprobación administrativa» (que no es una aprobación) no conlleve la atipicidad no puede deberse, en mi opinión, tampoco, a que «la acogida del efecto de permisión administrativa solo es obligatorio para el juez en el caso de las leyes en blanco», pero no «en absoluto en aquellos casos en los que la remisión que efectúa la legislación penal a las disposiciones extrapenales es interpretativa, o tiene lugar a través de elementos normativos o mediante una cláusula de imprudencia»¹²¹. La distinción me parece artificial y no concuerda

¹²⁰ MARAVER GÓMEZ, *LH Jakobs*, 2003, t. III, pp. 220 ss.

¹²¹ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 141.

con la calificación que hizo de los delitos imprudentes como tipos abiertos, además de ser un criterio formal, carente de una fundamentación material. Está pensada para dar respuesta a esos supuestos de disposiciones administrativas «obsoletas» superadas por la *lex artis*¹²². Personalmente, en cambio, entiendo que el fallo reside en tratar a estas normas extrapenales antepuestas, dirigidas a dotar al operador de conocimientos que le permitirían evitar una futura conducta lesiva, como permisos de todo aquello no ordenado, como expliqué *supra*. Cuando examinamos la tipicidad de la conducta «transfundir sangre contaminada con el patógeno x» lo relevante es conocer si el dato «existencia del patógeno x» forma parte de la situación desde la que identificamos la prohibición aplicable. Y la respuesta es que lo hará si el sujeto tenía el deber de conocerlo. En este caso tal deber existía, si bien no derivaba de una regulación creada antes del conocimiento de ese riesgo, sino de la *lex artis*.

El tema enlaza con otro asunto que nos queda todavía por tratar: el problema de una regulación sectorial realizada de manera egoísta por los operadores de una determinada actividad, que, contradiciendo las valoraciones del ordenamiento, haya priorizado en la ponderación de intereses el propio beneficio, trasladando un riesgo excesivo a los consumidores o usuarios. Por poner un ejemplo, una determinada regulación bancaria, o de la industria farmacéutica.

En el pasado me manifesté de modo tajante en favor de la seguridad jurídica, afirmando que las reglas técnicas extrajurídicas que regulan determinadas actividades suponen también la realización de la ponderación de intereses en juego cuyo resultado es precisamente la aprobación de la realización de la actividad con determinados límites (las cautelas), que tienden a limitar el riesgo para los bienes jurídicos, pero asegurando a la vez un ejercicio de la actividad que conserve su utilidad. Estas reglas elaboradas por expertos son la plasmación de la ponderación de los intereses en juego¹²³ y establecen por tanto el riesgo permitido, es decir, el riesgo residual que queda cumpliendo la cautela es un riesgo permitido y que por lo tanto la sociedad (toda posible víctima del mismo) asume. En definitiva, aunque no hayan salido del legislador, son el juicio de los expertos, y, desde el momento en que el legislador asume como correcta la realización de la actividad de esa manera, asume igualmente como suya la ponderación realizada por los expertos. Afirmaba yo entonces que «Si se trata de un desajuste de intereses en la ponderación, el legislador tendrá que intervenir para regular expresamente, corrigiendo la práctica por la que se guían los profesionales del sector, pues, hasta que no lo haga, esa práctica no contradicha y por lo tanto aceptada como correcta debe considerarse vigente y debe considerarse que integra la norma penal»¹²⁴.

Lamentablemente la experiencia ha demostrado lo *naïf* de confiar en la autorregulación de algunos sectores¹²⁵. Por ello me parece oportuno introducir aquí un criterio material de comprobación. Igual que para las actividades no reguladas y para las situaciones atípicas dentro

¹²² También FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 124.

¹²³ Así lo reconoce FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 120-124, aunque quiera restarles relevancia. FRISCH dice, sin embargo, que puede que las regulaciones prejurídicas no reduzcan suficientemente los peligros para los bienes jurídicos porque al establecerse las reglas no se pensara en determinados peligros o porque se sobreestimara la eficacia de determinadas reglas y puede ser que todo esto sea conocido desde hace tiempo o puede tratarse de un mero desajuste de intereses en la ponderación. Sin embargo, advierte que para considerarse inadecuadas las normas prejurídicas tienen que desviarse nitidamente de cierto margen de enjuiciamiento propio de toda ponderación de intereses relativamente compleja.

¹²⁴ GIL GIL, *El delito imprudente*, p. 275.

¹²⁵ Agradezco la observación sobre este aspecto y, sobre todo, de la relevancia que tiene en el modelo político la admisión de las autorregulaciones de algunos sectores a Manuel Cancio Meliá.

de las actividades reguladas se propone un método de averiguación de la norma para el juez, que, en la opinión que mantengo, no tiene que crear, ni que inventar, sino que concretar la conducta prohibida guiándose siempre por las valoraciones del ordenamiento, de la misma manera, cuando se le presente una regulación sectorial extrajurídica, el juez, para considerar que define la conducta cuidadosa, debe comprobar que no infringe las valoraciones y ponderaciones del ordenamiento. Una autorregulación que distribuya las cargas de forma no equitativa, haciendo recaer el control del riesgo en un consumidor o usuario no capacitado para ello, no podrá tomarse en consideración como la definición de lo «cuidadoso», por infringir otras normas y principios del ordenamiento.

También se pronuncia SILVA SÁNCHEZ sobre el principio de precaución, establecido para los casos de incertidumbre, que ha sido acogido por el derecho administrativo europeo en materia de alimentos y medicamentos, así como en relación con el medioambiente y las finanzas¹²⁶. Señala el autor mencionado que las vías de entrada del principio de precaución en Derecho penal son las mismas que las del riesgo permitido: las cláusulas de imprudencia, ciertos elementos de valoración global y las leyes penales en blanco. Yo creo que esta afirmación habría que matizarla si hacemos, como me parece pertinente, la conveniente distinción entre conductas peligrosas *ex ante* y aquellas otras en las que no es descartable que produzca un resultado lesivo, pero se desconoce absolutamente tanto el curso causal como la probabilidad del mismo (supuestos de incertidumbre)¹²⁷. En estos casos no se puede acudir a los delitos imprudentes para imputar el resultado causado de manera «impredecible»¹²⁸. La única opción en los supuestos de incertidumbre científica es prohibir expresamente la conducta potencialmente lesiva, como por ejemplo el uso de sistemas de armas autónomos letales¹²⁹.

8. Los riesgos ya no permisibles

Se centra SILVA SÁNCHEZ en este capítulo en los deberes estatales de protección positiva de los derechos fundamentales establecidos tanto la jurisprudencia constitucional como la de los tribunales internacionales, en especial el TEDH¹³⁰. En su opinión, esto afecta de modo significativo a la prohibición estatal de determinados riesgos, aquellos no sometidos a

¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 148 ss

¹²⁷ Como he señalado en GIL GIL, «Sistemas de armas autónomos letales. Comentario a la posición española, con especial atención a algunos problemas jurídico-penales», *Revista General de Derecho Penal*, (38), 2022, p. 42, «El principio de precaución y el cuidado objetivamente debido parten de premisas y fines distintos. El primero procura evitar conductas posiblemente lesivas cuyos efectos y probabilidad sin embargo se desconocen. La decisión de prohibirlas parte precisamente de la enorme incertidumbre sobre los cursos causales que podrían desplegar y de las graves consecuencias que aparecen como meramente posibles. El segundo, en cambio, parte de una ponderación entre la utilidad de la conducta y los riesgos que presenta (tanto en magnitud como en probabilidad). Cuando no conocemos estos últimos no podemos hacer el juicio de ponderación que nos lleva a decidir la frontera entre el riesgo permitido y el no permitido. Lo único que nos queda cuando el resultado lesivo es una mera posibilidad abstracta es prohibir la mera conducta como delito de peligro abstracto bajo el principio de precaución. Estimo que esta decisión de la prohibición expresa es el mejor criterio para dejar claro que la conducta que ofrece esa mera posibilidad abstracta de un resultado lesivo es ya una conducta no permitida». Manejo un concepto del principio de precaución más cercano al de QUINTERO OLIVARES, «La robótica ante el Derecho penal: El vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, (1), 2017, pp. 18-21, y totalmente distinto del de ROMEO CASABONA, «Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal», en VV.AA., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, p. 96, para quien no es sino un complemento para delimitar el riesgo permitido.

¹²⁸ En realidad, sobre los que falta un conocimiento nomológico.

¹²⁹ GIL GIL, *RGDP*, (38), 2022, pp. 41-42.

¹³⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 153 ss.

condiciones suficientes para su neutralización o disminución. Y alerta de la existencia en nuestro ordenamiento de leyes penales en blanco que pueden constituir un supuesto de vulneración de la prohibición de infraprotección. Advierte con razón, sin embargo, que la constatación por el juez nacional de la vulneración de esta obligación estatal no permitirá condenar desconociendo la legislación administrativa que completa el precepto penal, por impedirlo el principio de legalidad. En su opinión, el defecto se halla en la utilización de la técnica de la ley penal en blanco para supuestos que comportan puestas en peligro concreto de la vida o la integridad física. Sin embargo, recordemos que para SILVA SÁNCHEZ la solución alternativa era excluir de la regulación administrativa estos supuestos para solucionarlos mediante una afirmación en todo caso del tipo objetivo y el examen posterior de la imputación subjetiva. Pero ni se nos aclara cómo se construye ese tipo objetivo, ni, en mi opinión, se explica dogmáticamente la selección de bienes jurídicos, que se extienden, en este capítulo, a consecuencia del argumento empleado, ya no solo a la vida y la integridad física y moral, sino a todos los derechos fundamentales.

Ello supondría, por ejemplo, si se llevara al extremo el argumento, no aceptar que la libertad se puede lesionar en adecuación social (como sucede en la privación de libertad entre las paradas de autobús, ejemplo en el que no resulta convincente acudir al argumento del consentimiento, pues este es revocable en cualquier momento), o la vida privada, etc. Pero lo cierto es que la débilmente fundada y contradictoria jurisprudencia del TEDH no da para tanto, ni siquiera en relación con los bienes jurídicos intrínsecos, pues lo que ha afirmado el TEDH son deberes de disuadir mediante la amenaza penal de las violaciones más graves de los derechos fundamentales más importantes. Así que devuelve el problema a la concreción de qué ha de entenderse por «violaciones graves». De momento, ya ha excluido que tengan tal consideración incluso los homicidios imprudentes, o las detenciones ilegales imprudentes¹³¹. De esta manera, el argumento de los deberes estatales de protección de ciertos bienes jurídicos parece no ser muy sólido.

Añade SILVA SÁNCHEZ el reclamo (que me parece correcto en los casos de conductas descuidadas más graves), en favor de la tipificación de delitos de peligro (concreto para bienes intrínsecos matiza él) que permitan obviar los obstáculos de la dificultad de establecer la imputación objetiva del resultado (aunque creo que él ya lo solucionaba adoptando el criterio, que no comparto y que el propio SILVA SÁNCHEZ rechazó en el pasado¹³², del incremento del riesgo -en el ejemplo de los «pelos de cabra»-), y a veces incluso de la relación de causalidad, en contextos industriales y tecnológicos, en los que solo es posible establecer correlaciones estadísticas, y es frecuente la concurrencia de riesgos¹³³. Pero destaca de nuevo que el «problema» es que se utilice la técnica de las leyes penales en blanco, «integrando espacios de riesgo permitido». Añade, en una matización que no me parece muy clara, que «tal puesta en peligro concreto solo debe admitirse si, junto al respeto de la normativa administrativa, sustantiva y procedimental, se comprende la toma en consideración del consentimiento del afectado. Cuando no es así, el régimen no es admisible». Entiendo que con esta salvedad pretende dotar de relevancia al consentimiento como causa de atipicidad en los delitos dolosos, a la vez que se niega en los imprudentes, puesto que

¹³¹ Véase con detalle sobre esta jurisprudencia TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, (3), 2016.

¹³² SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 542 ss.

¹³³ Sobre la pertinencia de crear delitos de peligro frente a imprudencias muy graves, en situaciones de distribución, entre distintos intervinientes sucesivos, de las cautelas destinadas a dotarse de conocimiento, GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 396-397.

la exigencia de obrar en riesgo permitido impedirá afirmar la imprudencia (sobre este tema ya me pronuncié).

Es decir, si no entiendo mal, SILVA SÁNCHEZ parecería claudicar ante una regulación que admita espacios de riesgo permitido en la puesta en peligro concreto de bienes constitutivos de derechos fundamentales si se exige a la vez el consentimiento del afectado. No se explica, en cambio, la posición dogmática de este consentimiento -más allá, de nuevo, de un criterio formal: la decisión del legislador de crear tipos abiertos o cerrados (en estos operaría como causa de justificación)-, o cómo compatibilizar esta solución con la exclusión de la relevancia del consentimiento como eximente, prevista por nuestro ordenamiento con carácter general respecto de la vida y la integridad física o moral¹³⁴. Ya he mencionado anteriormente que, si se está pesando en el consentimiento en las lesiones (causa de justificación en mi opinión) hay que fijarse en que existen varios consentimientos, unos para resultados, otros para riesgos.

Ahora quiero detenerme en la crítica a los delitos de peligro que remiten a la normativa extrapenal. Veo aquí también cierta contradicción. En realidad, cuando el legislador tipifica una conducta «descuidada», es decir, una conducta peligrosa por encima de lo permisible, a pesar de que no haya causado un resultado o que el mismo no sea objetivamente imputable, tiene que recurrir a los delitos de peligro¹³⁵. A falta de la posibilidad de definir esa conducta imprudente como «la que ha causado cierto resultado», debe ceñirse a las características de la misma. Por ello se centra, para su identificación, en su caracterización como «descuidada», es decir, en la infracción de las cautelas extrapenales. Pero obviamente esto sin más no la distinguiría de la infracción administrativa, de manera que a veces junto a la exigencia de una cierta gravedad de la imprudencia, y otras, de manera quizás incorrecta, en lugar de ella, se exige un determinado resultado de peligro concreto, que garantiza, al menos, que un bien jurídico personalísimo ha entrado en el radio de la conducta descuidada. Estos delitos, sin embargo, deberían considerarse, en mi opinión, delitos contra un bien jurídico colectivo antepuesto, configurado como «la seguridad de...», como es el caso de la seguridad vial, la salud pública, etc. Y, por tanto, me aventuro a sugerir (no es un tema sobre el que tenga una posición final) que esa exigencia de un determinado peligro concreto para otros bienes jurídicos podría interpretarse como condición objetiva de punibilidad.

No alcanzo a comprender, en cambio, que el sometimiento a un riesgo menor (que cumpla las cautelas extrapenales) deba ser considerado digno de castigo penal si no existe el consentimiento de las víctimas potenciales. Por ejemplo ¿debería castigarse como delito la puesta a la venta de un medicamento que cumple con todas las normas de seguridad en su elaboración, pero no advierte en su prospecto de alguna posible consecuencia para la salud considerada un riesgo permitido? Opino que no.

9. Las peculiaridades de la remisión a disposiciones no estatales

Se ocupa aquí con detenimiento SILVA SÁNCHEZ de la incidencia de las reglas y estándares privados. En su opinión «la infracción de una norma técnica sectorial constituye un indicio de la

¹³⁴ Véase mi respuesta a los argumentos de JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, 2000, p. 310; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 1998, pp. 275 ss.; GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 298, 310 ss.

¹³⁵ NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, p. 63.

infracción de un deber objetivo jurídico-penal de cuidado»¹³⁶. Recuerda la desconfianza doctrinal respecto de la norma técnico-privada por su origen no democrático y la posibilidad de que esté mal resuelto el conflicto de intereses. Considera inadmisibile la posibilidad de una ley penal en blanco que reenvíe directamente a reglas técnicas mediante una remisión dinámica (técnica no utilizada hasta ahora en Derecho español), y considera preferible la utilización de elementos normativos de valoración global que el juez debe concretar. Así, las reglas técnicas dejan de ser objeto de remisión y pasan a ser solo un indicio de la correcta concreción del elemento de valoración por parte del juez. Esto convertiría, en su opinión, a las reglas técnicas en una cuestión de hecho y no en una cuestión de derecho.

Pero no aclara aquí SILVA SÁNCHEZ cómo se descarta el indicio, con qué parámetros se establece que la norma técnica sectorial es incorrecta y cómo se sustituye. ¿Qué operaciones debe realizar el juez para encontrar aquí primero la «conducta desvalorada» y luego la norma de cuidado infringida?

Sí encontramos en nuestro derecho, nos recuerda, remisiones de leyes penales a disposiciones administrativas que pueden acabar en una remisión indirecta o en cadena a reglas técnicas. En relación con el espacio de riesgo permitido empresarial y la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, reconoce SILVA SÁNCHEZ que en España este viene siendo integrado mediante disposiciones de origen privado de forma no controvertida y que, incluso cuando se hace por vía de reglamento, este acaba remitiéndose a disposiciones procedentes de fuentes privadas. Además, advierte SILVA SÁNCHEZ que la cuestión de la subsunción de los hechos en la norma extrapenal de complemento se ha convertido en una cuestión de hecho, que suele resolverse en los tribunales con la solicitud de informes técnicos.

Quiero recordar, al respecto, sin embargo, las precisiones que hice antes. Muchas veces esa normativa o incluso reglas técnicas o *lex artis* extrapenales son en realidad normas de cuidado antepuestas, cuya finalidad -para la averiguación de la norma de cuidado finalmente infringida, la que subyace al tipo imprudente-, es la de señalar aquellos datos de la realidad a tener en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva -sobre el que se realiza la ponderación y se decide la norma aplicable-. Que la sangre está contaminada o que el paciente ha comido son datos de la realidad que el sujeto tenía el deber de conocer (por ello existían normas previas sobre análisis de la sangre o sobre cuestionar al paciente sobre la hora de su última ingesta). Cuando no se trata de normas de cuidado antepuestas, sino de la norma final que dice qué conducta ya no se puede realizar por considerarse «descuidada» (un riesgo ya no permitido): prohibido trasfundir sangre contaminada con el virus del SIDA o anestesiarse a quien ha comido, lo que sucede es que esas reglas derivadas de la *lex artis* o de las normas técnicas se incorporan al tipo para integrar el elemento normativo «descuidada». Es decir, la norma penal prohíbe la realización de una conducta descuidada, y para saber lo que es una conducta descuidada debemos acudir a estas reglas, que son las que determinan la forma cuidadosa de realizar la actividad concreta¹³⁷.

10. Reflexiones finales

Las construcciones que pretenden establecer un tipo objetivo recortado por el riesgo permitido o por la adecuación social, dando así la relevancia que merece a la acción típica, suponen, en mi

¹³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 162 ss.

¹³⁷ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 273 ss.

opinión, un gran avance frente a aquellas que reconducen todos los problemas a la imputación objetiva del resultado. Y también presentan ventajas frente a aquellas otras que definen un tipo objetivo excesivamente amplio y recortan únicamente el tipo subjetivo mediante el riesgo permitido. Sin embargo, siguen presentando inconvenientes. El empeño en mantener un tipo objetivo que refleje la valoración de la conducta y que sea idéntico para el delito doloso y el delito imprudente conlleva numerosos problemas, tanto en el primero, como en el segundo, que con frecuencia se ve luego limitado en supuestos en los que se niega a la evitabilidad porque en realidad no hay un deber de evitar ese tipo objetivo, ya que se considera un riesgo permitido.

Sin embargo, desde el punto de partida común de la relevancia del injusto de acción podemos llegar a muchos más acuerdos de los que en principio pareciera. Pero creo innecesario ese primer filtro de valoración pretendidamente común que luego se corrige por la puerta de atrás. En cambio, estimo que el riesgo permitido, aplicable sólo al delito imprudente (llamaré adecuación social, por contra, a la aceptación como adecuada de la propia lesión -consumo- del bien jurídico en los delitos dolosos), limita el tipo penal al reducir ya la materia de la prohibición. Pero esto implica aceptar que el tipo, en sus aspectos tanto objetivos como subjetivos (estos últimos concurrentes solo en el delito doloso), es distinto para cada una de estas categorías delictivas¹³⁸.

La norma prescripción¹³⁹, puesto que tiene que poder definir la conducta prohibida antes de su realización, puede tener dos formas: o se define la acción apelando a una determinada peligrosidad *ex ante* (delito imprudente) o bien a la dirección consciente del curso causal hacia el resultado (delito doloso¹⁴⁰).

Por supuesto, una vez que admitimos el dolo eventual, estamos reduciendo también normativamente el tipo objetivo del delito doloso. Los argumentos de la «dominabilidad del curso causal», esgrimidos desde el finalismo para explicar la ausencia de tipicidad de ejemplos como el del sobrino que recomienda a su tío viajar en avión, exigen incluir ya en el tipo objetivo exclusivamente un curso causal «dominable»¹⁴¹. Y, ciertamente, solo la conciencia y voluntad de realizar ese curso casual típico (el dominable) será dolo. Pero lo «dominable» no es lo mismo que el riesgo no permitido. No se define, desde luego, mediante grados de probabilidad, sino más bien a partir de la clase de peligros o de factores causales representados¹⁴². Por supuesto, es

¹³⁸ HIRSCH, «Acerca de la crítica al “finalismo”», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (58-1), 2005, p. 23.

¹³⁹ Sobre la distinción entre norma comunicación y norma prescripción MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 569 ss.; GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 53 ss.

¹⁴⁰ Y este es el único motivo que lleva a incluir el dolo en lo injusto de los delitos dolosos, que es una de las dos formas de describir la conducta prohibida y por ello queda ya incluido en la norma promulgada, y no consideraciones sobre la norma de determinación como comunicación, es decir, sobre los requisitos derivados de la pretensión motivadora de la norma. Sobre ello con mayor detalle GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 43-80.

¹⁴¹ Como señala HIRSCH, *ADPCP*, (58-1), 2005, p. 22, que el dolo falte en los supuestos del sobrino que recomienda a su tío viajar en avión o del que envía a otro al bosque en la tormenta, no es sino una consecuencia de los déficits que se producen ya en el plano objetivo.

¹⁴² Me sitúo, por tanto, más cerca, sin que de momento ninguna me parezca completamente convincente –GIL GIL, «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (15), 2005, pp. 112 ss.–, de las concepciones que pretenden distinguir la culpa consciente del dolo eventual aludiendo no meramente a la magnitud del peligro, sino a la clase del peligro representado, como la de HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikte und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten», *JuristenZeitung*, 1988, p. 641, para quien el dolo es la representación de un peligro cubierto y la culpa consciente la representación de un peligro no cubierto, o PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, pp. 36 ss. Pero resulta evidente que esta normativización de la diferencia entre ambas categorías lleva necesariamente a variar el tipo objetivo, ya que el dolo no es otra cosa, según las mismas, que la conciencia de los elementos objetivos. Personalmente creo que falta además en estas posturas la idea de dominio o dominabilidad ligada a la capacidad de lesión y de evitación.

necesario un desarrollo desde el finalismo de lo que se considera «dominable» y «evitable»¹⁴³. Y quizás de esta manera lleguemos también a un acercamiento a las posturas de la imputación objetiva, si estas se abren también a esta exploración.

Mi propuesta es, por tanto, volver a un concepto de injusto como contradicción objetiva de la conducta con el contenido de la norma de determinación (norma promulgada o norma prescripción), reconociendo simultáneamente el diferente contenido de las normas que prohíben comportamientos dolosos y las que prohíben comportamientos imprudentes y destacando la función que para el fin preventivo general positivo cumple la categoría de lo injusto, al señalar, para la generalidad, las valoraciones jurídicas sobre las conductas y sobre los bienes subyacentes a las normas.

Precisamente esta función preventivo general positiva, que solo puede cumplirse mediante normas de determinación de conductas pero que a la vez destaca la necesidad de contar con las valoraciones, es lo que lleva a que esas valoraciones hayan tenido que pasar por el filtro del contenido posible de la norma de determinación¹⁴⁴.

11. Bibliografía

BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990.

BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Manz, Wien, 1974.

BURKHARDT, «Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”», en WOLTER/FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 153-192.

CANCIO MELIÁ, «Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva», en VV.AA., *El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 211-228.

———, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1998.

———, «La teoría de la adecuación social en Welzel», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (46-2), 1993, pp. 697-730.

CEREZO MIR, *Obras completas*, t. I, Ara, Lima, 2006.

———, *Curso de Derecho penal español*, t. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

También, por ejemplo, la postura de RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999. pp. 472-473, que imputa el dolo conforme a la valoración social de una conducta como «especialmente apta para la producción de un resultado lesivo», supone una distinción de esta clase de conductas ya en sus aspectos objetivos, como pertenecientes al tipo (objetivo) del delito doloso. Mis críticas a la posición de RAGUÉS I VALLÈS pueden verse en GIL GIL, *RDPC*, (15), 2005, p. 109 ss.

¹⁴³ En desarrollo de la doctrina de la «finalidad de evitación» de KAUFMANN, «Der dolus eventualis im Deliktstaufbau», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (70-1), 1958, pp. 64 ss.

¹⁴⁴ Con mayor detalle GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 404 ss.

———, «El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (12-3), 1959, pp. 561-572.

CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2005.

DE VICENTE REMESAL, «El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (23), 2021, pp. 1-62.

ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Scientia Verlag, Aalen, 1995 (Reimpresión de la edición: Liebmann, Berlin, 1930).

EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Deuticke, Leipzig, 1910.

FEIJOO, *Resultado lesivo e imprudencia*, Bosch, Barcelona, 2001.

FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2005.

———, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C.F. Müller, Heidelberg, 1988 (=Comportamiento típico e imputación del resultado, trad. por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2004).

———, «Delito y sistema del delito», en WOLTER/FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 193-280.

———, «La imputación objetiva: estado de la cuestión», en VV.AA., *Sobre el estado de la teoría del delito*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, pp. 19-68.

GIL GIL, «Sistemas de armas autónomos letales. Comentario a la posición española, con especial atención a algunos problemas jurídico-penales», *Revista General de Derecho Penal*, (38), 2022, pp. 1-50.

———, *El delito imprudente: fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona, 2007.

———, «¿Es posible y conveniente una justificación meramente objetiva?», *Revista de Derecho Penal*, (2), 2006, pp. 87-125.

———, «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (15), 2005, pp. 95-153.

———, «Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», *Revista de derecho penal*, (1), 2002, pp. 29-54.

———, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002.

GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho penal: parte general*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015.

GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999.

———, «Causalidad, omisión e imprudencia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (47-3), 1994, pp. 5-60.

———, «Recensión a Roxin», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1964, (17-3), pp. 548-553.

HAVA GARCÍA, «Responsabilidad penal por mala praxis médica», *Revista de derecho penal*, (1), 2002, pp. 77-114.

HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikte und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten», *JuristenZeitung*, (43-12), 1988, pp. 573-579.

HIRSCH, «Acerca de la crítica al “finalismo”», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (58-1), 2005, pp. 5-28.

———, «Sobre lo injusto del delito imprudente», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (16), 2005, pp. 207-231.

———, *Derecho penal, Obras completas*, t. III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.

———, «Acerca de la teoría de la imputación objetiva», en *Derecho penal, Obras completas*, t. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, pp. 37-64.

———, «Soziale Adäquanz und Unrechtslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (74), 1962, pp. 78-135.

JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra, Lima, 2000.

———, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin, 1991, (=Derecho penal Parte general, trad. por Cuello Contreras/Serrano González De Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995).

———, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, De Gruyter, Berlin, 1972.

KAUFMANN, «Der Dolus eventualis ins Deltiktsaufbau: Die Auswirkungen der Handlungs und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (70-1), 1958 (= «El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo», trad. por Suárez Montes, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, [13-2], 1960, pp. 185-206).

KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsgematik*, Duncker & Humblot Duncker & Humblot, Berlin, 1990.

———, «Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt», en VV.AA., *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18 Februar 1987*, De Gruyter, Berlin, 1987, pp. 247 ss.

MARAVÉR GÓMEZ, «Riesgo permitido por legitimación histórica», en VV.AA., *El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 207-237.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, EDERSA, Madrid, 1992.

MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001.

NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Mohr, Tübingen, 1951.

PANTALEÓN DÍAZ, «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (75), 2022, pp. 589 ss.

PAREDES CASTAÑÓN, «La accesoriedad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales», en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 621-684.

———, *El riesgo permitido en Derecho penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Müller, Heidelberg, 1992.

QUINTERO OLIVARES, «La robótica ante el Derecho penal: El vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, (1), 2017, pp. 1-23.

RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva*, Temis, Bogotá, 1996.

ROMEO CASABONA, «Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal», en VV.AA., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 77-106.

ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2006.

———, *Derecho penal, Parte General*, t. I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

———, *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976.

RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *Juristische Schulung*, 1969, pp. 549 ss.

RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bosch, Barcelona, 2001.

SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

———, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

SANZ MORÁN, «Recensión a Jesús-María Silva Sánchez, El riesgo permitido en el Derecho penal económico», *InDret*, (2), 2023.

SCHÜNEMANN, «Objektivierung von Vorsatz und Schuld, Diskussion im Anschluß an den Vortrag von Prof. Dr. Schünemann», *Chengchi Law Review*, (50), 1994, pp. 259-299.

———, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, pp. 787 ss.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022.

———, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 559-575.

———, «La responsabilidad penal por contagio hospitalario», *DS: Derecho y salud*, (8-1), 2000, pp. 47-57.

———, «Problemas del tipo de omisión del deber de socorro», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 561 ss.

———, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 451 ss.

———, «Aberratio ictus e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (37-2), 1984, pp. 347-386.

STRUENSEE, «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», *JuristenZeitung*, 1987 (= «El tipo subjetivo del delito imprudente», trad. por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-2), 1987, pp. 423 ss.).

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, (3), 2016.

ULSENHEIMER, «Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte», *JuristenZeitung*, (24), 1969, pp. 364-369.

———, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Röhrscheid, Bonn, 1965.

VON BAR, *Die Lehre vom Causazusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, Leipzig, 1871.

WEIDEMANN, «Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1984, pp. 408 ss.

WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción y notas de José CEREZO MIR a la 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1964; existe también edición argentina de B de F, Buenos Aires, 2001.

———, «Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen», *JuristenZeitung*, (11), 1956, pp. 316-317.

———, *Das neue Bild des Strafrechtssystems: eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 2ª ed., Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1952.

———, «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (58), 1939, pp. 35 ss.

WOLTER, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pp. 65 ss.

———, «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*», en VV.AA., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 108-133.

———, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981.

ZIELINSKI, «§§ 15-16», en ALBRECHT *et al.* (eds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch (in der „Reihe Alternativkommentare“)*, t. I, Luchterhand, Neuwied-Darmstadt, 1990, (=Dolo e imprudencia, trad. por Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2003).

La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa a la luz de los avances de los sistemas de Inteligencia Artificial

Sumario

En este trabajo nos proponemos analizar el papel que desempeña la Inteligencia Artificial en la definición del deber objetivo de cuidado en la realización de una actividad médico-quirúrgica curativa, aspecto que es imprescindible tratar previamente para poder afirmar la creación de un riesgo típicamente desaprobado que permite definir la existencia de un desvalor de la acción en el delito imprudente. Las cuestiones que se abordan en este contexto son diversas: ¿cómo influyen los sistemas de Inteligencia Artificial en la determinación del deber objetivo de cuidado en una intervención médico-quirúrgica curativa?; ¿los sistemas de Inteligencia Artificial pueden reemplazar el juicio clínico del personal facultativo?; ¿debe responder el personal sanitario de los errores de la Inteligencia Artificial cuando ha adoptado una decisión con base en la información proporcionada por ella misma? La respuesta a estos interrogantes nos ha conducido a la revisión del alcance del límite social de los medios y modos de ejecución de las actividades médico-quirúrgicas curativas en el marco del desarrollo actual de la Inteligencia Artificial, con la finalidad de implementar sus tecnologías de una manera responsable y con un equilibrio necesario entre la innovación tecnológica y la seguridad del paciente.

Abstract

In this paper we aim to analyze the role that Artificial Intelligence plays in defining the objective duty of care in the framework of the healing medical-surgical activity. This aspect must be previously considered to establish the creation of a non-approved risk that allows for the identification of the existence of a wrongful action in negligent offences. Various issues are addressed in this context: How do Artificial Intelligence systems influence the determination of the objective duty of care in a healing medical-surgical intervention? Can Artificial Intelligence systems replace the clinical judgment of healthcare professionals? Should healthcare personnel be held accountable for the errors of Artificial Intelligence when they have made a decision based on the information provided by it? Addressing these questions has led us to review the scope of the social limit of the means and methods used in the execution of healing medical-surgical activities within the framework of the current development of Artificial Intelligence, with the aim of responsibly implementing its technologies while achieving a necessary balance between technological innovation and patient safety.

Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag beabsichtigt, die Rolle der Künstlichen Intelligenz bei der Konkretisierung der objektiven Sorgfaltspflicht im Bereich des ärztlichen Heileingriffes zu analysieren. Hierbei handelt es sich um eine Frage, die unumgänglich behandelt werden muss, um in der Lage zu sein, das Vorliegen eines unerlaubten Risikos feststellen zu können. Die in diesem Kontext behandelte Fragen sind vielfältig: Wie beeinflussen die Systeme der Künstlichen Intelligenz die Bestimmung der objektiven Sorgfaltspflicht bei einem heilenden medizinisch-chirurgischen Eingriff? Können die Systeme der Künstlichen Intelligenz das klinische Urteil des medizinischen Personals ersetzen? Sollte das medizinische Personal für Fehler der Künstlichen Intelligenz verantwortlich gemacht werden, wenn es eine Entscheidung auf Grundlage der von ihr bereitgestellten

Informationen getroffen hat? Die Beantwortung dieser Fragen führt zu der Überprüfung des Umfangs der sozialen Grenzen der Mittel und Methoden der Durchführung heilender medizinisch-chirurgischer Tätigkeiten im Rahmen der aktuellen Entwicklung der Künstlichen Intelligenz. Diese Überprüfung hat das Ziel, die KI-Technologien verantwortungsvoll und mit einem notwendigen Gleichgewicht zwischen technologischer Innovation und Patientensicherheit einzusetzen.

Title: *The determination of the objective duty of care in the framework of the healing medical-surgical activity considering advances in Artificial Intelligence systems*

Titel: *Die Konkretisierung der objektiven Sorgfaltspflicht im Bereich des ärztlichen Heileingriffes im Lichte der Fortschritte der Künstlichen Intelligenzsysteme*

-

Palabras clave: Delito imprudente, adecuación social, riesgo permitido, deber objetivo de cuidado, Inteligencia Artificial

Keywords: *Negligent offence, social adequacy, permitted risk, objective duty of care, Artificial Intelligence*

Stichwörter: *Das Fahrlässigkeitsdelikt, Sozialadäquanz, erlaubtes Risiko, objektive Sorgfaltspflicht, Künstlichen Intelligenz*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.06

-

InDret

1.2025

Recepción
23/04/2024

-

Aceptación
12/06/2024

-

Índice

-

1. *Introducción*
2. *Los sistemas de inteligencia artificial: características generales y su aplicación en la praxis médico-quirúrgica curativa*
3. *La incorporación de los sistemas de inteligencia artificial en la determinación del deber objetivo de cuidado en la actividad médico-quirúrgica*
 - 3.1. El conocimiento nomológico y el conocimiento experimental del personal facultativo en la determinación del deber objetivo de cuidado
 - 3.2. La supervisión humana como elemento consustancial en la definición del deber objetivo de cuidado: primer análisis
 - 3.3. La ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es, lo atípico) y lo no soportable (esto es, lo típico) por el orden social en la actividad médico-quirúrgica. La supervisión humana como elemento consustancial en la definición del deber objetivo de cuidado: segundo análisis
 - 3.4. El límite social de los medios y modos de ejecución de una acción finalista en la actividad médico-quirúrgica
 - 3.5. Criterios que fundamentan en la ponderación de intereses la medida de lo tolerable. Necesidad de una regulación específica acerca de la utilización de herramientas de IA en la praxis médico-quirúrgica curativa
 - 3.6. La capacidad individual — excepcional o superior e inferior— del personal facultativo
4. *Los sistemas de inteligencia artificial y el recurso a la persona inteligente y sensata en la determinación del deber objetivo de cuidado en la actividad médico-quirúrgica: una llamada a la racionalidad de la experiencia*
5. *Bibliografía*

-

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

1. Introducción*

En un trabajo anterior profundicé en la dificultad que plantea la concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa, entre otras cuestiones, en el marco de la evolución de la Medicina con una progresiva tecnificación¹. Del médico intuitivo, habilidoso e individualista hemos pasado al técnico experto integrado en una estructura sanitaria en su mayor parte hospitalaria, que es capaz de analizar y valorar datos más precisos y complejos sobre su paciente con la utilización de medios y procedimientos cada vez más eficaces y perfeccionados². La implantación de altas tecnologías en el ámbito médico-quirúrgico no ha tenido lugar sólo en el personal sanitario, sino también en los centros hospitalarios y en los pacientes³. Su objetivo es alcanzar una Medicina predictiva, personalizada, preventiva, participativa («Medicina 4P»), -y recientemente también poblacional («Medicina 5P»)-, de diagnóstico cada vez más riguroso y con una atención que gira en torno a las circunstancias del paciente concreto⁴. Para alcanzar dicho objetivo se requieren diversos elementos. Por una parte, la obtención de datos relativos a la salud de los pacientes, en particular, sobre su DNA, historia clínica y el entorno en el que han vivido, entre otros. Por otra parte, hay que añadir la capacidad de procesamiento de estos datos con el fin de extraer patrones que proporcionen al personal sanitario técnicas más eficaces en el diagnóstico, tratamiento, medicación, etc.⁵, patrones que serían difíciles de hallarse por la inteligencia humana. Por ejemplo, en el ámbito de la cardiopatía isquémica la Inteligencia Artificial (en adelante IA) tiene mucha relevancia para identificar perfiles de pacientes que se pueden beneficiar de pautas más largas o más cortas de doble antiagregación. El dilema clínico asociado al balance isquémico-hemorrágico, en cuanto a la decisión del tipo y duración de la doble antiagregación que supone un gran quebradero de cabeza para el cardiólogo clínico, podría ser fácilmente sustituido por estos algoritmos, que convertirían toda la información procedente de las redes neuronales en un consejo hacia el cardiólogo en

* Autora de contacto: M^a Ángeles Rueda Martín (marueda@unizar.es). Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «El Derecho penal ante los retos actuales de la biomedicina», número de referencia PID2022-136743OB-I00, Proyectos de Generación de Conocimiento 2022, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN), la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y la Unión Europea-FEDER Una manera de hacer Europa, cuyos IPs son los Dres. Asier Urruela Mora y Emilio Armaza Armaza. Asimismo, desarrolla uno de los objetivos de investigación del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, reconocido como grupo de investigación de referencia por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón (BOA 28/04/2023).

¹ Véase RUEDA MARTÍN, «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa», *InDret*, (4), 2009, pp. 1 ss.

² Véase ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, pp. 198-199; EL MISMO, «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas», en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, pp. 172-173. Véanse también al respecto RUEDA MARTÍN, *InDret*, (4), 2009, pp. 1 ss.; PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un método di giudizio*, 2020, pp. 113 ss.

³ Véase NAVAS NAVARRO, «Salud electrónica e inteligencia artificial», en NAVAS NAVARRO (dir.), *Salud e inteligencia artificial desde el Derecho privado: con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-19)*, 2021, p. 10.

⁴ Véanse HOOD/FRIEND, «Predictive, personalized, preventive, participatory (P4) cancer medicine», *Nature Reviews Clinical Oncology*, (8-3), 2011, pp. 184-187; RUIZ/VELÁSQUEZ, «Inteligencia artificial al servicio de la salud del futuro», *Revista Médica Clínica Las Condes*, (34), 2023, p. 85; NAVAS NAVARRO, en NAVAS NAVARRO (dir.), *Salud e inteligencia artificial desde el Derecho privado*, 2021, p. 5.

⁵ Véanse RUIZ/VELÁSQUEZ, *Revista Médica Clínica Las Condes*, (34), 2023, p. 85; INGLADA GALIANA/CORRAL GUDINO/MIRAMONTES GONZÁLEZ, «Ética e inteligencia artificial», *Revista Clínica Española*, (3), 2024, pp. 182 ss.

cuanto a la duración óptima de la terapia antiagregante⁶. O para la predicción del ictus isquémico y del ictus hemorrágico las «redes neuronales superficiales» –Artificial Neural Network (en adelante ANN)– proporcionan un modelo matemático efectivo con un enfoque computacional de conexión para el procesamiento y la predicción de la información, que utiliza los parámetros del respectivo paciente, como la edad, el sexo y la gravedad de su accidente cerebrovascular anterior, junto con el tiempo de tratamiento⁷. Con carácter general, en el ámbito sanitario, los sistemas de IA se aplican en el diagnóstico asistido por imágenes médicas, como rayos X, resonancias magnéticas (MRI) y tomografías computarizadas (CT), para detectar condiciones como cáncer, fracturas, enfermedades cardíacas, etc.; o por análisis de patología con herramientas que ayudan a identificar patrones en muestras de tejido, mejorando la precisión en la detección de enfermedades como el cáncer. También se aplican en la robótica con cirugía asistida por robots que permiten una mayor precisión y técnicas menos invasivas, sin olvidar que los algoritmos de IA facilitan el descubrimiento de nuevos fármacos y la personalización de terapias basadas en la genética del paciente. La aplicación de esta «Medicina 5P» conlleva una nueva forma de llevar a cabo el seguimiento del proceso asistencial, más tecnificado y personalizado de forma permanente, optimizando el tratamiento y pudiendo corregir posibles alteraciones de manera rápida y basada en datos precisos, lo que aporta, sin duda, beneficios para preservar o mejorar la salud de los pacientes al poner de manifiesto dinámicas o procesos que rigen las funciones del cuerpo humano o variables que explican cómo operan según las características de las personas, u ofreciendo tendencias y detectando señales que pueden llevar al profesional sanitario a actuar de manera preventiva brindando una atención integral a su paciente.

Sin embargo, no debemos desconocer que esta alta tecnología puede implicar también riesgos para la salud de los pacientes⁸. La doctrina científica se ha interesado en el impacto de las altas tecnologías, en particular, la IA en la atribución de responsabilidad cuando se produce un error derivado de su uso con la consiguiente producción de un resultado lesivo⁹. En esta investigación nos proponemos indagar sobre el papel que desempeña la IA en la determinación del deber objetivo de cuidado en la praxis médico-quirúrgica curativa, cuando se involucran bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal y salud de una forma consustancial en la

⁶ Véanse expresamente RAPOSEIRAS ROUBÍN/ÍÑIGUEZ ROMO, «Aplicaciones de la IA en el ámbito cardiovascular», *Inteligencia Artificial en el campo de la Salud. Un nuevo paradigma: aspectos clínicos, éticos y legales*, 2021, p. 305.

⁷ Véanse FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ/BARÓN LÓPEZ, «IA en neurología: aplicación en el diagnóstico y la predicción de patologías neurológicas», *Inteligencia Artificial en el campo de la Salud. Un nuevo paradigma: aspectos clínicos, éticos y legales*, 2021, p. 285.

⁸ Véase PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, 2020, pp. 114 ss.

⁹ Véanse ROMEO CASABONA, «La discusión sobre la atribución de responsabilidad penal a sistemas de inteligencia artificial, en particular a sistemas autónomos», en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial*, v. II, 2023, pp. 57 ss.; PERIN, «La “inteligencia artificial” en la justicia penal ante el principio de responsabilidad personal», en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial*, v. II, 2023, pp. 85 ss.; MORILLAS FERNÁNDEZ, «Implicaciones de la inteligencia artificial en el ámbito del Derecho penal», en PERIS RIERA/MASSARO (coords.), *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias*, 2023, pp. 73 ss.; DEL ROSAL BLASCO, «¿El modelo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los daños punibles derivados del uso de la inteligencia artificial?», *Revista de responsabilidad penal de personas jurídicas y compliance*, (2), 2023, pp. 12 ss.

Con carácter general, PAULI, *Künstliche Intelligenz und Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht. Zur Notwendigkeit der Einführung eines speziellen Gefährdungshaftungstatbestands*, 2023, pp. 135 ss., concluye que constituye una tarea del legislador regular el desarrollo de los sistemas de IA, ofreciendo una respuesta a los fallos ocasionados por la falta de transparencia inherente a la técnica de aprendizaje de los sistemas de IA. A su juicio, el legislador tiene que establecer un régimen de responsabilidad adecuado basado en la responsabilidad por el riesgo en Derecho público.

consecución de los fines curativos propios de dicha praxis¹⁰, cuya infracción constituye un aspecto imprescindible para poder afirmar la existencia de un desvalor de la acción a efectos de dilucidar una hipotética responsabilidad por imprudencia de los profesionales sanitarios. Las preguntas que se plantean en este contexto son diversas: ¿cómo influyen los sistemas de IA en la determinación del deber objetivo de cuidado en una intervención médico-quirúrgica curativa?; ¿los sistemas de IA pueden reemplazar el juicio clínico del personal facultativo?; ¿debe responder el personal sanitario de los errores de la IA cuando ha adoptado una decisión con base en la información proporcionada por ella misma? La respuesta a estos interrogantes conlleva revisar el alcance del límite social de los medios y modos de ejecución de las actividades médico-quirúrgicas curativas en el marco del desarrollo actual de la IA, con la finalidad de implementar tecnologías de IA de una manera responsable y con un equilibrio necesario entre la innovación tecnológica y la seguridad del paciente. Para ello, en primer lugar, nos aproximaremos al concepto de la IA en la praxis médico-quirúrgica curativa para determinar sus características.

2. Los sistemas de inteligencia artificial: características generales y su aplicación en la praxis médico-quirúrgica curativa

La descripción de un sistema de IA para, posteriormente, valorar su aplicación en las actividades médico-quirúrgicas curativas constituye una tarea no exenta de notables dificultades en estos momentos, entre otros motivos, por la falta de un concepto normativo acordado, si bien es cierto que ya se ha aprobado la primera regulación en el mundo relacionada con la IA, el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (en adelante Reglamento de Inteligencia Artificial), y se modifican determinación actos legislativos de la Unión¹¹. Con carácter general, en su Considerando 12º se señalan tanto el concepto como las características básicas de los sistemas de IA: «resulta necesario definir con claridad el concepto de “sistema de IA” en el presente Reglamento y armonizarlo estrechamente con los trabajos de las organizaciones internacionales que se ocupan de la IA, a fin de garantizar la seguridad jurídica y facilitar la convergencia a escala internacional y una amplia aceptación, al mismo tiempo que se prevé la flexibilidad necesaria para dar cabida a los rápidos avances tecnológicos en este ámbito. Además, la definición debe basarse en las principales características de los sistemas de IA que los distinguen de los sistemas de software o los planteamientos de programación tradicionales y más sencillos, y no debe abarcar los sistemas basados en las normas definidas únicamente por personas físicas para ejecutar automáticamente operaciones. Una característica principal de los sistemas de IA es su capacidad de inferencia. Esta capacidad de inferencia se refiere al proceso de obtención de información de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos y virtuales, y a la capacidad de los sistemas de IA para deducir modelos o algoritmos a partir de información de entrada o datos. Las técnicas que permiten la inferencia al construir un sistema de IA incluyen estrategias de aprendizaje automático que aprenden de los datos cómo alcanzar determinados objetivos y estrategias basadas en la lógica y el conocimiento que infieren a partir de conocimientos codificados o de una representación simbólica de la tarea que debe resolverse. La capacidad de inferencia de un sistema de IA trasciende el tratamiento básico de datos y

¹⁰ En el presente trabajo no nos vamos a detener en cómo influye en la determinación del cuidado objetivamente debido, el trabajo en equipo y el trabajo integrado mediante la distribución de funciones entre los diferentes profesionales sanitarios que pueden intervenir en el tratamiento de un paciente, porque esta característica plantea una problemática que merece un estudio autónomo.

¹¹ Publicado en el DOUE núm. 1689, de 12 de julio de 2024, con la referencia DOUE-L-2024-81079.

permite el aprendizaje, el razonamiento o la modelización. El término “basado en una máquina” se refiere al hecho de que los sistemas de IA se ejecutan en máquinas. La referencia a objetivos explícitos o implícitos subraya que los sistemas de IA pueden funcionar con arreglo a objetivos definidos explícitos o a objetivos implícitos. Los objetivos del sistema de IA pueden ser diferentes de la finalidad prevista del sistema de IA en un contexto específico. A los efectos del presente Reglamento, debe entenderse por entornos los contextos en los que funcionan los sistemas de IA, mientras que la información de salida generada por el sistema de IA refleja las distintas funciones desempeñadas por los sistemas de IA e incluye predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones. Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con distintos niveles de autonomía, lo que significa que pueden actuar con cierto grado de independencia con respecto a la actuación humana y tienen ciertas capacidades para funcionar sin intervención humana. La capacidad de adaptación que un sistema de IA podría mostrar tras su despliegue se refiere a las capacidades de autoaprendizaje que permiten al sistema cambiar mientras está en uso. Los sistemas de IA pueden utilizarse de manera independiente o como componentes de un producto, con independencia de si el sistema forma parte físicamente del producto (integrado) o contribuye a la funcionalidad del producto sin formar parte de él (no integrado)».

Asimismo, en el artículo 3 del Reglamento de Inteligencia Artificial se contemplan un conjunto de definiciones que son objeto de nuestro interés. Un sistema de IA es (1) «un sistema basado en una máquina diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía, que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar información de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos o virtuales». El riesgo (2) se define como «la combinación de la probabilidad de que se produzca un perjuicio y la gravedad de dicho perjuicio». La «finalidad prevista» (12) es «el uso para el que un proveedor concibe un sistema de IA, incluidos el contexto y las condiciones de uso concretos, según la información facilitada por el proveedor en las instrucciones de uso, los materiales y las declaraciones de promoción y venta, y la documentación técnica». Un «uso indebido razonablemente previsible» (13) es «la utilización de un sistema de IA de un modo que no corresponde a su finalidad prevista, pero que puede derivarse de un comportamiento humano o una interacción con otros sistemas, incluidos otros sistemas de IA, razonablemente previsible». Un modelo de IA «de uso general» se conceptúa como (63) «un modelo de IA, también uno entrenado con un gran volumen de datos utilizando la autosupervisión a gran escala, que presenta un grado considerable de generalidad y es capaz de realizar de manera competente una gran variedad de tareas distintas, independientemente de la manera en que el modelo se introduzca en el mercado, y que puede integrarse en diversos sistemas o aplicaciones posteriores, excepto los modelos de IA que se utilizan para actividades de investigación, desarrollo o creación de prototipos antes de su comercialización». Un sistema de IA «de uso general» se define como (66) «un sistema de IA basado en un modelo de IA de uso general y que puede servir para diversos fines, tanto para su uso directo como para su integración en otros sistemas de IA». De conformidad con esta regulación podemos concluir que los sistemas de IA¹²:

- 1) funcionan en máquinas;

¹² Véase al respecto, con carácter general, NAVAS NAVARRO, en NAVAS NAVARRO (dir.), *Salud e inteligencia artificial desde el Derecho privado*, 2021, pp. 7-8. Véanse también las definiciones proporcionadas por MORILLAS FERNÁNDEZ, en PERIS RIERA/MASSARO (coords.), *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias*, 2023, pp. 59 ss.

- 2) a partir de entradas/datos tienen capacidad para, por una parte, inferir predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos y virtuales; y, por otra parte, tienen capacidad para derivar modelos y/o algoritmos;
- 3) ejecutan sus tareas con distintos niveles de autonomía sin que sea precisa la intervención humana en los niveles más altos;
- 4) son sistemas complejos;
- 5) aprenden constantemente del entorno y se adaptan a él analizando un número cada vez mayor de datos; y
- 6) toman decisiones o proponen actuaciones que quedan fuera de la capacidad de previsión del ser humano.

Por otra parte, en el artículo 6 del Reglamento de Inteligencia Artificial se establece que: «1. Con independencia de si se ha introducido en el mercado o se ha puesto en servicio sin estar integrado en los productos que se mencionan en las letras a) y b), un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación: a) que el sistema de IA esté destinado a ser utilizado como componente de seguridad de un producto que entre en el ámbito de aplicación de los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, o que el propio sistema de IA sea uno de dichos productos; y b) que el producto del que el sistema de IA sea componente de seguridad con arreglo a la letra a), o el propio sistema de IA como producto, deba someterse a una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio con arreglo a los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I. 2. Además de los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el apartado 1, también se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA contemplados en el anexo III. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, un sistema de IA no se considerará de alto riesgo si no plantea un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, en particular al no influir sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones. Así será cuando se cumplan una o varias de las condiciones siguientes: a) que el sistema de IA tenga por objeto llevar a cabo una tarea de procedimiento limitada; b) que el sistema de IA tenga por objeto mejorar el resultado de una actividad humana previamente realizada; c) que el sistema de IA tenga por objeto detectar patrones de toma de decisiones o desviaciones con respecto a patrones de toma de decisiones anteriores y no esté destinado a sustituir la evaluación humana previamente realizada sin una revisión humana adecuada, ni a influir en ella; o d) que el sistema de IA tenga por objeto llevar a cabo una tarea preparatoria para una evaluación pertinente a efectos de los casos de uso enumerados en el anexo III. No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, los sistemas de IA a que se refiere el anexo III siempre se considerarán de alto riesgo cuando el sistema de IA lleve a cabo la elaboración de perfiles de personas físicas. 4. El proveedor que considere que un sistema de IA contemplado en el anexo III no es de alto riesgo documentará su evaluación antes de que dicho sistema sea introducido en el mercado o puesto en servicio. Dicho proveedor estará sujeto a la obligación de registro establecida en el artículo 49, apartado 2. A petición de las autoridades nacionales competentes, el proveedor facilitará la documentación de la evaluación. 5. La Comisión, previa consulta al Comité Europeo de Inteligencia Artificial (en lo sucesivo, el «Comité»), y a más tardar el... [dieciocho meses a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento], dará directrices que especifiquen la aplicación práctica del presente artículo en consonancia con el artículo 96, junto con una lista exhaustiva de ejemplos prácticos de casos de uso de sistemas de IA que sean de alto riesgo y que no sean de alto riesgo. 6. La Comisión adoptará actos delegados con arreglo al artículo 97 para modificar las condiciones establecidas en el apartado 3, párrafo primero, del presente artículo. La Comisión podrá adoptar actos delegados con arreglo al artículo 97 con el fin de añadir nuevas condiciones a las

establecidas en el apartado 3, párrafo primero, o de modificarlas, únicamente cuando existan pruebas concretas y fiables de la existencia de sistemas de IA que entren en el ámbito de aplicación del anexo III, pero que no planteen un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas. La Comisión adoptará actos delegados con arreglo al artículo 97 con el fin de suprimir cualquiera de las condiciones establecidas en el apartado 3, párrafo primero, cuando existan pruebas concretas y fiables de que es necesario para mantener el nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales en la Unión. Ninguna modificación de las condiciones establecidas en el apartado 3, párrafo primero, reducirá el nivel global de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales en la Unión. Al adoptar los actos delegados, la Comisión velará por la coherencia con los actos delegados adoptados con arreglo al artículo 7, apartado 1, y tendrá en cuenta la evolución tecnológica y del mercado». Además, en el anexo III del Reglamento se prevé una lista ad hoc de sistemas de IA de alto riesgo que con arreglo al artículo 6, apartado 2, formen parte de cualquiera de los ámbitos siguientes: 1) biometría, 2) infraestructuras críticas, 3) educación y formación profesional, 4) empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo, 5) acceso a servicios privados esenciales y a servicios y prestaciones públicos esenciales y disfrute de estos servicios y prestaciones, 6) sistemas de IA en la medida en que su uso esté permitido por el Derecho de la Unión o nacional aplicable, 7) migración, asilo y gestión del control fronterizo, en la medida en que su uso esté permitido por el Derecho de la Unión o nacional aplicable y 8) administración de justicia y procesos democráticos.

Entre la legislación recogida en el anexo I al que alude el artículo 6, apartado 1, encontramos el Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) n.º 178/2002 y el Reglamento (CE) n.º 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo; y el Reglamento (UE) 2017/746 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios para diagnóstico in vitro y por el que se derogan la Directiva 98/79/CE y la Decisión 2010/227/UE de la Comisión. Como bien concluye LAZCOZ MORATINOS, ello se traduce en que los productos sanitarios regulados por el sistema previsto en el Reglamento (UE) 2017/745 y en el Reglamento (UE) 2017/746 son clasificados como de alto riesgo por el Reglamento de Inteligencia Artificial o, lo que es lo mismo, que el ámbito de aplicación de dichos Reglamentos para los programas informáticos coincide con el ámbito de aplicación de los sistemas de IA sanitarios de alto riesgo en el Reglamento de Inteligencia Artificial, siempre que el correspondiente programa informático cumpla con la definición de sistema de IA¹³. También subraya este autor, con razón, que la relación entre el 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) y el Reglamento de Inteligencia Artificial es notoria, en tanto el desarrollo y la utilización de sistemas de IA implicarán en muchos casos el tratamiento de datos personales en sistemas de IA que elaboran perfiles sobre el estado de salud de personas físicas y, por tanto, conllevarán un tratamiento de datos personales, por lo que la coincidencia es total¹⁴.

¹³ Véase LAZCOZ MORATINOS, «Sistemas de inteligencia artificial en la asistencia sanitaria: cómo garantizar la supervisión humana desde la normativa de protección de datos», *Premio de Investigación en Protección de Datos Personales “Emilio Aced”*, 2022, Agencia Española de Protección de Datos, disponible en <https://www.aepd.es/documento/premio-emilio-aced-2022-guillermo-lazcoz.pdf>, pp. 52-53.

¹⁴ Véase LAZCOZ MORATINOS, «Sistemas de inteligencia artificial en la asistencia sanitaria: cómo garantizar la supervisión humana desde la normativa de protección de datos», *Premio de Investigación en Protección de Datos Personales “Emilio Aced”*, 2022, Agencia Española de Protección de Datos, p. 53.

La pregunta que seguidamente debemos abordar es el papel que desempeña la conducta humana en estos procesos de generación del conocimiento a través de sistemas de IA. Al respecto, siguiendo a ÁVILA-TOMÁS/MAYER-PUJADAS/QUESADA-VARELA en relación con los dos métodos que permiten el aprendizaje de una máquina, podemos señalar que en el «aprendizaje con datos supervisados» se requiere la participación de un humano para determinar las relaciones correctas e incorrectas que adquiere la máquina. Por lo tanto, «la función del humano es etiquetar y categorizar los datos de entrada y establecer un algoritmo de toma de decisiones para generar las diferentes salidas. Con el suficiente entrenamiento, la máquina será capaz de determinar la categoría de salida de un nuevo dato de entrada». Sin embargo, en el «aprendizaje automático o *machine learning*» se dota de experiencia a la máquina, de modo que es ella misma, mediante una serie de normas lógicas iniciales, «la que es capaz de ir aprendiendo de manera independiente a partir de la experiencia que le proporcionan los datos y sin el concurso continuado de un humano. Para ello son necesarios algoritmos iniciales y un pequeño entrenamiento supervisado. Mientras que, en el aprendizaje supervisado, el conocimiento se hace explícito en forma de reglas, en la computación neuronal las ANN generan sus propias reglas aprendiendo de los ejemplos que se les muestran en la fase de entrenamiento. Una vez que las decisiones correctas alcanzan un número válido dentro del total de decisiones tomadas, conectamos este sistema inteligente a un sistema de big data para que esas experiencias afiancen los sistemas de toma de decisiones (aprendizaje)»¹⁵.

La lógica computacional de la IA en el ámbito de la Medicina, en estos momentos, se desarrolla a través de la utilización de grandes volúmenes de datos –incluso no estructurados a diferencia de los métodos estadísticos clásicos– y algoritmos en un contexto de gran incertidumbre e imprevisibilidad en sus resultados, y constituye una herramienta muy eficaz para que el personal facultativo diagnostique, trate o siga las patologías de cada paciente al proponer recomendaciones, analizar imágenes o distribuir recursos. Hay que aceptar, por ejemplo, que la IA puede hacer el trabajo que, en la actualidad, desempeñan patólogos y radiólogos en relación con el algoritmo de reconocimiento de imágenes¹⁶ en el que la tasa de acierto es lo suficientemente alta para mejorar el análisis que podría realizar este personal facultativo¹⁷. Pero como apuntan OBREGÓN FERNÁNDEZ/LAZCOZ MORATINOS los seres humanos inciden plenamente en los sistemas de IA ya que asignan a los sistemas de IA la consecución de unos objetivos finales, que se consiguen utilizando máquinas que ejecutan los sistemas de IA y/o enfoques basados en la lógica y el conocimiento siempre bajo la supervisión de los seres humanos. Los resultados obtenidos pueden ser contenido para sistemas generativos de IA (por ejemplo, texto, video o imágenes), predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyen en el entorno con el que interactúa el sistema, ya sea físico o digital. Así, la supervisión humana, que se dará en todo caso sobre todas las fases de vida del sistema, será más o menos acusada en función del riesgo en cuanto a la probabilidad de lesionar el bien jurídico protegido. No se trata, por tanto, de la simple presencia de un operador humano durante todo el ciclo de vida de la máquina, sino de una participación cualificada, siendo definida como significativa y/o efectiva. Este grado de supervisión se logra mediante la concurrencia de los siguientes elementos. En primer lugar, con

¹⁵ Véanse ÁVILA-TOMÁS/MAYER-PUJADAS/QUESADA-VARELA, «La inteligencia artificial y sus aplicaciones en medicina I: introducción, antecedentes a la IA y robótica», *Atención Primaria*, 2020, (52-10), p. 780.

¹⁶ Véase NAVAS NAVARRO, en NAVAS NAVARRO (dir.), *Salud e inteligencia artificial desde el Derecho privado*, 2021, p. 11. Véanse también KATZENMEIER, «Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin. Digitalisierung des Gesundheitswesens - Herausforderung des Rechts», *Medizinrecht*, (37), 2019, p. 270; DETTLING, «Künstliche Intelligenz und digitale Unterstützung ärztlicher Entscheidungen in Diagnostik und Therapie», *PharmR*, (633), 2019, pp. 633 ss.

¹⁷ Véase VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, 2021, p. 37.

la existencia de unos parámetros técnicos, integrados por el proveedor, que permita al usuario ejercer su supervisión humana tomando una serie de decisiones: no modificar los parámetros, modificarlos, suspender o e interrumpir la decisión automatizada. En segundo lugar, con la tenencia por parte del operador de conocimientos jurídicos, éticos, técnicos y específicos en función del ámbito en el que opere el sistema para conocer la previsibilidad del sistema, interpretar la información de salida del mismo, detectar los posibles errores e intervenir de forma adecuada en su funcionamiento. Finalmente, con la información endógena y exógena necesaria, así como con el tiempo mínimo para poder procesar los datos, deliberar y tomar una decisión. En conclusión, la toma de decisiones automatizadas por parte de sistemas de IA en ámbitos tan diversos como la Medicina, el acceso a protección social o la aplicación de la ley, ponen de relieve la urgencia de clarificar el contenido de la supervisión humana y su implementación¹⁸. La necesidad de introducir la supervisión humana en los sistemas de IA aplicados a la Medicina se ha expuesto, entre otros motivos, ante la preocupación que genera la toma de decisiones sobre la salud de las personas por la falta de transparencia, a nivel algorítmico, que supone para el ser humano la complejidad de los razonamientos y las conexiones de la lógica computacional de la IA, denominadas «cajas negras» o «black box»¹⁹. Las capacidades de procesamiento y predicción pueden conducir a un uso reprochable de los sistemas de IA si determinan la recepción de un tratamiento concreto dependiendo de la esperanza de vida²⁰. Algún autor, como LONDON, ha argumentado que en el ámbito médico si se cumplen ciertos requisitos empíricos estrictos se puede confiar en la lógica computacional de la IA²¹, si bien es cierto que parece imponerse la necesidad de evaluar la confiabilidad de los sistemas de IA en Medicina mediante la correspondiente regulación jurídica, que incida en la documentación y justificación de las elecciones técnicas que los profesionales han efectuado al diseñar dichos sistemas. Las elecciones técnicas que subyacen a un diseño algorítmico están determinadas por consideraciones cargadas de valores éticos/sociales/políticos y de preferencias, y hacer transparente el proceso de diseño significa ponerlos en un primer plano con la ayuda de disciplinas como la Filosofía de la Tecnología y la Filosofía de la Ciencia²².

A esta necesidad parece responder el artículo 14 del Reglamento de Inteligencia Artificial que regula la supervisión humana en los sistemas de IA: «1. Los sistemas de IA de alto riesgo se

¹⁸ Véanse OBREGÓN FERNÁNDEZ/LAZCOZ MORATINOS, «La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (42), 2021, pp. 23 ss. También ROMEO CASABONA, en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, cibercriminología e inteligencia artificial*, v. II, 2023, pp. 76 ss., 79 ss.

¹⁹ Véanse NICHOLSON, «Black-box medicine», *Harvard Journal of Law & Technology*, (28), 2014, p. 419; VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, 2021, pp. 107 ss.; TORRALBO MUÑOZ, «Posibles modificaciones en la imprudencia médica por la introducción de la IA. Un ejercicio de prognosis», *Revista Jurídica de Castilla y León*, (58), 2022, pp. 133 ss.

²⁰ Véase VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, 2021, p. 37.

²¹ Véase LONDON, «Artificial intelligence and black-box medical decisions: accuracy versus explainability», *Hastings Center Report*, (49), 2019, pp. 15–21.

²² Véanse RATTY/CRAVES, «Explainable machine learning practices: opening another black box for reliable medical AI», *AI and Ethics*, (2), 2022, pp. 801 ss.; BENZINGER et al., «Should Artificial Intelligence be used to support clinical ethical decision-making? A systematic review of reasons», *BMC Medical Ethics*, (24-48), 2023, pp. 1 ss. Se muestra también partidario de establecer una regulación jurídica que limite la falta de transparencia y de rendición de cuentas de los sistemas de inteligencia artificial VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, 2021, p. 100. Sobre la evaluación ética de la tecnología por parte de los filósofos y tecnólogos, véase la descripción del análisis que se realiza por fases propuesta por BREY en VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, 2021, p. 107 ss. Un estudio más actualizado se puede consultar en UMBRELLO et al., «From speculation to reality: Enhancing anticipatory ethics for emerging technologies (ATE) in practice», *Technology in Society*, (74), 2023, pp. 1 ss.

diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz humano-máquina adecuadas. 2. El objetivo de la vigilancia humana será prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persistan a pesar de la aplicación de otros requisitos establecidos en la presente sección. 3. Las medidas de vigilancia serán proporcionales a los riesgos, al nivel de autonomía y al contexto de uso del sistema de IA de alto riesgo, y se garantizarán bien mediante uno de los siguientes tipos de medidas, bien mediante ambos: a) las medidas que el proveedor defina y que integre, cuando sea técnicamente viable, en el sistema de IA de alto riesgo antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio; b) las medidas que el proveedor defina antes de la introducción del sistema de IA de alto riesgo en el mercado o de su puesta en servicio y que sean adecuadas para que las ponga en práctica el responsable del despliegue. 4. A efectos de la puesta en práctica de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3, el sistema de IA de alto riesgo se ofrecerá al usuario de tal modo que las personas físicas a quienes se encomiende la vigilancia humana puedan, en función de las circunstancias y de manera proporcionada a estas: a) entender adecuadamente las capacidades y limitaciones pertinentes del sistema de IA de alto riesgo y poder vigilar debidamente su funcionamiento, por ejemplo, con vistas a detectar y resolver anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados; b) ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en la información de salida generada por un sistema de IA de alto riesgo (“sesgo de automatización”), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión; c) interpretar correctamente la información de salida del sistema de IA de alto riesgo, teniendo en cuenta, por ejemplo, los métodos y herramientas de interpretación disponibles; d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o desestimar, invalidar o revertir la información de salida que este genere; e) intervenir en el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo o interrumpir el sistema pulsando un botón de parada o mediante un procedimiento similar que permita que el sistema se detenga de forma segura. 5. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el punto 1, letra a), del anexo III, las medidas a que se refiere el apartado 3 del presente artículo garantizarán, además, que el responsable del despliegue no actúe ni tome ninguna decisión basándose en la identificación generada por el sistema, salvo si al menos dos personas físicas con la competencia, formación y autoridad necesarias han verificado y confirmado por separado dicha identificación. El requisito de la verificación por parte de al menos dos personas físicas por separado no se aplicará a los sistemas de IA de alto riesgo utilizados con fines de aplicación de la ley, de migración, de control fronterizo o de asilo cuando el Derecho nacional o de la Unión considere que la aplicación de este requisito es desproporcionada»²³.

En suma, los sistemas de IA en las actividades médico-quirúrgicas se encuentran muy alejados de los fundamentos de la Medicina basada en la evidencia científica al operar mediante el análisis de grandes volúmenes de datos con el fin de efectuar recomendaciones o proponer decisiones. Es imprescindible reconocer el valor de la información que proporcionan los sistemas de IA con medios y procedimientos cada vez más eficaces y perfeccionados, pero es imprescindible

²³ Véase la valoración de esta regulación realizada por LAZCOZ MORATINOS *et al.*, «La propuesta de Reglamento “Ley de Inteligencia Artificial”: Análisis de su posible impacto en la utilización de sistemas automatizados en el ámbito del Derecho penal», en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, cibercriminología e inteligencia artificial*, v. II, 2023, pp. 155 ss.

determinar cómo debe intervenir la supervisión humana en ellos para que puedan surtir los efectos favorables sobre los pacientes²⁴. Seguidamente trataremos, por un lado, las consecuencias que tiene la incorporación de los sistemas de IA en la determinación del deber objetivo de cuidado en la actividad médico-quirúrgica; y, por otro lado, cómo interviene la supervisión humana en la mencionada determinación. Es relevante profundizar en ambas cuestiones para poder afirmar la creación de un riesgo jurídica o típicamente desaprobado que permita definir la existencia de un desvalor de la acción en un delito imprudente, en relación con la actuación de un profesional sanitario que ha producido un resultado lesivo en un paciente mediante la utilización de los sistemas de IA. La valoración de este elemento normativo la tiene que realizar el Juez en el caso concreto. Para ello debe averiguarse el cuidado necesario en la realización de una actividad médico-quirúrgica curativa y compararlo con el comportamiento llevado a cabo por el personal facultativo, con el fin de determinar si existe una correspondencia entre ambos²⁵.

3. La incorporación de los sistemas de inteligencia artificial en la determinación del deber objetivo de cuidado en la actividad médico quirúrgica

En el desarrollo de las actividades médico-quirúrgicas mediante las que se logra un fin (salvar la vida de un paciente o restablecer su salud) valorado positivamente con carácter general, se pueden presentar situaciones muy diversas y complejas que es necesario tener presentes para

²⁴ En el Considerando 73 del Reglamento de Inteligencia Artificial se pone de relieve que «los sistemas de IA de alto riesgo deben diseñarse y desarrollarse de tal modo que las personas físicas puedan supervisar su funcionamiento, así como asegurarse de que se usan según lo previsto y de que sus repercusiones se abordan a lo largo del ciclo de vida del sistema. A tal fin, el proveedor del sistema debe definir las medidas adecuadas de supervisión humana antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio. Cuando proceda, dichas medidas deben garantizar, en concreto, que el sistema esté sujeto a limitaciones operativas incorporadas en el propio sistema que este no pueda desactivar, que responda al operador humano y que las personas físicas a quienes se haya encomendado la supervisión humana posean las competencias, la formación y la autoridad necesarias para desempeñar esa función. También es esencial, según proceda, garantizar que los sistemas de IA de alto riesgo incluyan mecanismos destinados a orientar e informar a las personas físicas a las que se haya asignado la supervisión humana para que tomen decisiones con conocimiento de causa acerca de si intervenir, cuándo hacerlo y de qué manera, a fin de evitar consecuencias negativas o riesgos, o de detener el sistema si no funciona según lo previsto. Teniendo en cuenta las enormes consecuencias para las personas en caso de una correspondencia incorrecta efectuada por determinados sistemas de identificación biométrica, conviene establecer un requisito de supervisión humana reforzada para dichos sistemas, de modo que el responsable del despliegue no pueda actuar ni tomar ninguna decisión basándose en la identificación generada por el sistema, salvo si al menos dos personas físicas la han verificado y confirmado por separado. Dichas personas podrían proceder de una o varias entidades e incluir a la persona que maneja o utiliza el sistema. Este requisito no debe suponer una carga ni retrasos innecesarios y podría bastar con que las verificaciones que las distintas personas efectúen por separado se registren automáticamente en los registros generados por el sistema. Dadas las especificidades de los ámbitos de la aplicación de la ley, la migración, el control fronterizo y el asilo, este requisito no debe aplicarse cuando el Derecho nacional o de la Unión considere que su aplicación es desproporcionada».

²⁵ Véase, ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1986, p. 65. Con carácter general en la STS 834/2023, Penal, de 15 noviembre, (ECLI:ES:TS:2023:4881), se indica que «la esencia de la acción imprudente se encuentra en la infracción del deber de cuidado y el tipo objetivo se configura con la realización de una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado. En el delito imprudente, por consiguiente, se produce un resultado socialmente dañoso mediante una acción evitable y que supera el riesgo permitido. La tipicidad se determinará mediante la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cuidado en la situación concreta. Respecto al momento y fuentes del deber de cuidado, la situación debe ser objeto de un análisis “ex ante” y teniendo en cuenta la situación concreta en la que se desarrolló la acción. La norma de cuidado, al igual que el riesgo permitido, puede estar establecida en la ley, en un reglamento, en disposiciones particulares y, desde luego, basada en la experiencia. La acción peligrosa tiene que producir un resultado que pueda ser imputado objetivamente a la misma. Así pues, el resultado debe ser evitable conforme a un análisis “ex ante”».

tratar la cuestión de la determinación del deber objetivo de cuidado, que se refiere a la obligación de los profesionales de la salud de adoptar un cuidado necesario en unas determinadas circunstancias con base en un estándar establecido por la práctica médica reconocida. En primer lugar, nos podemos encontrar con supuestos semejantes o «típicos» que tienen en común una serie de elementos, factores y circunstancias a partir de los cuales debe establecerse dicho deber objetivo de cuidado. En tales casos la doctrina y la jurisprudencia determina el deber objetivo de cuidado mediante la denominada *lex artis*, definida como el conjunto de reglas generales de carácter técnico o procedimientos, máximas de la experiencia y conocimientos emitidos que la ciencia médica estima como adecuados en un momento y dadas unas determinadas circunstancias^{26/27}, de modo que el profesional médico o sanitario que en su actuación se ha

²⁶ Véanse, entre otros, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, 1981, p. 26; EL MISMO, *El médico ante el derecho: la responsabilidad penal y civil del médico*, 1986, pp. 69 ss.; EL MISMO, en EL MISMO, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, p. 17; EL MISMO, en EL MISMO, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, p. 209; ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», en ROMEO CASABONA (coord.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo: XXII Coloquio de Derecho Europeo. La Laguna, del 17 al 19 de noviembre de 1992*, 1993, p. 106; HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, 2001, p. 149; ORBEN, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, 2004, p. 9; MARTÍN LEÓN, «Lex artis y protocolos médicos», en MORILLAS CUEVA/SUÁREZ LÓPEZ (dirs.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, 2009, pp. 467 ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR/BLANCA CRUZ, «La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica», en MORILLAS CUEVA/SUÁREZ LÓPEZ (dirs.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, 2009, pp. 155 ss.; ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, pp. 181-182; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ/TORRES CADAVID, «La responsabilidad penal médica por conductas imprudentes: Evolución de la jurisprudencia española en los últimos años», en CANCIO MELIÁ *et al.* (coords.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. II, 2019, pp. 1205-1217; SEOANE, «Lex Artis», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (38), 2022, pp. 277 ss.

En la doctrina alemana, véanse ESER, *Schönke/Schröder-StGB*, 29^a ed., 2014, § 223, nm. 108; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30^a ed., 2019, § 15, nm. 212 ss; WOLTERS, *SK-StGB*, 10^a ed., 2024, § 223, nm. 108.

²⁷ Aunque un sector de la doctrina y la jurisprudencia utilizan la denominación «lex artis ad hoc» para poner en evidencia la estrecha vinculación de la *lex artis* con las circunstancias del caso concreto, estimo que es tautológica y por tanto innecesaria dicha denominación, porque la propia definición de la *lex artis* siempre se realiza en función de determinadas circunstancias que deben concurrir en un caso concreto. Véanse en este sentido, con razón, ROMEO CASABONA, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, p. 209, nota 38; SEOANE, *Anuario de Filosofía del Derecho*, (38), 2022, p. 300.

La SJP n^o2, de Lorca, de 20 agosto de 2019 (ECLI:ES:JP:2019:1823), establece que «la doctrina y la jurisprudencia hablan de "lex artis ad hoc", como módulo rector o principio director de la actividad médica que funcionará a modo de guía o patrón orientador para que el Juez pueda formular un juicio "ex ante", siguiendo un proceso de causalidad hipotética en torno al cual se hubiera representado en cada momento la conducta debida para, más tarde, establecer la comparación con las efectivamente realizadas y extraer las conclusiones oportunas. Se define la «lex artis ad hoc» como el criterio valorativo de la corrección del acto médico específico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores exógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la propia organización sanitaria) para calificar tal acto como conforme o no con la técnica normal requerida. La *lex artis*, en tanto que conjunto de criterios de buena práctica, debe ser el más importante nexo de unión entre medicina y derecho. La dificultad más grave con la que tropieza el operador jurídico radica en la naturaleza eminentemente dinámica y valorativa que presenta el ejercicio de la medicina, lo que en definitiva genera inseguridad jurídica, de ahí que en los últimos años asistimos a un aumento creciente de la actividad de protocolización de numerosos actos médicos. Se trata con ello de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones actualizadas que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales, con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria. No cabe duda que la aportación al proceso de estos protocolos actualizados constituye una enorme ayuda para el Juzgador en su tarea de individualización de la «lex artis ad hoc» aplicable al supuesto concreto, introduciendo, de otra parte, elementos de certeza, seguridad y confianza entre la propia clase médica. Resumiendo la doctrina jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1991 establece que la responsabilidad médica o de los técnicos sanitarios procede cuando en el tratamiento efectuado al paciente se incide en conductas descuidadas de las que resulta un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o ausencia de pruebas,

sometido a la *lex artis* no habrá infringido por regla general el deber objetivo de cuidado²⁸. Si, por el contrario, no se ha sometido a la *lex artis*, nos podemos encontrar ante una posible imprudencia médica que es definida por la doctrina jurisprudencial en las SSTs 3963/1979, Penal de 5 julio (ECLI:ES:TS:1979:3963); 1193/1994, de 8 junio (ECLI:ES:TS:1994:4428); 192/1996, Penal, de 29 febrero (ECLI:ES:TS:1994:4428); 1188/1997, Penal, de 3 octubre (ECLI:ES:TS:1997:5836), con las siguientes notas: «respecto de la misma, tiene declarado esta Sala que “la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por indefinición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana), la libertad en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de esos profesionales. La profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualitativo—no quita ni pone imprudencia, se ha dicho—, pero sí puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produjere muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional, equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse; esta “imprudencia profesional” caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un “plus” de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, de suerte que a su lado conviven las modalidades comunes de imprudencia, la “culpa profesional sin impericia” en las categorías de temeraria y de simple, por el orden de su respectiva gravedad». (Véase la STS de 8 junio de 1994). Por lo demás -como ha puesto de relieve la Sentencia de esta Sala de 5 julio 1989- existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso y pormenorizado respecto a la llamada imprudencia médica. En este sentido, hay que recordar lo siguiente: 1) Que, por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable. 2) Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional. 3) Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones. Por ello y expresando una vez más la alta consideración que la Medicina y la clase médica merecen por la trascendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio imponen, hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la *lex artis* conduzcan a resultados lesivos

investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para según el curso del estado del paciente, actuar, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado, en estos casos, no tanto por el error (si lo hubiere), sino por la dejación, el abandono, la negligencia o el descuido de la atención que aquel requiere (en el mismo sentido, la Sentencia del mismo Tribunal de 13 de noviembre de 1992”. “La imprudencia temeraria grave nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias de lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que conduzcan, olvidando la *lex artis*, a resultados lesivos para las personas” (Sentencias de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 5 jul. 1989 y 3 octubre 1997».

²⁸ Véanse ROMEO CASABONA, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, p. 209; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, 2001, p. 311.

para las personas»²⁹.

Además, incidiendo en que la Medicina es una ciencia que adolece de una cierta imprecisión de modo que, por un lado, nos podemos encontrar que, ante un mismo paciente con determinados síntomas, varios médicos ofrecen diagnósticos diferentes e incluso ante el mismo diagnóstico, distintos tratamientos; y, por otro lado, en el transcurso del tratamiento de un paciente pueden intervenir circunstancias que compliquen su evolución ya sea por resistencia de la naturaleza del enfermo, por su estado psicológico, etc., no está de más recordar la conclusión de la SAP de Barcelona, Sección 6^a, de 20 octubre (ECLI: ES:APB:2009:10940): «lo decisivo para el derecho no es el error científico sino la causa humana del error..., debiendo ponderarse con criterio axiológico relativo y de caso concreto, su causa y la medida de su culpa (STS 16-4-70, 26-10-83, 29-3-88 y 12-3-90). Por su parte la STS 4565/1980, de 26 de junio, establece “lo aventurado que significa querer sentar como apotegma principios indudables, debido, de una parte, al constante avance en este campo, y, de otra, de las necesarias mutaciones que impone la experimentación clínica, sin olvidar el carácter preponderante del factor humano, sobre cuyo campo opera, con la consiguiente individualidad de cada sujeto”».

Con estas premisas, a continuación, expondremos cómo puede influir la IA en la determinación del deber objetivo de cuidado mediante la *lex artis* en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica, teniendo presente las determinadas circunstancias en virtud de las cuales se establecen unas máximas de la experiencia y conocimientos emitidos que la ciencia médica estima como adecuados en un momento concreto.

3.1. El conocimiento nomológico y el conocimiento experimental del personal facultativo en la determinación del deber objetivo de cuidado

La determinación del cuidado objetivamente debido, según la opinión dominante, exige partir como presupuesto lógico de la previsibilidad objetiva³⁰, ya que es preciso tener en cuenta todos

²⁹ En el AAP Asturias, Sección 3, de 9 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APO:2019:681A), se pone de manifiesto que «Es la Medicina la que establece y define la “lex artis”..., siguiendo estándares aceptados en el propio ejercicio de la profesión y teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones de la ciencia y la concreta situación del paciente, así como la existencia de la llamada “libertad clínica”, que obliga al médico a tomar decisiones que pueden ser discutibles, pero que deben considerarse prudentes entre tanto no existan elementos de los que quepa inferir lo contrario. Debe tenerse en cuenta que la ciencia médica no es una ciencia exacta, sino que la exigencia de responsabilidad presenta siempre grandes dificultades porque su ciencia es inexacta por definición. Concurren en ella factores y variables imprevisibles que pueden provocar serias dudas sobre las causas determinantes del daño, a lo que debe de añadirse la libertad del médico que nunca debe de caer en audacia o aventura. Más allá de puntuales deficiencias técnicas o científicas, salvo que se trate de supuestos cualificados, ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que, pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal –la diligencia medida por sus conocimientos y preparación– el resultado lesivo o mortal para una persona, no pone a su contribución una actuación impulsada a contrarrestar las patologías existentes con mayor o menor acierto, si ese arco de posibilidades está abierto a la actuación ordinaria de un profesional de la medicina. Es decir, en cualquier caso, la determinación de la responsabilidad médica debe llevarse a cabo en atención a las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal, abandonando todo tipo de generalizaciones, teniendo en cuenta que, en principio, carece de relevancia penal el error de diagnóstico o de tratamiento salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable, ya sea por conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, derive de la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o de la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado, en estos casos no tanto por el error, si lo hubiere, sino por la dejación, el abandono, la negligencia y el descuido de la atención que aquél requiere».

³⁰ Véanse, entre otros, WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 1964, p. 71; EL MISMO, «Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte», en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur*

los resultados objetivamente previsibles que se pueden derivar al realizar una acción en la vida social, para cuya evitación el Derecho establece adoptar una diligencia o un cuidado con carácter general³¹. Este principio resulta también evidente en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa como ya expuse en una investigación anterior³². La averiguación del juicio de previsibilidad objetiva de un resultado en la realización de una actividad médico-quirúrgica implica tener en cuenta los siguientes elementos, partiendo de la formulación propuesta por TRAEGER y V. HIPPEL³³: se coloca una persona inteligente en la posición del médico/autor, en el momento del comienzo de la acción y tomando en consideración todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el médico/autor por su vinculación con el caso (saber ontológico) junto con la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico) y el saber experimental del médico/autor, esto es, los conocimientos que sobre las técnicas, efectos, etc., posea el médico que actúa en ese caso concreto y que dispone *para salvar la vida del paciente o restablecer su salud*³⁴. Las novedades que

Rechtsphilosophie, 1975, p. 326; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. II, 6^a ed., 1998, p. 167. Con razón afirma HIRSCH que «la previsibilidad sirve originariamente para proporcionar la concreta contrariedad al cuidado debido de una acción en relación con el objeto material protegido por el tipo. [...] En cualquier caso, la previsibilidad objetiva [...] es por consiguiente un elemento constitutivo de la contrariedad al cuidado debido»; véase HIRSCH, «Sobre lo injusto del delito imprudente», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (16), 2005, p. 216; ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, pp. 16 ss.; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, p. 278; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3^a ed., 2016, p. 285; GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, 2007, pp. 240 ss.; DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El médico ante el Derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional, inhabilitación profesional y el trabajo en equipo», en NÚÑEZ PAZ/GARCÍA ALFARAZ (coords.), *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, 2007, p. 154.

Véase, no obstante, una crítica al recurso de la previsibilidad objetiva por carecer de un potencial crítico para llevar a cabo una valoración real del suceso, entre otros, en DUTTGE, *MüKo-StGB*, t. I, 4^a ed., 2020, § 15, nm. 108.; EL MISMO, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, pp. 355 ss.; PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, 2020, pp. 217 ss.

³¹ Véanse, por ejemplo, en este sentido ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 2^a ed., 1964, pp. 283 ss.; CEREZO MIR, *PG*, t. II, 6^a ed., 1998, p. 168.

³² Véase RUEDA MARTÍN, *InDret*, (4), 2009, pp. 19 ss.

³³ Sobre la evolución histórico-dogmática de la formación del juicio de previsibilidad, hasta llegar a la formulación del juicio de previsibilidad objetiva, véase la exposición crítica de GIMBERNAT, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, 1990, pp. 30 ss.

³⁴ Sobre las bases del juicio de previsibilidad objetiva en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica véase ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1986, pp. 67, 69.

En el AAP Guadalajara, Sección 1, de 10 marzo de 2006 (ECLI:ES:APGU:2005:25A), que señala: «en efecto la imprudencia penalmente relevante exige los siguientes requisitos: 1º) La previsión o previsibilidad del resultado no querido por el sujeto; se parte de la ausencia de dolo, voluntad o intención de producir un resultado delictivo, ya que de existir esa voluntad estaríamos ante el delito doloso de aborto, art. 144, pero no ante el delito de aborto por imprudencia grave art. 146. Es decir que estaríamos ante la intervención de forma descuidada o imprudente ha podido prever la posibilidad de que el resultado, aun no querido, se podría producir. 2º) Es necesario, en segundo lugar, la infracción de una norma de cuidado. En este sentido, en todas las profesiones existen más normas de cuidado que consisten en la adecuación de las conductas a la profesión en concreto de que se trate, la doctrina habla de deber interno (que es el que obliga a advertir la presencia del peligro) y deber externo que consiste en la obligación de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado ya advertida. 3º) Igualmente se precisa que se haya causado un resultado que sea constitutivo de infracción penal. Quizás sea el requisito que presenta mayores dificultades para constatar en su caso concreto, probada la actuación descuidada, es la relación de causa-efecto de ésta y el resultado, pues puede suceder que pese a la existencia del descuido el resultado producido en el paciente no es achacable a éste, pues para fundamentar una responsabilidad penal no es suficiente que una conducta sea causa material o física del resultado sino que es preciso la existencia de imprudencia en la significación subjetiva y normativa que tiene la imprevisión de lo previsible con la infracción de la norma de cuidado. Es decir que no basta con que exista entre la acción que no responda al cuidado objetivamente debido y el resultado será mera relación de causalidad, con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, para la realización del tipo de lo injusto de los delitos de acción imprudentes, sino que es preciso

aportan los sistemas de IA al juicio de la previsibilidad objetiva se centran en el saber nomológico y en el saber experimental del médico/autor, ya que dichos sistemas de IA proporcionan desde un punto de vista científico una mejor atención médica en general al paciente al acelerar el procesamiento de estos datos con el fin de extraer patrones de tomas de decisiones y lograr una mayor precisión diagnóstica y de tratamiento. En efecto y por ejemplo, las imágenes radiológicas, las preparaciones de anatomía patológica y los registros médicos electrónicos de los pacientes se actualizan a partir de sistemas de aprendizaje automáticos con entradas/datos que tienen capacidad para, por una parte, inferir predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos y virtuales; y, por otra parte, para derivar modelos y/o algoritmos que ayudan en el proceso de diagnóstico y tratamiento de los pacientes³⁵. De los sistemas de IA se puede inferir un conocimiento nomológico más preciso y un saber experimental del médico/autor superior, de modo que se concreta más adecuadamente la producción de resultados lesivos objetivamente previsibles derivados de una actividad médico-quirúrgica. Ello supone una elevación del nivel de diligencia o cuidado necesario exigida por el Derecho para evitar la producción de dichos resultados. En el siguiente epígrafe analizaremos cómo destaca particularmente la supervisión humana como un elemento consustancial en la definición de la pauta de cuidado en el presupuesto lógico de la previsibilidad objetiva de resultados lesivos.

3.2. La supervisión humana como elemento consustancial en la definición del deber objetivo de cuidado: primer análisis

En el proceso de diagnóstico y tratamiento de los pacientes desarrollados mediante sistemas de IA debe destacarse particularmente la supervisión humana como un elemento consustancial en la definición de la pauta de cuidado por varios motivos. En primer lugar, en la recolección de datos es importante determinar cómo se han conseguido, qué datos se van a utilizar, con qué fin y por cuánto tiempo, quién tiene acceso a los mismos y cómo se aseguran. En segundo lugar, en el procesamiento de datos es relevante entender cómo funciona el sistema de IA, quiénes tienen acceso al mismo, medidas de seguridad, etc. En tercer lugar, en la fase de los resultados es preciso analizar si los resultados son de calidad, si muestran algún impacto negativo en los derechos y si justifican la utilización de los sistemas inteligentes³⁶. El personal facultativo debe examinar cada

que el resultado se haya producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, debiendo demostrarse, con una probabilidad rayana en la certidumbre, que el resultado se hubiera evitado en caso de observar el cuidado objetivamente debido, ya que mientras aparezca como posible o probable que el resultado se hubiera producido igualmente en caso de que el sujeto hubiera observado el cuidado objetivamente, el Tribunal o Juez debe absolver en virtud del principio “in dubio pro reo”. 4º) Por otra parte tampoco debe olvidarse que el juicio de previsibilidad objetiva debe llevarse a cabo colocándose el Juez en el lugar del sujeto en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente más las conocidas por el autor -saber ontológico- y la experiencia común de la época sobre los cursos causales así como el saber experimental excepcional del autor -saber nomológico-; además, la determinación del cuidado objetivamente debido exige, en primer lugar, tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción y sólo cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible, es decir, apareciera “ex ante” como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción -causalidad adecuada- será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido y la relación de causalidad estará comprendida en el tipo de delito de acción imprudente, y sólo estarán prohibidas aquellas acciones peligrosas de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata, mientras que el ejercicio de las actividades profesionales está sometido asimismo a ciertas reglas técnicas -“lex artis”- que fijan el cuidado objetivamente debido en el desempeño de la profesión».

³⁵ Véanse ÁVILA-TOMÁS *et al.*, *Atención Primaria*, 2020, (52-10), p. 82.

³⁶ Véanse estas novedades puestas de relieve por VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, 2021, p. 108. Asimismo, véase en profundidad, LAZCOZ MORATINOS, «Sistemas de inteligencia artificial en la asistencia sanitaria: cómo garantizar la supervisión humana desde la normativa de protección de datos», *Premio de Investigación en Protección de Datos Personales “Emilio Aced”*, 2022, Agencia Española de Protección de Datos.

uno de estos planos para que el resultado ofrecido por el sistema de IA pueda cumplir la finalidad asignada en el diagnóstico o en el tratamiento de patologías, de modo que tiene que valorar, por un lado, las indicaciones presentadas en relación con un caso clínico específico. Pero, por otro lado, también debe estudiar la adecuación extrínseca del modelo adoptado respecto del caso clínico³⁷. El fundamento jurídico de esta exigencia —la necesidad de supervisión humana— se encuentra en el aludido artículo 14.1 del Reglamento de Inteligencia Artificial que atribuye a la conducta humana la misión de prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que puedan surgir cuando un sistema de IA de alto riesgo se utilice de acuerdo con su finalidad prevista o en condiciones de uso indebido razonablemente previsible, sobre todo cuando tales riesgos persistan a pesar de la aplicación de otros requisitos establecidos en el Reglamento de Inteligencia Artificial. En consecuencia, en relación con los sistemas de IA aplicados en las actividades médico-quirúrgicas, según el apartado 4º del mencionado artículo 14 el personal facultativo deberá:

- «a) entender adecuadamente las capacidades y limitaciones pertinentes del sistema de IA de alto riesgo y poder vigilar debidamente su funcionamiento, por ejemplo, con vistas a detectar y resolver anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados;
- b) ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en la información de salida generada por un sistema de IA de alto riesgo («sesgo de automatización»), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión;
- c) interpretar correctamente la información de salida del sistema de IA de alto riesgo, teniendo en cuenta, por ejemplo, los métodos y herramientas de interpretación disponibles;
- d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o desestimar, invalidar o revertir la información de salida que este genere;
- e) intervenir en el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo o interrumpir el sistema pulsando un botón de parada o mediante un procedimiento similar que permita que el sistema se detenga de forma segura».

Además, no puede olvidarse que el presupuesto lógico del deber objetivo de cuidado sólo pueden ser los resultados cuya producción aparezca objetivamente previsible³⁸ a partir de la realización de una determinada clase de acciones finalistas que creen el riesgo típico susceptible de realizarse en el resultado³⁹. La voluntad de la acción es, pues, decisiva para formular el juicio de previsibilidad objetiva al ser la pregunta que está en la base de este juicio, una relativa a los resultados cuya producción puede prever un espectador objetivo a partir del modo de realización y los medios empleados para la ejecución de una *clase* de acciones finalistas. El juicio de previsibilidad objetiva tiene, por lo tanto, también en su base una acción finalista de modo que si queremos determinar si una acción es peligrosa y en qué medida lo es, no es posible abstraer la parte subjetiva de la acción⁴⁰. En la realización de este juicio de previsibilidad objetiva deben incluirse todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el médico/autor por su vinculación con el caso (saber ontológico), es decir,

³⁷ Véase PERIN, «Estandarización y automatización en medicina. El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia», *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, (8-1), 2019, pp. 10-11.

³⁸ Véase CEREZO MIR, *PG*, 6ª ed., 1998, p. 167.

³⁹ Véase RUEDA MARTÍN, *InDret*, (4), 2009, pp. 18 ss.

⁴⁰ Véase un desarrollo más extenso en RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, 2001, pp. 183 ss. Véase también GRACIA MARTÍN, «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6-7), 2004, p. 14.

debemos tomar en consideración no sólo las condiciones en las que se ejercita la actividad médico-quirúrgica (en un medio rural o urbano), los medios disponibles para efectuarla entre los que se pueden encontrar los sistemas de IA y su adecuación para conseguir el correspondiente fin terapéutico, de diagnóstico, etc., sino además todos los conocimientos precisos que tenga el facultativo sobre su paciente y que deberán incluirse en el correspondiente sistema de IA. Debe subrayarse la importancia de la valoración autónoma del personal facultativo acerca de la fiabilidad y de la corrección de la indicación proporcionada por el sistema de IA⁴¹. En la determinación de la pauta de cuidado en la actividad médico-quirúrgica como han señalado con carácter general, OBREGÓN FERNÁNDEZ/LAZCOZ MORATINOS, es preciso que el facultativo tenga una serie de conocimientos de carácter jurídico, ético, técnico y específico en el ámbito en el que opere el sistema de IA. El conocimiento del marco jurídico se vuelve fundamental para posibilitar que el facultativo pueda analizar si el funcionamiento del sistema de IA aporta beneficios para preservar o mejorar la salud de los pacientes porque sacan a la luz dinámicas o procesos que rigen las funciones del cuerpo humano o variables que explican cómo operan según las características de las personas. Esta valoración siempre será previa a la ejecución de la tarea. Respecto al conocimiento técnico, se exige que el facultativo conozca las especificaciones técnicas, las funciones generales y críticas, los efectos, las limitaciones, así como la predictibilidad y fiabilidad del sistema de IA. Estos conocimientos, junto con otros elementos, es lo que le permitirá alcanzar la conciencia contextual y situacional. En efecto, con esta información, el facultativo podrá deliberar y decidir realizar o no realizar una intervención o modificar los parámetros del proceso, pudiendo llegar a anularlo. En cuanto al origen de la información, no se aprecian inconvenientes en que pueda provenir del mismo sistema de IA o se apoye en otras fuentes como pueden ser la experiencia del facultativo o de otras personas del equipo sanitario⁴². Si se lleva a cabo este juicio y en una clase de intervenciones médico-quirúrgicas resultan objetivamente previsibles ciertas complicaciones según un determinado porcentaje de frecuencia, entra dentro de los deberes de cuidado del personal facultativo adoptar aquellas medidas preventivas necesarias para evitar su producción⁴³. Los algoritmos basados en la IA permiten diagnosticar y tratar patologías con mayor rapidez y eficacia. Es importante que los facultativos usen la tecnología de la información moderna para ofrecer un cuidado médico estándar en su práctica profesional adaptado a las características de cada paciente, y en este sentido los sistemas de IA constituyen un complemento del juicio clínico del personal facultativo, pero no lo pueden reemplazar⁴⁴.

También debemos reconocer que la incorporación de los sistemas de IA puede implicar un notable incremento de las exigencias que recaen sobre el personal facultativo al requerirle una

⁴¹ Véase PERIN, *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, (8-1), 2019, p. 20.

⁴² Véanse OBREGÓN FERNÁNDEZ/LAZCOZ MORATINOS, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (42), 2021, pp. 17-18.

⁴³ Véase expresamente ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1986, p. 92. Parece llegar a esta conclusión TORRALBO MUÑOZ, *Revista Jurídica de Castilla y León*, (58), 2022, pp. 142 ss.

⁴⁴ Véase CHUANYI MARK, «e2-06: Razón de probabilidades y razón de momios en la toma de decisiones médicas», en PAPADAKIS *et al.* (dirs.), *Diagnóstico clínico y tratamiento*, 62^a ed., 2023; INGLADA GALIANA *et al.*, *Revista Clínica Española*, (224-3), 2024, pp. 182-183; LEE/BUBECK/PETRO, «Benefits, limits, and risks of GPT-4 as an AI chatbot for medicine», *New England Journal of Medicine*, (388-13), 2023, pp. 1233 ss.; JUNG OH *et al.*, «A systematic review of artificial intelligence chatbots for promoting physical activity, healthy diet, and weight loss», *International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*, (18), 2021; FINLAYSON *et al.*, «The clinician and dataset shift in artificial intelligence», *New England Journal of Medicine*, (385-3), 2021, pp. 283 ss.; SAHNI/CARRUS, «Artificial Intelligence in U.S. Health Care Delivery», *New England Journal of Medicine*, (389-4), 2023, pp. 348 ss.; SHIBUE, «Artificial intelligence and machine learning in clinical medicine», *New England Journal of Medicine*, (388-25), 2023; p. 2398. En el ámbito judicial, véanse en el mismo sentido ESPINOSA/CLEMENTE, «La percepción de la toma de decisiones a través de inteligencia artificial cuando se produce daño a las personas», *Estudios Penales y Criminológicos*, (44, núm. ext.), 2023, pp. 8-9.

constante actividad de puesta al día, revisión y validación, por lo que cabe plantearse si las grandes expectativas depositadas en la IA en general y para el ejercicio de la Medicina en particular, se pueden ver disminuidas y con ello frustradas hasta cierto punto⁴⁵. Desde mi punto de vista no porque la necesidad de una actividad constante de puesta al día, revisión y validación sólo subraya la relevancia que tiene la supervisión humana en el uso de los sistemas de IA para ofrecer en el ámbito médico-quirúrgico curativo un cuidado médico estándar en la práctica profesional adaptado a cada paciente, de modo que debe insistirse en que los sistemas de IA constituyen un complemento del juicio clínico del personal facultativo, pero no lo pueden reemplazar. Además, ROMEO CASABONA y LAZCOZ MORATINOS concluyen acertadamente que al enfrentarnos a tecnologías en continuo desarrollo y perfeccionamiento, las máximas de experiencia desempeñarán una relevante función a la hora de señalar el cuidado debido, que apelará fundamentalmente a la figura ideal de la persona inteligente y sensata y ayudará a determinar el margen de automatización asumible en cada situación y la relajación progresiva de esta prevención a medida de que se refuerce el perfeccionamiento del sistema de IA en cuestión y que sea más confiable⁴⁶. Sobre ello profundizaremos más adelante.

Ahora bien, el criterio de la previsibilidad objetiva es insuficiente por sí sólo para determinar el cuidado objetivamente debido. En las actividades médico-quirúrgicas nos podemos encontrar con supuestos en los que la producción de un resultado, por ejemplo de muerte del paciente, es objetivamente previsible, como sucede en aquellas operaciones muy arriesgadas o de escasas posibilidades de éxito en las que para salvar la vida del paciente es absolutamente necesario realizar esta operación, de manera que la intervención quirúrgica crea un nuevo factor causal añadido que, como está comprobado por la experiencia, pueda dar lugar en un elevado porcentaje a la muerte del paciente como consecuencia de la propia intervención y no de la enfermedad. En tales supuestos es objetivamente previsible la producción de un resultado de muerte del paciente, pero esta afirmación aún no supone que el médico haya infringido el deber objetivo de cuidado si en tal situación el facultativo interviene quirúrgicamente al paciente y éste fallece. Del mismo modo, en aquellas intervenciones médicas en las cuales la prevención de ciertas complicaciones puede comportar la producción de un daño superior al que se quiere evitar, o implica una dificultad para el proceso quirúrgico que entraña también riesgo para el éxito final del mismo, el criterio de la previsibilidad objetiva se muestra insuficiente para averiguar si el médico ha infringido el deber objetivo de cuidado, cuando en tales intervenciones se producen estos resultados y no se logra el éxito final pretendido. En este tipo de intervenciones médico-quirúrgicas en las que resulta objetivamente previsible la producción de unos resultados desvalorados y en las que a pesar de todo se mantiene la valoración positiva de tales intervenciones, se pone de manifiesto la necesidad de añadir un ulterior criterio para determinar el deber objetivo de cuidado que garantice la utilidad general de estas intervenciones dentro de unos límites. En el siguiente epígrafe nos ocupamos de este criterio.

⁴⁵ Véanse ROMEO CASABONA/LAZCOZ MORATINOS, «Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?», en SÁNCHEZ CARO/ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ (coords.), *E-salud y cambio del modelo sanitario*, 2020, p. 88.

⁴⁶ Véanse ROMEO CASABONA/LAZCOZ MORATINOS, en SÁNCHEZ CARO/ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ (coords.), *E-salud y cambio del modelo sanitario*, 2020, p. 88. Estos autores aluden al «hombre sensato y responsable».

3.3. La ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es, lo atípico) y lo no soportable (esto es, lo típico) por el orden social en la actividad médico-quirúrgica. La supervisión humana como elemento consustancial en la definición del deber objetivo de cuidado: segundo análisis

Junto con el criterio intelectual de la previsibilidad objetiva es necesario atender, adicionalmente, a un criterio normativo para constituir definitivamente el cuidado objetivamente debido que permite establecer las medidas oportunas de cuidado en función de los resultados lesivos que se quieren evitar y que debe concretarse, en mi opinión, a partir de la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es lo atípico) y lo no soportable (esto es lo típico) por el orden social, teniendo en cuenta todos los intereses y circunstancias que intervienen en dicha ponderación. El resultado de esta ponderación, en primer lugar, nos va a poner en evidencia la utilidad social de determinadas actividades valoradas positivamente con carácter general. El objetivo del apartado que ahora nos ocupa, consiste en determinar todos los factores y todas las circunstancias que son tomados en consideración a la hora de efectuar la ponderación de intereses que da lugar al establecimiento de un juicio de carácter general y que culmina en la corrección de la acción en el marco de una actividad socialmente adecuada⁴⁷. No podemos olvidar que el instituto de la adecuación social, y la actividad médico-quirúrgica es un ejemplo paradigmático que lo ilustra, permite la entrada de unas valoraciones sociales en torno a una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses. También existe, pues, un ámbito de ponderación de intereses en el nivel sistemático de la tipicidad. En efecto, en este primer nivel, el legislador a la hora de tipificar una conducta se orienta ya por determinados criterios y pautas generales de ponderación de intereses, y después el Juez deberá comprobar, en el caso concreto, si la acción es o no de la clase de las que quedaron excluidas del tipo de modo absoluto y *a priori* en el acto legislativo en virtud de aquella ponderación. De ahí la importancia de estudiar esta ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable por el orden social (atípico) y lo no soportable por el mismo (típico)⁴⁸. A continuación, vamos a exponer cómo se realiza dicha ponderación de intereses y cómo se concreta a partir de ella el cuidado objetivamente debido.

Los presupuestos bajo los que se valora un comportamiento como soportable para el funcionamiento normal del sistema de bienes jurídicos giran en torno a la utilidad social⁴⁹ que, con carácter general, tiene un comportamiento y que resulta de una ponderación de intereses⁵⁰. De este modo el comportamiento tal comportamiento se valorará como socialmente adecuado. En mi opinión en las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable, a pesar de la producción de unas afecciones a la integridad corporal para salvar, por ejemplo, la vida o simplemente para mejorar la salud del paciente, no existe un desvalor penal del resultado, porque entra en juego un criterio de exclusión de lo injusto que actúa directamente sobre el ámbito del desvalor del resultado si se alcanza el fin deseado (la curación del paciente), al estar subordinado el bien jurídico integridad corporal a la realización

⁴⁷ Sobre el fundamento de la adecuación social, véase, RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 244 ss., siguiendo los parámetros asentados por mi maestro GRACIA MARTÍN, *RECPC*, (6-7), 2004, pp. 17 ss.; EL MISMO, *Fundamentos de dogmática penal*, 2006, pp. 215 ss.

⁴⁸ Véase más ampliamente RUEDA MARTÍN, *InDret*, (4), 2009, pp. 23 ss.

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 139; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 91; RÖNNAU, *LK-StGB*, t. III, 13^a ed., 2019, Vor § 32, nm. 108.

⁵⁰ Véase la bibliografía citada en nota 47.

de una función como es salvar la vida de ese paciente o mejorar su salud, y es, por tanto, consustancial esta afección de la integridad corporal al ejercicio de aquella actividad curativa⁵¹. En palabras de FIORE, «la actividad médica, por ejemplo, no puede resultar agresiva para dichos bienes a cuya conservación y acrecimiento se dirige y organiza conscientemente: la integridad física, la vida, la salud. El eventual perjuicio de estos bienes que está conectado con la conducta causal del facultativo se realiza en el ámbito de una actividad puesta al servicio del *respeto* de dichos bienes»⁵². Este dato que se pone de manifiesto claramente en el supuesto de la necesaria afección a determinados bienes jurídicos en la realización de una actividad médico-quirúrgica, lo podemos generalizar en el sentido de reconocer que existen unas relaciones entre los bienes jurídicos que suponen el desarrollo de una función en el marco de la vida social, de modo que debe entrar un criterio valorativo de carácter extrasistemático que fundamente la exclusión del desvalor penal del resultado, porque no hay lesiones de bienes jurídicos penalmente relevantes ya que debido a la funcionalidad y dinamicidad del sistema de los bienes jurídicos, cuando estemos ante una actividad reconocida socialmente y valorada socialmente cuyo ejercicio implica el uso de un bien jurídico, la afección de éste no puede constituir un desvalor penal del resultado por ser absolutamente necesaria y consustancial al ejercicio de la actividad que por orientarse a la producción de una utilidad social, es socialmente adecuada. Desde mi punto de vista, en tales casos no existe un desvalor del resultado porque entra en juego un criterio

⁵¹ Por este motivo no podemos compartir afirmaciones contenidas en algunas resoluciones jurisprudenciales que indican que «la agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal. Por ello mismo, la antijuridicidad de tal acción quedará excluida como elemento consustancial de todo hecho delictivo siempre que tal agresión a la incolumidad corporal protegida constitucional y penalmente, haya tenido lugar con observancia de las normas que configuran la “lex artis” que debe regir la actuación del sujeto activo, de suerte que cuando la intervención traumática y agresiva que sufre el ser humano se produce no sólo de espaldas a la “lex artis”, sino en oposición frontal a la misma, la antijuridicidad de la acción aparece patente y, consecuentemente, el reproche penal si en el hecho concurren los demás requisitos que configuran el tipo» (STS 308/2001, de 26 de febrero [ECLI:ES:TS:2001:1430]). En la doctrina también ha habido pronunciamientos en este sentido; véase, por ejemplo, PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa», *InDret*, (1), 2007, p. 3, o LUZÓN PEÑA, que ha concluido que no es correcto negar, sobre la base de la no afectación del bien jurídico, la tipicidad en sentido estricto de las intervenciones médico-quirúrgicas de resultado positivo, pues, pese a su sentido curativo e incluso médicamente necesario para evitar males mayores, primero suponen, o lo suponen de modo permanente en caso de amputaciones, un menoscabo a la integridad corporal y por tanto del bien jurídico. Ahora bien, dado el sentido y carácter absolutamente normal, jurídica y socialmente adecuado de dichas intervenciones, aunque formalmente en principio sean subsumibles en la descripción de un tipo legal con sus elementos positivos, sin embargo, la coincidente valoración social y jurídica las hace conductas absolutamente no censurables y normales, incluso correctas, y por ello totalmente habituales y cotidianas. En ese caso ha de quedar materialmente excluida la entrada de la tipicidad al no haber el menor indicio de antijuridicidad, no ya penal, sino general. Véase LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., 2016, pp. 322 ss.

PEÑARANDA RAMOS también ha afirmado que «el paciente al que se le ha diagnosticado que tiene cálculos en la vesícula biliar pero que no quiere someterse a una intervención quirúrgica para su extirpación no sólo sufre en su libertad si el cirujano pese a todo la practica en contra de su voluntad, sino que experimenta, al menos transitoriamente, una perturbación de su salud personal que bien puede ser calificada también como lesiones»; véase PEÑARANDA RAMOS, «Lesiones (I)», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, v. 1, 2003, p. 359. En el supuesto planteado por el citado autor es necesario distinguir, en mi opinión, el papel que desempeña el consentimiento del paciente en la realización de una actividad médico-quirúrgica curativa y la valoración de la afección del bien jurídico integridad corporal y salud que resulta consustancial al logro de una utilidad social valorada positivamente con carácter general, centrada en el restablecimiento de la salud del paciente. Esta afección consustancial puede implicar una perturbación transitoria en la salud personal del paciente que es absolutamente necesaria para alcanzar la indicada utilidad social y que se encuentra en un plano superior. Puede hablarse si se quiere de una perturbación en la salud del paciente, pero ésta no puede constituir el desvalor del resultado del delito de lesiones. Incluso dicha valoración positiva de la afección consustancial del bien jurídico integridad corporal y salud permanece aún cuando el paciente no consienta o no pueda consentir. Otro asunto es la clase responsabilidad que se pueda derivar al no tener en cuenta el consentimiento del paciente en el desarrollo de una actividad médico-quirúrgica curativa.

⁵² Véase FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, 1966, p. 124.

hermenéutico, la adecuación social, que sirve para determinar cuál es el sentido social de la acción desde la perspectiva de la valoración del resultado y que tendrá asimismo sus efectos en el ámbito de valoración de la acción, puesto que al no existir un desvalor penal del resultado no podemos considerar tampoco que la conciencia y voluntad del sujeto de afectar a un bien jurídico de forma socialmente adecuada sea constitutiva del dolo y por consiguiente tampoco hay desvalor de la acción⁵³.

El Derecho Penal no protege los bienes de una forma absoluta respecto de posibles lesiones, sino que lleva a cabo esta protección contra agresiones configuradas de determinada manera⁵⁴. Se prohíbe a todos los individuos la realización de acciones que quedan dentro de sus posibilidades de actuación tendentes a la lesión o puesta en peligro desvalorada del bien jurídico. Sin embargo, hay que constatar que la ejecución de determinadas acciones está ligada esencial e ineludiblemente a la afección de algunos bienes jurídicos para que se realice el fin socialmente valioso en virtud del cual ha sido emprendida. En este sentido es muy interesante la aportación de KLUG, para quien estos supuestos de intervenciones médicas terapéuticas son casos de riesgo mandado, excluyentes de la tipicidad, esto es, no son lesiones corporales punibles las intervenciones y otros tratamientos que, según los conocimientos y la experiencia de la ciencia médica y los principios de un médico cuidadoso, son necesarios para este fin y son emprendidos para prevenir enfermedades y padecimientos, para reconocerlos, curar o aliviar⁵⁵. En el caso de las intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo por un médico se aprecia claramente la necesidad de recurrir a valoraciones extrasistemáticas de la conducta que excluyan la realización de la conducta típica de, por ejemplo, unas lesiones corporales.

En las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable se subordina el bien jurídico integridad corporal a la realización de una función valorada socialmente como es salvar la vida del paciente o mejorar su salud, y es consustancial esta afección de la integridad corporal al ejercicio de la mencionada actividad curativa. El juicio valorativo recae sobre la afección del bien jurídico involucrado de una forma consustancial en la realización de una intervención médico-quirúrgica que implica, además, que el contenido de la voluntad del médico sea curar al paciente, aunque haya afectado su integridad física y esto es lo que dota de contenido a la adecuación social. La conciencia y voluntad con la que actúa el médico independientemente de que sea una voluntad directa de curar no puede constituir a la vez ni un dolo directo de segundo grado, así como tampoco un dolo eventual de lesiones por cuanto que la afección de la integridad corporal consustancial a la actividad curativa no constituye el resultado

⁵³ La doctrina de la acción finalista siempre ha partido de la premisa de que no existen acciones finales en sí o en absoluto, sino sólo en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización [véase WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, 1964, p. 28], y de que, por ello, tampoco hay un desvalor *en sí o en absoluto* de la acción, sino que éste sólo puede fundamentarse en referencia a la lesión del bien jurídico, es decir, al desvalor del resultado. Véanse CEREZO MIR, *PG*, 6ª ed., 1998, p. 203; GRACIA MARTÍN, *RECPC*, (6-7), 2004, pp. 16-17; RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 245 ss.; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1983, pp. 72 ss. Estas afirmaciones cobran plena validez en el ámbito de la adecuación social, ya que una acción socialmente adecuada no se puede determinar sin atender primeramente a la afección consustancial del bien jurídico implícita en la ejecución de una función socialmente valorada y comprendida por la voluntad de realización. En los supuestos que estamos tratando ahora como socialmente adecuados, entre los que se encuentran las intervenciones médico-quirúrgicas curativas con un resultado favorable, lo relevante es, *en primer término*, la exclusión del desvalor del resultado a través de la adecuación social. Resalta también la necesidad de excluir el desvalor del resultado en estos casos de actividades médico-quirúrgicas curativas ESER, *Schönke/Schröder-StGB*, 29ª ed., 2014, § 223, nm. 108.

⁵⁴ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª ed., 1969, p. 5.

⁵⁵ Véase KLUG, «Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem», en BOCKELMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 262, que recoge el contenido del § 161 del StGB-Entwurf de 1960.

típico de dicho delito⁵⁶. El criterio de exclusión de la tipicidad de esta clase de comportamientos es un criterio valorativo extrasistemático, que se centra en un ámbito mucho más general como es el del desvalor del resultado⁵⁷, quedando éste excluido por la subordinación de un bien jurídico a la realización de la función social de otro bien jurídico de más rango que se materializa en la finalidad de la curación⁵⁸. Se niega, pues, la conducta típica de las lesiones porque el sentido social de la acción del médico no es lesionar sino curar y esto se determina a través del contenido de la voluntad del sujeto junto a la adecuación social⁵⁹. En tales supuestos se excluye el desvalor

⁵⁶ La doctrina ha llamado la atención sobre la contradictoria relación que se puede crear entre los dos aspectos del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, la integridad corporal y la salud, y que se pone de relieve cuando, en ocasiones, la afección a la integridad corporal supone un mantenimiento o mejora de la salud, tal y como sucede en el tratamiento médico quirúrgico. Véase en este sentido, por ejemplo, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, pp. 164 ss.

⁵⁷ Desde mi punto de vista la adecuación social es un juicio mediante el cual se procede a una valoración del comportamiento y constituye en realidad un criterio valorativo externo en el ámbito de la interpretación de sentido de los tipos. Este criterio hermenéutico tiene una naturaleza extrasistemática, porque efectivamente se da entrada a través de él a valoraciones sociales de una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses. Véase más extensamente RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 279 ss. Dada su naturaleza extrasistemática la adecuación social constituiría un principio jurídico general cuya significación de ningún modo se limita al Derecho penal, sino que comprende la totalidad del ordenamiento jurídico. Esta afirmación aparece por primera vez en WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., 1969, p. 69. Véase en este sentido DÖLLING, «Soziale Adäquanz und soziale Systeme», en DANNECKER/LANGER/RANFT/SCHMITZ/BRAMMSEN (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, 2007, p. 226. Consideran acertadamente que la adecuación social es un criterio hermenéutico de carácter extrasistemático REGIS PRADO/MENDES DE CARVALHO, *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*, 2007, p. 214. GIL GIL, estima, sin embargo, que la adecuación social debería tener un carácter intrasistemático (véase GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 221). En mi opinión la adecuación social no puede tener un carácter intrasistemático porque lo valorado como adecuado socialmente se antepone a la categoría de la tipicidad. La tipicidad es, precisamente, lo inadecuado socialmente mientras que con la adecuación social se da entrada a valoraciones sociales de una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses. (Véanse en este sentido las exposiciones de GRACIA MARTÍN, *RECPC*, (6-7), 2004, pp. 17 ss.; REGIS PRADO/MENDES DE CARVALHO, *Teorías de la imputación objetiva del resultado*, 2007, pp. 200 ss.; DÖLLING, en DANNECKER et al. (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, 2007, pp. 219 ss.). Junto con la adecuación social como criterio extrasistemático de exclusión de la tipicidad en el sentido indicado, existen otros criterios hermenéuticos intrasistemáticos en virtud de los cuales podemos afirmar o negar que concurre el resultado típico o la acción descrita en el tipo. Sobre este desarrollo, véase mi trabajo *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 265 ss.

⁵⁸ En relación con estos ejemplos centrados en las intervenciones médico quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable, LUZÓN PEÑA ha considerado que se afirma la atipicidad pese a producir heridas, cicatrices, amputaciones o período postoperatorio necesitado de hospitalización y curas médicas, en las intervenciones médico-quirúrgicas con resultado positivo por su sentido (objetivo) curativo, o según otros por la finalidad curativa y la correcta ejecución, que excluirían el tipo subjetivo. Véase LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coords.), *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 22. No obstante, no se trataría de dos criterios distintos (el sentido objetivo curativo y la finalidad curativa) sino de un único criterio. Véase sobre la recíproca dependencia entre el desvalor del resultado y el desvalor de la acción, RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 233 ss.

⁵⁹ Entre nosotros ROMEO CASABONA ha señalado que en los elementos que definen el tratamiento médico-quirúrgico curativo desde el punto de vista jurídico-penal, se distinguen dos aspectos principales, el subjetivo y el objetivo y que se desglosan en: «1) La finalidad perseguida con el tratamiento, que, evidentemente, habrá de estar dirigida directamente a obtener una mejora en la salud del paciente; 2) la idoneidad objetiva terapéutica, es decir, el conocimiento, conforme al estado presente de la ciencia, de los resultados probables que se derivarán de la intervención o tratamiento a realizar, en relación con el beneficio de la salud del paciente, y de los riesgos que aquéllos entrañan; y, 3) la existencia de un ser enfermo al que vaya dirigida esa finalidad y la aplicación de los medios»; véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, pp. 143 ss. Junto a estos aspectos habría que tener en cuenta, además, las valoraciones en torno a la utilidad social que en general tiene esta clase de intervenciones y que repercuten en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social.

penal del resultado porque esta conducta es adecuada socialmente. La adecuación social es un criterio rector específico de la valoración que se proyecta sobre un suceso, pero con posterioridad a la constatación de la relación de imputación que emerge de la misma estructura material del suceso en la esfera ontológica, en la que la finalidad de la acción tiene una importancia capital. El criterio de exclusión de las conductas socialmente adecuadas del tipo de lo injusto debe ser uno mediante el que se enjuicia la unidad final-causal de la conducta, y en el que la pauta rectora debe ser la comprobación de la coincidencia o divergencia de la finalidad subjetiva de la acción con la finalidad general positivamente valorada por la comunidad. Por lo tanto, la finalidad como género y el dolo como especie de la misma no pueden fundamentarse prescindiendo de los elementos objetivos externos de la acción que nos suministran información acerca de la significación social de la conducta⁶⁰.

Asimismo, como apunta ROMEO CASABONA, cuando un médico se enfrenta con la situación de tener que decidir si realiza o no una intervención en la que prevé la posibilidad de un fracaso, y se inclina por llevarla a cabo, esta decisión la ha tomado porque también considera que es la única posibilidad de curar al paciente o de, al menos salvarle la vida, es decir que obra en función de proteger el bien jurídico. De lo contrario, si se abstuviera de intervenir, es seguro que el resultado letal se produciría, y eso es precisamente lo que el médico trata de evitar con su trabajo⁶¹. Se pone de manifiesto claramente que la valoración social de este tipo de intervenciones quirúrgicas está vinculada a la situación de absoluta necesidad en la que para el logro de una utilidad social consistente en mejorar o restablecer la situación de la vida, de la salud o de la integridad física de un paciente es preciso afectar de alguna manera a tales bienes jurídicos que se encuentran involucrados de un modo consustancial en la realización de esa intervención médica, y todo ello es tenido en cuenta para realizar la ponderación que da lugar a una valoración extrasistemática de la conducta que se centra en el ámbito de la valoración del resultado y, por este motivo, a mi juicio, este caso debería ubicarse también en los supuestos de la adecuación social. En aquellas intervenciones quirúrgicas en las que el resultado desfavorable es previsible porque la experiencia nos dice que existe, por ejemplo, un 70% de posibilidades de fracaso, se aprecia sin ninguna duda la necesidad de aplicar valoraciones extrasistemáticas de la conducta como las proporcionados por la adecuación social, porque la afección del bien jurídico es consustancial al ejercicio de una actividad médico-quirúrgica que se orienta desde el principio a conseguir el fin de que se produzca la utilidad social de esa conducta. Si pasamos, a continuación, al ámbito de valoración de la acción observamos que la misma ha sido emprendida con un fin terapéutico socialmente valorado que determina que la acción tenga el sentido social terapéutico junto con *esta* afección del bien jurídico. En consecuencia, la conciencia y voluntad con la que actúa el médico independientemente de que sea una voluntad directa de curar no puede constituir a la vez ni un dolo directo de segundo grado, así como tampoco un dolo eventual

⁶⁰ Véase un análisis más extenso sobre estas cuestiones, con más referencias bibliográficas, en nota 47. SACHER también concluye que «WELZEL no fijó la adecuación social como un límite inquebrantable en los delitos dolosos, sino que consideró los conocimientos y propósitos del autor para determinar si la conducta era socialmente adecuada»; véase SACHER, «¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel?», en HIRSCH/CEREZO MIR/DONNA (dirs.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, 2005, pp. 573 ss., p. 596. REGIS PRADO/MENDES DE CARVALHO, *Teorías de la imputación objetiva del resultado*, 2007, p. 221, estiman que «la diferencia axiológica entre una acción socialmente adecuada y una acción socialmente inadecuada sólo puede ser contrastada cuando se examina también la voluntad de realización del autor».

⁶¹ Véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, pp. 207-208, concluyendo que «si se produce el resultado nefasto habrá que indagar si se debió a no haber sido observado el cuidado exigido en el tráfico, es decir, comprobar si concurre el tipo de los delitos culposos, pero en todo caso quedará excluido el elemento subjetivo del tipo de los delitos dolosos, incluido el dolo eventual».

de homicidio si se produce el fallecimiento del paciente, por cuanto la afección del bien jurídico vida consustancial a esta actividad médico-quirúrgica no constituye el resultado típico de dicho delito. Para poder afirmar en un caso como el expuesto, que el médico tiene influencia en la producción de la muerte del paciente durante la intervención, sería necesario que concurrieran circunstancias distintas a la que se presupone en la valoración de esa actividad como adecuada socialmente, y que eliminen prácticamente la esperanza de vida del paciente. Sin embargo, con respecto a todo tratamiento o intervención curativa queda excluida ya de antemano la certeza absoluta del resultado favorable pues siempre comportan una dosis de riesgo e inseguridad ineludibles por lo que no se puede excluir el peligro de fracaso en ninguna intervención médica⁶². En una situación extrema como la descrita tanto el resultado positivo de salvación como el de muerte, únicamente pueden ser objeto de una esperanza o deseo ya que ni siquiera efectuada la operación se puede asegurar qué resultado acaecerá. Estamos ante supuestos reconducibles a la falta de posibilidad de influencia en la producción del resultado.

Otro caso muy interesante de analizar es el propuesto por GIMBERNAT ORDEIG: «quien mata a un recién nacido con la hemorragia que le produce al no ligarle el cordón umbilical, a pesar de que en la cadena de acontecimientos que han provocado la muerte existe una acción (la de *cortar* el cordón umbilical) causante del resultado típico, que la mayoría de las veces —con la excepción de aquellos raros supuestos en los que la intención de matar no existe desde el principio, sino que surge sólo después del corte del cordón umbilical— será también dolosa. Pero esa acción dolosa causante de la muerte no puede estar prohibida» porque consiste «en hacer aquello que es lo que precisamente hay que hacer en cualquier parto, a saber: cortar el cordón umbilical; de ahí que el juicio de tipicidad tenga que aparecer en un momento posterior: cuando se omite ligar el cordón umbilical y, con ello, el comportamiento deja de ser el objetivamente correcto»⁶³. En este supuesto la afección del bien jurídico que se produce con el corte del cordón umbilical conlleva un riesgo para la vida del niño por la hemorragia que, sin embargo, se mantiene dentro de los límites de lesión o de riesgo reconocidos como consustanciales a la acción misma del corte. Por este motivo quien emprende la acción de *cortar* el cordón umbilical y espera que se produzca la hemorragia, no realiza el tipo del homicidio por acción porque se trata de un comportamiento adecuado socialmente, y no concurre el dolo porque esta hemorragia sería consustancial a esta clase de acciones. Ahora bien, el problema que se plantea en estas situaciones es que de la realización de acciones socialmente adecuadas como la señalada pueden surgir, en ocasiones, deberes de actuar para evitar que la afección socialmente adecuada de los bienes jurídicos derive en daños y perjuicios no socialmente adecuados y cuyo incumplimiento fundamenta un homicidio por omisión, porque la omisión de la acción de ligar el cordón umbilical desencadena el proceso de muerte que tiene su origen en la hemorragia que estaba controlada por la acción que se ha omitido⁶⁴.

Si partimos de este ejemplo de adecuación social de las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico con un resultado favorable y realizamos una abstracción en relación con la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es, lo atípico) y lo no soportable (esto es, lo típico) por el orden social, la opinión tradicional considera que los intereses que inciden oscilan entre la libertad de acción y la seguridad y conservación del bien

⁶² Véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, p. 205.

⁶³ Véase GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», *Estudios Penales y Criminológicos*, (10), 1985/1986, pp. 182-183.

⁶⁴ Véase al respecto, GRACIA MARTÍN, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», *Actualidad Penal*, (38), 1995, pp. 700 ss.

jurídico. La fase del proceso de ponderación que estamos analizando nos exige estudiar correctamente estas dos alternativas para poder valorar los riesgos o las consecuencias que necesariamente hay que aceptar, en aras de la consecución de la utilidad social propia de una actividad socialmente valorada en el sentido expuesto anteriormente como lo es la actividad médico-quirúrgica.

Detrás del instituto de la adecuación social late la idea de la libertad de acción, por lo que resulta de gran interés estudiar la estructura material de esta acción. El primer dato que debemos resaltar es que la estructura material de esta acción que constituye el sustrato ontológico de la valoración que se debe efectuar tiene como núcleo la finalidad. Efectivamente la finalidad de estas acciones que se ubican en el primer nivel de la ponderación que en mi tesis doctoral denominé la «adecuación social», es una finalidad valorada socialmente porque la acción se orienta a la producción de una utilidad social y las afecciones de bienes jurídicos consustanciales al ejercicio de dicha acción quedan subordinadas absolutamente al interés social en la realización de tales acciones necesarias para el desarrollo de la vida en comunidad ya que los bienes jurídicos afectados están precisamente dispuestos para su uso y consumo en el desarrollo de la función socialmente útil correspondiente⁶⁵. Existe, entonces, un interés en la libertad de acción del individuo pero siempre y cuando actúe con una determinada finalidad en dirección a la realización de la función para la que está dispuesta la afección de ese bien jurídico. En el caso de la actividad médico-quirúrgica se requiere, como entre nosotros ha indicado ROMEO CASABONA, que el profesional sanitario actúe con la finalidad perseguida con el tratamiento médico-quirúrgico y dirigida directamente a obtener una mejora en la salud del paciente⁶⁶. Esta finalidad se reconoce asimismo en determinados preceptos del Código de Ética y Deontología Médica, de 2022, aprobado por el Consejo General de Colegios Médicos de España como, por ejemplo, en el artículo 18.2 que establece que el médico no debe practicar exploraciones complementarias de manera rutinaria, indiscriminada o abusiva⁶⁷.

Junto a la libertad de acción hay que hacer referencia asimismo «a la indemnidad del bien jurídico puesto en peligro por dicha acción»⁶⁸ o al también denominado «interés en la conservación de los bienes»⁶⁹. A mi juicio parece más correcto hablar del «interés en la utilización del bien jurídico según un orden condicionado socialmente» de acuerdo con el sistema dinámico y funcional expuesto por WELZEL⁷⁰, porque los bienes jurídicos no «están» simplemente, sino que deben ser utilizados adecuadamente para la producción y obtención de una multitud de utilidades sociales y para que se realicen las funciones necesarias para el desarrollo de la vida en comunidad. En suma, existe un interés en el uso y consumo instrumentales de un bien jurídico para la consecución de un resultado valorado que posibilite la vida en sociedad, que constituye uno de

⁶⁵ Véase GRACIA MARTÍN, «Zur Struktur von “sozialadäquaten Handlungen” und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechensaufbau», en SIEBER *et al.* (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht –Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstasachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70 Geburtstag*, 2008, pp. 214, 216, 217.

⁶⁶ Véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, pp. 143 ss.

⁶⁷ Este precepto «impone la obligación de no demorar injustificadamente la asistencia al enfermo y que el tiempo necesario para cada acto médico debe ser fijado por el criterio profesional del médico, teniendo en cuenta las necesidades individuales de cada paciente y el deber de procurar la mayor eficacia y eficiencia en su trabajo». Véase LEÓN SANZ, «El nuevo código de deontología (2022) y sus principios generales», *Cuadernos de Bioética*, (111), 2023, p. 160.

⁶⁸ Véase SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 575.

⁶⁹ Véase FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 92.

⁷⁰ Véase WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (58), 1939, p. 515 ss.

los presupuestos que sirven de base para efectuar la ponderación. En el ámbito de la actividad médico-quirúrgica curativa la valoración social de este tipo de intervenciones quirúrgicas está vinculada a la situación de absoluta necesidad en la que para el logro de una utilidad social consistente en mejorar o restablecer la situación de la vida, de la salud o de la integridad física es preciso afectar de alguna manera a bienes jurídicos tales como la vida, la salud o la integridad corporal de modo que se encuentran involucrados de un modo consustancial en la realización de esas intervenciones médicas, y todo ello es tenido en cuenta para realizar la ponderación que da lugar a una valoración extrasistemática de la conducta, la adecuación social, que se centra en el ámbito de la valoración del resultado. La aludida valoración social extrasistemática es la que permite calificar como socialmente adecuadas las intervenciones médico-quirúrgicas curativas. Esta utilidad social también tendrá en cuenta las diversas circunstancias concretas que concurren. Así, por ejemplo, no tendrá el mismo valor social la decisión de realizar una operación sobre un tumor cerebral que si es de cirugía estética, si se han previsto en ambos casos graves riesgos para la vida del paciente⁷¹. En el primer supuesto nos encontramos ante una actividad médico-quirúrgica curativa cuya finalidad es salvar la vida o restablecer la salud del paciente, mientras que en el segundo caso estamos ante una actividad médico-quirúrgica estética cuya finalidad es mejorar el aspecto físico del paciente. En la valoración social de ambas intervenciones concurren distintas circunstancias que van a influir en la definición de la utilidad social de tales intervenciones, cuando se han previsto graves riesgos para la vida del paciente, de modo que la primera intervención habría que valorarla como socialmente adecuada en el sentido expuesto, porque estamos ante una intervención médico-quirúrgica que supone un grave riesgo para la vida del paciente pero que resulta absolutamente necesaria llevarla a cabo para salvar la vida de dicho paciente. Sin embargo, la segunda intervención ya no resulta adecuada socialmente puesto que se trata de una intervención médico-quirúrgica estética, que también implica un grave riesgo para la vida del paciente y lo que se pretende conseguir es mejorar el aspecto físico de dicho paciente. El desvalor de los riesgos de esta segunda intervención no puede explicar con carácter general su utilidad social.

En función de la ponderación de intereses apuntada se puede hablar de una libertad en la elección de un determinado método diagnóstico o terapéutico frente a otros. Si nos centramos en la definición de la *lex artis* apreciamos que se trata de un concepto sumamente dinámico al estar vinculado a unos parámetros en constante proceso de evolución y cambio⁷², que ha de ser compatible con la libertad de método –de terapia o tratamiento– por parte del profesional médico, y ello afecta a la libertad técnica diagnóstica y de prescripción del tratamiento, pues sólo así es posible el avance científico en el sector⁷³. Esto implica que se debe reconocer una libertad en la elección de un determinado método diagnóstico o terapéutico frente a otros, que responda a la utilidad social perseguida con dicho método y que se centra en salvar la vida de un paciente o restablecer su salud. La determinación de la idoneidad y la corrección de un determinado método frente a otro plantea dificultades a la hora de ponderar los riesgos y los beneficios, que

⁷¹ Véase ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1986, p. 93.

⁷² Véanse, a mero título de ejemplo, HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, 2001, p. 149, nota 103; ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 181; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, 2003, p. 97; ROMEO CASABONA *et al.*, en ROMEO CASABONA (coord.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, 1993, p. 107, también indican que la *lex artis* «no es inmutable ni única, por tanto han de conciliarse con la libertad de método y su apertura a nuevas técnicas o procedimientos, aunque sean minoritarios». SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 45, se refiere también al carácter dinámico de los estándares de actuación que parece merecer aquiescencia general.

⁷³ Véase ROMEO CASABONA, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, p. 209.

suponga la elección de un método sobre otros en función del caso concreto⁷⁴. En virtud de esta ponderación se suele afirmar que el médico debe optar por el método, terapia o tratamiento que desde un punto de vista *ex ante* y según el estado de conocimientos de su especialidad, resulte menos peligroso o lesivo u objetivamente más eficaz⁷⁵, adecuado o idóneo. La opción por un método, terapia o tratamiento que revista tales características implica que el médico no puede actuar según la libertad clínica basada en la intuición, en el dato anecdótico o en el mero empirismo, tal y como se establece en el artículo 26.2 del Código de Deontología médica aprobado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de julio de 2011. Por el contrario, la libertad de método, tratamiento o terapia consiste «en la capacidad del médico de elegir, entre las intervenciones disponibles, la que más conviene a su paciente, tras haber sopesado su validez y utilidad; de haber decidido, atendiendo a criterios de seguridad y eficacia, la más idónea y adecuada a la circunstancia clínica concreta de su paciente... Son, por fortuna, cada día más abundantes, accesibles y precisos los instrumentos en los que el médico puede fundar sus decisiones. Son las distintas formas (grandes ensayos clínicos controlados, directrices y protocolos clínicos, estudios meta-analíticos, declaraciones de consenso) en que se expresa lo que se ha dado en llamar la "medicina basada en pruebas". Tales instrumentos no son fórmulas dogmáticas, obligadas y permanentes, sino guías clínicas, flexibles y temporales, pero seriamente evaluadas, sobre los modos recomendables de actuar en determinadas situaciones clínicas»⁷⁶. El reconocimiento de la libertad de método entendida como la capacidad del médico de elegir, entre las intervenciones disponibles, la que más conviene a su paciente en el sentido indicado supone, en primer lugar, que el convencimiento subjetivo del médico en la elección de un determinado tratamiento como objetivamente más idóneo o adecuado, una vez que el facultativo ha ponderado su validez y su utilidad en relación con un paciente que presenta unas características determinadas, se tiene que basar en los estudios existentes y contrastados científicamente, ya constituyan estos una opinión mayoritaria o minoritaria. Para llevar a cabo este juicio de idoneidad y adecuación de un método, tratamiento o terapia, según los criterios de seguridad y eficacia es necesario combinar elementos objetivos y subjetivos. En efecto en la ponderación de la validez y utilidad de un determinado tratamiento, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente más las conocidas por el médico por su vinculación con el caso (saber ontológico), junto con la experiencia común de la época sobre los cursos causales, por ejemplo, sobre técnicas terapéuticas, quirúrgicas, administración y efectos de los fármacos, los sistemas de IA, etc. (saber nomológico) y el saber experimental del médico/autor, esto es, los conocimientos que sobre las técnicas, efectos, etc., posea el médico que actúa en ese caso concreto y que dispone *para elegir la mejor opción para tratar a su paciente*⁷⁷. Si los estudios existentes y contrastados científicamente que configuran el estado de la opinión médica no ofrecen dudas sobre cuál de los métodos reconocidos es el indicado en el caso, la aplicación de cualquiera de los demás infringiría el deber objetivo de cuidado⁷⁸. En este ámbito debemos resaltar asimismo la

⁷⁴ Véanse JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 46; SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 48.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, p. 312.

⁷⁶ Véase el apartado 5 del acuerdo sobre «La libertad de prescripción del médico» adoptado por la Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos el 23 de octubre de 1999. Véase también DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «Libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, (31), 2017, pp. 11 ss.

⁷⁷ Véase ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1986, p. 67; EL MISMO, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, pp. 209-210, nota 40.

⁷⁸ Véanse SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 49; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 46.

importancia del cumplimiento de los deberes de información terapéutica del médico al paciente encuadrables dentro de la *lex artis*⁷⁹, cuando estamos ante una actividad médica curativa. Este deber de información se conceptúa como una exigencia de un tratamiento óptimo, que no es más que la información obligada que debe ofrecer el médico por las necesidades del tratamiento⁸⁰.

El problema se plantea cuando el conocimiento nomológico en este contexto no es capaz de ofrecer al facultativo un fundamento científico claro a la elección de un método sobre otro u otros. Los supuestos que se pueden plantear en este punto y que tienen en común la inseguridad en la que, en ocasiones, se desenvuelve la Medicina son variados y pueden abarcar, por ejemplo, 1) situaciones en las que existen métodos alternativos cuya eficacia ha sido reconocida de forma experimental por una concepción científica minoritaria; 2) situaciones en las que existen métodos alternativos cuya eficacia es puesta en duda por la concepción científica dominante y que no han sido suficientemente contrastados, de modo que tampoco se ha probado su ineficacia o, incluso, su carácter perjudicial⁸¹; o 3) situaciones en las que existe un método o tratamiento que ha sido considerado durante un tiempo como más eficaz por la concepción científica de manera unánime, pero que se revela en determinados casos como perjudicial aunque no existe aún una confirmación científica de dicha perjudicialidad. En tales casos en la elección de un determinado tratamiento como más idóneo o adecuado, una vez que el facultativo ha ponderado su validez y su utilidad en relación con un paciente que presenta unas características determinadas, podrá primar más el convencimiento subjetivo del médico con base en los datos conocidos por su vinculación con el caso concreto⁸², sin que ello sea un impedimento para delimitar lo cuidadoso de lo descuidado⁸³ precisamente por la falta de un fundamento científico evidente y unánime. Por supuesto también aquí hay que resaltar la importancia del cumplimiento de los deberes de información terapéutica del médico al paciente encuadrables dentro de la *lex artis*.

Llegados a este punto podemos establecer sintéticamente las siguientes conclusiones –y completar las ofrecidas en un trabajo precedente⁸⁴– en torno a la determinación del deber objetivo de cuidado mediante la *lex artis* aplicable a un grupo de casos semejantes o típicos:

1. En primer lugar, dicha determinación del deber objetivo de cuidado exige realizar la ponderación que hemos analizado entre el valor e interés de la utilidad social que produce la actividad médico-quirúrgica curativa y el desvalor de los riesgos de la misma vinculados

⁷⁹ Aluden expresamente a este deber de información terapéutica como exigencia de la *lex artis*, ROMEO CASABONA, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, p. 216; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., 2008, p. 347; BLANCO CORDERO, «Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica», *Actualidad Penal*, (26), 1997, p. 578; Véase también DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *Derecho Privado y Constitución*, (31), pp. 11 ss. Se refiere en general a los deberes de información del médico FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, pp. 313-315.

⁸⁰ Véase esta clara definición en el trabajo de BLANCO CORDERO, *Actualidad Penal*, (26), pp. 577 ss.

⁸¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 50-51.

⁸² Como pone de relieve ROMEO CASABONA, en EL MISMO, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, pp. 209-210, nota 40, la admisibilidad del propio convencimiento se refiere a esos datos conocidos por el médico que le van a permitir actuar con cierta libertad, dentro del riesgo permitido, en estos casos legal y socialmente aceptados (en el marco de la investigación terapéutica).

⁸³ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 53, nota 58, estima que la falta de claridad en la delimitación entre lo cuidadoso y lo descuidado responde al entrecruzamiento de una perspectiva objetiva (en grado por determinar porque puede ser respaldada por la opinión mayoritaria o por la minoritaria) y otra subjetiva (basada en el propio «convencimiento» del médico en cuestión) en la valoración.

⁸⁴ Véase más ampliamente RUEDA MARTÍN, *InDret*, (4), 2009, pp. 1 ss.

a la necesidad de su realización en el caso concreto. El resultado de esta ponderación será la valoración de las mencionadas actividades médico-quirúrgicas curativas como socialmente adecuadas por su utilidad social general.

2. En segundo lugar, cuando el personal facultativo utilice sistemas de IA la supervisión humana es consustancial en la determinación de la pauta de cuidado. La tecnología de la información moderna y en este sentido los sistemas de IA que ofrecen técnicas más eficaces en el diagnóstico, tratamiento, medicación, etc.⁸⁵, difíciles de hallarse por la inteligencia humana, constituyen un complemento del juicio clínico del personal sanitario, pero no lo pueden reemplazar. El ser humano debe mantener un dominio sobre estas tecnologías, incluso aun cuando lleguen a operar de forma autónoma⁸⁶ en diversos ámbitos, tal y como hemos indicado. Por una parte, en la recolección de datos es importante determinar cómo se han conseguido, qué datos se van a utilizar, con qué fin y por cuánto tiempo, quién tiene acceso a los mismos y cómo se aseguran. Por otra parte, en el procesamiento de datos es relevante entender cómo funciona el sistema de IA, quiénes tienen acceso al mismo, medidas de seguridad, etc. Asimismo, en la fase de los resultados es preciso analizar si los resultados son de calidad, si muestran algún impacto negativo en los derechos y si justifican la utilización de los sistemas inteligentes⁸⁷. En suma, el personal facultativo debe examinar cada uno de estos planos para que el resultado ofrecido por el sistema de IA pueda cumplir la finalidad asignada en el diagnóstico o en el tratamiento de patologías, de modo que tiene que valorar las indicaciones presentadas en relación con un caso clínico específico. Y también debe estudiar la adecuación extrínseca del modelo adoptado respecto del caso clínico⁸⁸.
3. En las actividades médico-quirúrgicas curativas, como se puede observar, el consentimiento del paciente no es un elemento a tener en cuenta en la ponderación entre el valor e interés de la utilidad social que produce la actividad médico-quirúrgica y el desvalor de los riesgos de la misma vinculados a la necesidad de su realización en el caso concreto, por lo que el consentimiento del paciente en dichas actividades no forma parte de la *lex artis* en sentido estricto⁸⁹. La valoración positiva del desarrollo de una actividad

⁸⁵ Véanse RUIZ/VELÁSQUEZ, *Revista Médica Clínica Las Condes*, (34), 2023, p. 85; INGLADA GALIANA *et al.*, *Revista Clínica Española*, (224-3), 2024, pp. 182 ss.

⁸⁶ Véase, con carácter general, ROMEO CASABONA, en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial*, v. II, 2023, pp. 76 ss. Asimismo véanse LAZCOZ MORATINOS *et al.*, en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial*, v. II, 2023, pp. 155 ss.

⁸⁷ Véanse referencias en nota 36.

⁸⁸ Véase PERIN, *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, (8-1), 2019, pp. 10-11.

⁸⁹ Véanse también en este sentido, a mero título de ejemplo, ROMEO CASABONA, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, pp. 231-232; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2^a ed., 2008, pp. 269-274.

PEÑARANDA RAMOS ha expuesto unos ejemplos con el fin de destacar la relevancia penal de la ausencia del consentimiento en el tipo de las lesiones. Se trata de dos supuestos juzgados por el TS en los que se confirmó la obligación de indemnizar las lesiones ocasionadas y la responsabilidad criminal por un delito de lesiones dolosas, respecto de «dos ginecólogos que, sin recabar el consentimiento de la afectada, esterilizaron a sus pacientes, mediante una ligadura de trompas, al observar, mientras les realizaban una cesárea, la existencia de diversas patologías uterinas que podrían entrañar un grave peligro para su vida en caso de quedar nuevamente embarazadas»; véase PEÑARANDA RAMOS, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, v. I, 2003, p. 360. Desde mi punto de vista, la pregunta que se plantea, en primer término, en estos ejemplos no es la relevancia de la ausencia del consentimiento de las pacientes afectadas, sino si se puede considerar que la afección del bien jurídico integridad corporal y salud al realizar estas esterilizaciones, resultó consustancial al

médico-quirúrgica curativa recae en la utilidad social que con carácter general produce este tipo de actividades, centrada en la mejoría o en el restablecimiento de su salud, y para la cual es absolutamente necesario afectar el bien jurídico integridad corporal y salud tal y como se ha expuesto. Desde luego el paciente es el primer interesado en alcanzar el adecuado desarrollo de una actividad médico-quirúrgica curativa, por lo que se requiere que ponga a disposición de la indicada actividad el bien jurídico aludido y que acepte voluntariamente su afección consustancial al logro de dicha utilidad social general. Por este motivo la actividad médico-quirúrgica curativa deberá ajustarse a la regulación establecida para el desarrollo de este tipo de actividades y aquí entra en escena el consentimiento del paciente. Sin embargo, en mi opinión, el consentimiento no decide la adecuación social de una conducta en el sentido indicado, porque la valoración general positiva del desarrollo de una actividad médico-quirúrgica curativa, fundamentada en la mencionada ponderación de intereses con los elementos que la integran, permanece aun cuando no consienta o no pueda consentir el sujeto. Otro tema es la relevancia que se haya que otorgar a lo que cada paciente valore en torno a los beneficios de la realización de una intervención médico-quirúrgica y la asunción de los riesgos de la misma. Es posible que esta valoración particular no coincida con la valoración general que culmina en la adecuación social de la intervención, pero en tal supuesto dicha valoración general no se modifica. A mi juicio lo decisivo es reconocer al paciente que su valoración particular en torno a los beneficios de la realización de una intervención médico-quirúrgica y la asunción de los riesgos de la misma es importante para examinar la licitud de esta intervención, aunque no tanto como para que influya esa valoración particular en el límite que traza lo tolerable y lo no tolerable por el orden social en el ámbito de las lesiones corporales. En este límite tiene preeminencia la valoración general con los elementos apuntados. Si en una intervención médico-quirúrgica curativa falta el consentimiento del paciente, lo más adecuado es, como indica ROMEO CASABONA, plantear una responsabilidad civil porque desde el punto de vista penal sería incluso discutible que concurren todos los elementos del tipo de un delito contra la libertad, como por ejemplo del delito de coacciones⁹⁰, o plantear una responsabilidad disciplinaria.

4. El reconocimiento de la libertad de método entendida como la capacidad del médico de elegir, entre las intervenciones disponibles, la que más conviene a su paciente en el sentido indicado supone, como expresamente ha apuntado ROMEO CASABONA, que «por *lex artis* no debe entenderse necesaria y únicamente las reglas aceptadas por la generalidad en ese sector profesional, pues hay también que aceptar aquí la libertad de método o procedimiento... Esta idea es la única compatible con el progreso de la ciencia y de su consideración en sí misma como tal»⁹¹. Una libertad de método así definida puede quedar

logro de una utilidad social centrada en el restablecimiento de la salud de las dos pacientes intervenidas, que se había puesto en peligro por la práctica de una cesárea. En estos supuestos el argumento decisivo para afirmar la tipicidad de unas lesiones corporales radica en que con estas esterilizaciones se ha producido una afección excesiva del bien jurídico integridad corporal y salud, por encima de lo que es consustancial a la realización de una cesárea en pacientes embarazadas que presentaban diversas patologías uterinas, porque como se indica en las sentencias del TS que resolvieron tales casos, las afectadas podrían haber decidido evitar nuevos embarazos por otros medios.

⁹⁰ Véase ROMEO CASABONA, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, p. 232. Sobre el tratamiento actual del consentimiento del paciente en nuestra regulación, véase CANCIO MELIÁ, «Patient autonomy and criminal law. A Spanish perspective», en DANILUK (ed.), *Patient Autonomy and Criminal Law: European Perspectives*, 2023, pp. 315 ss.

⁹¹ Véase ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho*, 1986, p. 70. En el mismo sentido, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, pp. 45 ss.; ESER, «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97), 1985, p. 12; JUNG,

integrada en la *lex artis* y ser acorde con el deber objetivo de cuidado.

3.4. El límite social de los medios y modos de ejecución de una acción finalista en la actividad médico-quirúrgica

En este primer nivel de la adecuación social que estamos analizando hay que centrarse en la utilidad social que se persigue a través de la utilización de los bienes jurídicos, por lo que el sistema de los bienes jurídicos estará condicionado por la decisión adoptada en torno a la misma. En un mundo sujeto a múltiples riesgos en abstracto, prácticamente, cada conducta alberga uno y prohibir la realización de tales conductas que dispongan a cada riesgo conduciría a un amordazamiento absoluto de la libertad de acción. En este sentido no pueden prohibirse en absoluto las acciones socialmente adecuadas y en concreto las intervenciones médico-quirúrgicas valoradas socialmente adecuadas. En la medida, sin embargo, en que también las acciones socialmente adecuadas pueden producir afecciones excesivas de los bienes jurídicos, es decir, por encima de lo que es consustancial al ejercicio de dicha clase de acciones, las acciones socialmente adecuadas asimismo deben pasar por un juicio diferente posterior al de la adecuación social, que representa un nivel distinto e independiente de valoración del comportamiento. Podemos afirmar que la acción socialmente adecuada se desarrollará en un ámbito de riesgo permitido cuando en la ponderación que se lleva a cabo en este nivel confronta el interés social en la utilidad social de la acción y las posibles afecciones de bienes jurídicos no consustanciales al ejercicio de aquella actividad, pero *ex ante* imprevisibles. En tales supuestos lo que se pondera ya no es la utilidad social en sí de la acción, sino que lo que se pondera es *el interés en la protección de los bienes jurídicos con los medios y modos de ejecución de la actividad socialmente adecuada*. Por esta razón las acciones socialmente adecuadas también están sometidas a un determinado deber objetivo de cuidado⁹², que establece un ámbito o nivel de riesgo permitido diferente del anterior en el que se enjuicia la corrección de la acción socialmente adecuada en cuanto a los medios y modos de ejecutar una clase determinada de acciones finalistas socialmente adecuadas⁹³.

En efecto, de la realización de una acción finalista determinada pueden derivarse además de las consecuencias comprendidas en la voluntad de realización del autor, otras consecuencias de un modo meramente causal. En la medida en que tales consecuencias supongan una lesión innecesaria del mismo bien jurídico involucrado en la ponderación o en otros bienes jurídicos, debe establecerse un deber objetivo de cuidado o de prudencia como punto de referencia de los medios y modos a los que debe atenerse la ejecución de una acción determinada socialmente adecuada para evitar su producción, en nuestro caso, para evitar que de la realización de una acción finalista determinada no dirigida a la producción de esa lesión innecesaria, pueda derivarse causalmente, sin embargo, ese resultado. Este deber objetivo de cuidado pretende favorecer un marco de movimiento y de correcto aprovechamiento en el uso de los bienes jurídicos para conseguir la utilidad social de ciertas actividades y evitar así unos perjuicios innecesarios en el bien jurídico involucrado en la ponderación o en otros bienes jurídicos⁹⁴. Como

«Außenseitermethoden und strafrechtliche Haftung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97), 1985, pp. 47 ss.

⁹² Véase CEREZO MIR, PG, 6^a ed., 1998, p. 160: «el Derecho exige para realizar las diversas acciones de la vida social una determinada diligencia o cuidado». Véase también RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 291 ss.

⁹³ Véase GRACIA MARTÍN, en SIEBER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, p. 220.

⁹⁴ WELZEL considera que las normas de cuidado exigen «en la selección y utilización de los medios la aplicación de una medida mínima de dirección final: “el cuidado necesario el tráfico”, con el fin de evitar efectos concomitantes

ha indicado nuestro Tribunal Supremo en aquellas actividades permitidas por su utilidad social, «el riesgo socialmente permitido ha de estar controlado por la adopción de una serie de medidas que lo enmarcan para que no exceda de lo imprescindible»⁹⁵, de manera que, por ejemplo, cuando se realiza una intervención médico-quirúrgica es obligado extremar las precauciones en torno a la esterilización adecuada en la utilización del instrumental quirúrgico, para evitar infecciones en el paciente, o en torno al control de las transfusiones de sangre que sea necesario emplear durante dicha intervención quirúrgica, para evitar la transmisión de enfermedades a aquellos pacientes que reciben las mencionadas transfusiones⁹⁶. También puede suceder que a pesar de estar descritas algunas complicaciones y de ser conocido su porcentaje de aparición, es posible que no existan medidas eficaces de prevención, por lo que en tales casos una actuación diligente del médico debe limitarse a la utilización de una técnica correcta⁹⁷ que garantice la utilidad social de la actividad médico-quirúrgica.

De todo ello se deduce que es justamente esta ponderación de intereses la que exige que en la base de la determinación del cuidado objetivamente debido exista una acción finalista⁹⁸, porque sólo se puede enjuiciar como socialmente adecuada a una determinada acción que tenga como meta la producción de la concreta utilidad social. Si se hace referencia a una determinada dirección de la voluntad es posible advertir los riesgos típicos de la acción, es decir, la producción de resultados objetivamente previsibles. Por lo tanto, en la formación del deber objetivo de cuidado sólo puede haber una acción finalista con respecto a la que la norma de cuidado, en función de los resultados objetivamente previsibles típicos de dicha acción y del resultado de la ponderación de intereses en torno a la utilidad típica y al riesgo típico de tal acción, establece los límites objetivos a los que han de ajustarse tanto los medios utilizados como los modos de ejecución de la acción finalista. En el caso concreto una acción finalista de esa clase será contraria al cuidado si los medios y/o el modo de ejecución puestos en práctica se desvían de la dirección finalista cuidadosa exigida por la norma⁹⁹. Nos encontramos con un curso extenso de una acción

no queridos y socialmente no deseados». «El ordenamiento jurídico exige, sin embargo, que tales acciones sean dirigidas también con “el cuidado necesario en el tráfico” con el fin de evitar efectos concomitantes no deseados»; véase WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, 1964, p. 30.

⁹⁵ Véanse las STS 12/1995, Penal, de 18 enero (ECLI:ES:TS:1995:118), y STS 1329/2001, Penal, de 5 septiembre (ECLI:ES:TS:2001:6710).

⁹⁶ La concreción del deber objetivo de cuidado puede realizarse atendiendo a lo dispuesto en disposiciones reglamentarias de carácter técnico sobre, por ejemplo, la utilización del instrumental médico-quirúrgico. Sin embargo, se puede infringir el cuidado objetivamente debido sin infringir esta clase de disposiciones reglamentarias si la *lex artis* establece una forma de actuación distinta. Véase ROMEO CASABONA, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, pp. 211 ss.

⁹⁷ Véase expresamente ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho*, 1986, p. 92.

⁹⁸ Véanse RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 285 ss.; ABRALDES, «La acción finalista: base insustituible del cuidado objetivamente debido», en HIRSCH/CEREZO MIR/DONNA (eds.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, 2005, pp. 332 ss.

⁹⁹ Véanse WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, 1964, p. 69, cuando afirma que «el contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico»; y CEREZO MIR, *PG*, 6^a ed., 1998, p. 36, cuando afirma que «en los tipos de los delitos imprudentes se compara precisamente la dirección finalista de la acción realizada con la dirección finalista exigida por el Derecho». Como ha indicado GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*, 2006, pp. 280-281: «las normas de cuidado, pues, pretenden determinar a la voluntad de realización no a que tome una dirección que conduce directamente a un fin específico o a que su *concreta puesta en práctica* en la dirección que conduce directamente a un fin específico —que es jurídicamente irrelevante, valioso, o cuya producción se fomenta e incluso se impone como obligatoria— se haga con medios y de modos o formas a partir de los cuales puede suponerse que no se producirán las consecuencias jurídico penalmente relevantes que son objetivamente previsibles a partir de una puesta en práctica de la finalidad de la acción con otros medios o de otros modos y formas».

finalista que es el objeto de la valoración y en el que cabe realizar una pluralidad de fragmentos susceptibles de configurar cada uno de ellos el objeto de una unidad de valoración jurídico penal independiente que, sin embargo, están relacionados. Así el fin de la acción y los medios o modos de ejecución están íntimamente entrelazados¹⁰⁰, de modo que la valoración jurídica de los medios y modos de realización de la acción por el deber objetivo de cuidado depende también del fin de la acción, pues una diferencia de fines puede suponer precisamente una modificación de la valoración jurídica de unos mismos medios y formas objetivos de realización de la acción o modificar el contenido del deber de cuidado¹⁰¹. Se vuelve a manifestar en este punto que la realización de una acción finalista –o su omisión– es el elemento básico de la valoración jurídica, por lo que deberemos dirigir nuestra atención a toda la realidad que es el contexto en el que surge lo penalmente típico¹⁰².

¹⁰⁰ Véanse en este sentido GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*, 2006, pp. 227 ss., y CEREZO MIR, PG, 6^a ed., 1998, p. 36 nota 35, frente a LUZÓN PEÑA que considera que el modo de ejecución de la acción es «totalmente independiente de la finalidad»; ABRALDES, en HIRSCH/CEREZO MIR/DONNA (eds.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, 2005, pp. 339 ss.; REGIS PRADO/MENDES DE CARVALHO, *Teorías de la imputación objetiva del resultado*, 2007, pp. 234-236.

¹⁰¹ Véase GRACIA MARTÍN quien afirma al respecto que «la conducción de una ambulancia a una velocidad superior a la establecida con carácter general para el lugar de tránsito, con invasión del sentido contrario de circulación y sin detención de la marcha en cruces con semáforo cerrado (medio y manera objetiva de realización) puede ser una conducta no desvalorada y, por tanto, conforme con la norma de cuidado actualizable en el caso concreto si el fin de la acción es el traslado urgente de un accidentado en peligro de muerte, pero esa misma e idéntica conducta objetiva, es decir, considerada en sus elementos externos, estará desvalorada y será contraria a la norma de cuidado si, por ejemplo, el fin de la acción del conductor, que estaba utilizando la ambulancia de modo privado fuera de su horario de trabajo, era divertirse, probar su destreza y habilidad, o librarse de un atasco para llegar a tiempo a un espectáculo»; véase GRACIA MARTÍN, «Recensión al libro de Luzón Peña, Diego-Manuel, Curso de Derecho penal. Parte General, 1^a ed., Universitas, S. A., Madrid, 1996», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (5), 2000, p. 373.

¹⁰² GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, en la nota 660 de la p. 219 estima que gran parte de los casos que RUEDA explica como ejemplos de adecuación social deben ser trasladados a la justificación y me atribuye una confusión entre atipicidad y justificación. Creo que en mi exposición he distinguido entre el ámbito de lo adecuado socialmente o de lo soportable (atípico) por el orden social y el ámbito de la justificación. Como desarrollo en mi trabajo, RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 310 ss., en relación con las acciones socialmente adecuadas convendría destacar ahora una nota importante: que su realización implica necesariamente la afección de un bien jurídico que es inmanente al cumplimiento de una función determinada establecida con carácter general, de modo que en estas situaciones se presupone que la vida social se desarrolla en los términos habituales y según un orden condicionado socialmente. Esta nota también está presente en las acciones justificadas tal y como vamos a ver a continuación, si bien es cierto que ambas —las acciones socialmente adecuadas y las amparadas por una causa de justificación— se presentan en dos situaciones cualitativamente distintas. El orden social de los bienes jurídicos se protege a través de las normas de determinación que consisten en mandatos o prohibiciones y que presuponen que el orden social se encuentra en un estado de normalidad. Sin embargo, el orden social que parte de una concepción funcional y dinámica de los bienes jurídicos, en ocasiones, se encuentra en una situación de anormalidad por la irrupción de circunstancias sobrevenidas y, en estos casos, exige la realización de determinadas acciones que no pueden ejecutarse sin afectar necesariamente a algún bien jurídico. En el ámbito de la justificación el ordenamiento jurídico autoriza la realización de unas acciones socialmente necesarias y faculta a algunos individuos a emprender estas acciones de una manera adecuada a sus fines sociales, de modo que el ordenamiento jurídico crea y mantiene, con sus normas y preceptos permisivos, un orden valioso de la vida social, ya que las causas de justificación, como ha afirmado JESCHECK constituyen proposiciones jurídicas que no se dirigen en primer lugar a la justificación de algo prohibido, sino que deben servir a fines propios y de más alcance [véase JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5^a ed., 1996, p. 324]. Así algunas las causas de justificación tienen como fin impulsar el funcionamiento de la vida social en la comunidad, como sucede, por ejemplo, con el cumplimiento de un deber o con el ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio. Sin embargo, las acciones justificadas suponen la realización de una conducta que aunque se dirige a la producción de un resultado valioso para el orden social, abarca también necesariamente la situación de hecho descrita en un tipo penal y que puede generar al mismo tiempo riesgos para otros bienes jurídicos, por lo que es preciso limitar el uso de los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de estas acciones a lo estrictamente necesario. Sólo cuando la realización de esta acción típica es necesaria para la producción de un resultado valioso para el orden social surge un juicio de valor que conduce a la permisión correspondiente, de modo que —como señaló Armin Kaufmann— la tipicidad de una acción es un *prius*

En este apartado es preciso abordar algunos problemas que se plantean a la hora de determinar el deber objetivo de cuidado en los supuestos en que ha habido un error o fallo técnico en Medicina. El error o fallo técnico es un concepto científico que supone un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación de un médico (exploración, diagnóstico, indicación, realización del tratamiento)¹⁰³. Un error de tales características se puede producir en Medicina sin que implique necesariamente una infracción del deber objetivo de cuidado¹⁰⁴, «ya que puede tener un origen fortuito, tener su causa en las propias insuficiencias de la Medicina como ciencia o puede ser un riesgo o complicación propia del acto médico ejecutado»¹⁰⁵, por lo que este concepto, como ha puesto de relieve ROMEO CASABONA, no implica aún una valoración jurídica. La valoración jurídica en torno a si un error o fallo técnico ha supuesto una infracción del deber objetivo de cuidado debe realizarse tras su constatación¹⁰⁶, y para ello al realizar la ponderación de intereses como se ha indicado, hay que centrarse en la valoración de la experiencia común de la época sobre los cursos causales, por ejemplo, sobre técnicas terapéuticas, quirúrgicas, administración y efectos de los fármacos, los sistemas de IA, etc. (saber nomológico) y confrontar la adecuación del comportamiento del médico a dicho saber nomológico imperante en el momento en el que se ha constatado dicho error. Si en esta valoración el comportamiento del médico responde al estado actual del conocimiento nomológico, no se puede constatar una infracción del deber objetivo de cuidado por parte del facultativo, aunque haya existido un error o fallo técnico. En estos casos nos encontramos ante un supuesto de error invencible que no puede dar lugar a una responsabilidad penal¹⁰⁷. Ahora bien, si el comportamiento del médico no responde al estado actual del conocimiento nomológico, se podría constatar una infracción del deber objetivo de cuidado por parte del personal facultativo que en relación con la utilización de sistemas de IA, la posible atribución de responsabilidad penal por imprudencia dependería de dos elementos interrelacionados: por una parte, la corrección o incorrección de la información proporcionada por el sistema de IA; y, por otra parte, la supervisión efectiva del facultativo o su ausencia. Pensemos en un sistema de IA que realiza una recomendación correcta y proporciona una alerta

lógico de su justificación, es decir, que la causa de justificación se vincula a la tipicidad ya existente [véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, p. 256]. Como se puede apreciar, entonces, la necesidad de la lesión de un bien jurídico reaparece de nuevo en las causas de justificación, en virtud de la cual se concede una «libertad» de acción de naturaleza especial con un permiso especial que autoriza la realización de acciones típicas. Los preceptos permisivos a los que nos estamos refiriendo, autorizan la realización de conductas con las que se pretende alcanzar exclusivamente el fin estricto que se considera socialmente valioso y que sobrepasan el límite de riesgo o de lesión que ha sido admitido por el legislador como soportable y que por ello en general son peligrosas para la estabilidad social. Como la autorización sólo admite la realización del tipo que sea estrictamente necesario, deben existir, por fuerza, otras normas, mandatos o prohibiciones que prescriben los límites de ejercicio de la acción necesaria. La necesidad de la lesión del bien jurídico es «moderada» a través de normas objetivas de cuidado: estas normas se cuidan de que en situaciones de justificación no haya más lesiones o peligros sobre el bien jurídico que las estrictamente necesarias. Entonces, teniendo en cuenta estos presupuestos y en este ámbito, se puede afirmar que en las situaciones de justificación existe siempre un ámbito de riesgo permitido que delimita el margen de tolerancia de un riesgo típico para el bien jurídico involucrado en la situación de justificación que, sin embargo, aparece como estrictamente necesario para alcanzar el concreto y preciso fin de la causa de justificación.

¹⁰³ Véanse ROMEO CASABONA *et al.*, en ROMEO CASABONA (coord.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, 1993, p. 106; ROMEO CASABONA, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, p. 210.

¹⁰⁴ Véanse ROMEO CASABONA *et al.*, en ROMEO CASABONA (coord.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, 1993, p. 107; ROMEO CASABONA, en EL MISMO, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, p. 210.

¹⁰⁵ Véase el AAP de Cádiz, Sección 1, de 12 noviembre de 2008 (ECLI:ES:APCA:2008:1487A).

¹⁰⁶ Véase ROMEO CASABONA, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, p. 210.

¹⁰⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 12 ss., en torno al error de diagnóstico como integrante del tema más general del error o fallo técnico.

acerca de una patología, pero en su tarea de supervisión el facultativo la rechaza por desconocimiento o error. En este supuesto el facultativo no ha actuado conforme al cuidado objetivamente debido, si así se concluye de la valoración que se efectúe al confrontar la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico) con la adecuación del comportamiento del médico a dicho saber nomológico imperante en el momento en el que se ha constatado dicho error. Si se alcanza una valoración afirmativa el sistema de IA acreditaría la infracción del deber objetivo de cuidado del facultativo. Seguidamente, imaginemos un sistema de IA que realiza una recomendación incorrecta de alerta de falso positivo o falso negativo en una patología, de modo que el personal sanitario la sigue sin haber supervisado el respectivo proceso que ha conducido al error. Si se produce la confirmación de la indicada patología, en este caso el facultativo no ha actuado conforme al cuidado objetivamente debido por haber omitido la supervisión que se establece en el artículo 14.4 del Reglamento de Inteligencia Artificial al no haber revisado debidamente el funcionamiento del sistema de IA, al no comprender adecuadamente sus capacidades y limitaciones para manejarlo, si no ha sido consciente de la existencia de un sesgo de automatización, o si no ha interpretado correctamente los resultados del sistema de IA, teniendo en cuenta, por ejemplo, las herramientas y métodos de interpretación disponibles. En todo caso, de este análisis parece pertinente establecer directrices claras sobre la documentación de los resultados que arrojan los sistemas de IA ya sean normales o equivocados, así como sobre la manifestación y evitación de sesgos de autoridad, automatización y confirmación¹⁰⁸.

Si en la ejecución de una acción socialmente adecuada, como lo es la actividad médico-quirúrgica curativa que exige involucrar el bien jurídico integridad corporal y salud de una persona, se ve involucrado otro bien jurídico de forma ocasional y absolutamente imprevisible, por ejemplo, la vida con la consiguiente producción del resultado de muerte en una intervención quirúrgica por la aplicación de una anestesia que ha causado en un paciente reacciones adversas o idiosincrásicas, que no se pueden prever ni evitar y respecto de las cuales no es posible aplicar ninguna medida, no puede calificarse dicha intervención como peligrosa, salvo que se haga desde el punto de vista del estéril concepto de peligro entendido como riesgo general de la vida. En Medicina tales reacciones adversas o idiosincrásicas de la anestesia se consideran accidentes cuantificados estadísticamente *en abstracto*, pero no están vinculados a situaciones y perfiles concretos de determinados pacientes. Si partimos de estas consideraciones, y si los estudios realizados sobre un paciente que va a ser intervenido quirúrgicamente muestran absoluta normalidad, se puede concluir *en el caso concreto* que una intervención quirúrgica sobre dicho paciente no es una acción peligrosa por la aplicación de una anestesia. En relación con estos resultados absolutamente imprevisibles se puede negar, con LUZÓN PEÑA, que la acción «sea directamente lesiva, no es una acción que con seguridad va a producir la lesión del bien jurídico»¹⁰⁹, y quedan, por ello, excluidos de la ponderación que da lugar al establecimiento de un determinado cuidado objetivo. Los resultados son objetivamente previsibles a partir de la puesta en práctica de unos determinados medios y modos de ejecución de la acción, pero cuando los medios y modos puestos en práctica por el sujeto se mantengan dentro del cuidado objetivamente debido, entonces los resultados ya no serán objetivamente previsibles.

¹⁰⁸ Véanse OEERST/IMHOFF, «Toward Parsimony in Bias Research: A Proposed Common Framework of Belief-Consistent Information Processing for a Set of Biases», *Perspectives on Psychological Science*, (18-6), 2023, pp. 1464-1487.

¹⁰⁹ Véase LUZÓN PEÑA, *PG*, 3^a ed., 2016, p. 353.

3.5. Criterios que fundamentan en la ponderación de intereses la medida de lo tolerable. Necesidad de una regulación específica acerca de la utilización de herramientas de IA en la praxis médico-quirúrgica curativa

La admisión de las acciones socialmente adecuadas se fundamenta en un esquema valorativo previo que repercute en la ponderación de intereses y en virtud del cual se establece la medida de lo tolerable. En este nivel el principal problema surge cuando se trata de establecer un criterio válido de valoración que sirva de base a dicha ponderación. El criterio más utilizado en la doctrina para establecer el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social, es el de la determinación de la relación coste/beneficio¹¹⁰. Sin embargo, a mi juicio, en el ámbito de las actividades médico-quirúrgicas podemos indicar los siguientes argumentos para rechazar dicha concepción mecanicista¹¹¹. En primer lugar, a través de esta concepción mecanicista del cálculo costes/beneficios se da entrada en el instituto del riesgo permitido¹¹² a criterios naturalísticos, estadísticos o matemáticos como las probabilidades estadísticas de producción de un resultado, que se muestra insuficiente para delimitar lo soportable (atípico) y lo no soportable (lo típico) por el orden social. Esta crítica se muestra especialmente clara cuando analizamos la permisión de determinadas intervenciones médico-quirúrgicas en las que es absolutamente necesario involucrar de forma consustancial un bien jurídico, como la vida o la salud y la integridad corporal de un paciente, con un resultado favorable. En tales supuestos la ponderación que da lugar a la valoración positiva de tales intervenciones no se realiza en función de unos costes/beneficios, porque no existe tal coste sobre el bien jurídico, al realizarse esa intervención médico-quirúrgica para salvar la vida del paciente o restablecer su salud y al conseguirse ese fin. Ello es así incluso aunque nos encontremos ante una actividad médico-quirúrgica que haya producido unos resultados desfavorables previsibles. Tampoco se aprecia una ponderación en función del coste/beneficio de aquella actividad médico-quirúrgica que produce unos resultados desfavorables imprevisibles. En este caso la valoración positiva de tales intervenciones debe tomarse en función de la ponderación de todos los intereses en juego entre los cuales no puede tenerse en cuenta la posible afección del bien jurídico que se ha producido, por ejemplo, la muerte del paciente si no ha sido consustancial a la realización de una determinada intervención médico-quirúrgica. Lo que prima en la valoración positiva de este tipo de intervenciones es la posibilidad de desarrollo del bien jurídico afectado de forma consustancial en la realización de una acción socialmente adecuada que pretende lograr una utilidad social, como sucede con los bienes jurídicos vida e integridad corporal y salud en la realización de una actividad médico-quirúrgica curativa, que reportará un efecto positivo con carácter general en la vida social, sin efectuar necesariamente una lectura en términos de costes/beneficios. Por este motivo en la delimitación de lo soportable y lo no soportable por el orden social, realizada por el legislador no pueden desempeñar ningún papel las probabilidades de lesión de otros bienes jurídicos distintos de los que están presupuestos en la misma ponderación. Si por alguna circunstancia especial hubiera que tener en cuenta que, necesariamente, debe involucrarse un bien jurídico distinto, consecuentemente se produciría una modificación de los presupuestos de los que parte esta ponderación. Entonces, la simple probabilidad de lesión de un bien jurídico es algo ajeno a la ponderación que subyace detrás del instituto de la adecuación social, por lo que no puede ser un

¹¹⁰ Véase el planteamiento general desarrollado por HOYER, «Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (121), 2009, pp. 878 ss. Crítica PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, 2019, pp. 92 ss.

¹¹¹ Véase más ampliamente RUEDA MARTÍN, *InDret*, (4), 2009, pp. 41 ss.

¹¹² Téngase en cuenta que los autores que utilizan en este contexto la denominación del riesgo permitido, se refieren a casos que hemos ubicado en la adecuación social.

criterio útil para perfilar los límites de la conducta típica. Por otro lado, lo decisivo no es el carácter anónimo de quien ha de soportar los costes de una actividad permitida, sino que lo decisivo son los presupuestos concretos que deben concurrir en la ponderación en función de la cual se valoran una determinada clase de acciones como socialmente adecuadas por ser socialmente útiles. En el ámbito médico-quirúrgico lo relevante es que el paciente de la intervención médico-quirúrgica presente unas determinadas características propias¹¹³, por las que se autoriza dicha intervención para restablecer su salud. Por último, conviene señalar que en el planteamiento de la ponderación de intereses no es correcta la utilización del criterio de valoración utilidad/dañosidad en la delimitación de lo soportable (atípico) por el orden social y que da lugar a la adecuación social, porque no se contempla la dimensión funcional y dinámica del sistema de los bienes jurídicos, ya que no toda afección de los mismos es considerada perjudicial o dañina. Efectivamente mediante el recurso a este criterio no se valora correctamente la necesidad de la afección del bien jurídico que es consustancial a un orden condicionado socialmente, ya que en este nivel la utilización del bien jurídico reportará un efecto positivo con carácter general en la vida social si se ajusta a la función a la que esté adscrita.

La pregunta que nos debemos plantear es si la utilización de los sistemas de IA influye en la delimitación de lo soportable y lo no soportable por el orden social, realizada por el legislador dados los riesgos que pueden surgir sobre la salud de las personas porque sus capacidades de procesamiento y predicción pueden conducir a un uso reprochable de los sistemas de IA si, por ejemplo, determinan la recepción de un tratamiento concreto dependiendo de la esperanza de vida¹¹⁴. Como se ha apuntado anteriormente, en el ámbito médico si se cumplen ciertos requisitos empíricos estrictos se puede confiar en la lógica computacional de la IA¹¹⁵, si bien es cierto que parece imponerse la necesidad de evaluar la confiabilidad de los sistemas de IA en Medicina mediante la correspondiente regulación jurídica, que incida en la documentación y justificación de las elecciones técnicas que los profesionales han efectuado al diseñar dichos sistemas. Las elecciones técnicas que subyacen a un diseño algorítmico están determinadas por consideraciones cargadas de valores éticos/sociales/políticos y de preferencias, y hacer transparente el proceso de diseño significa ponerlos en un primer plano con la ayuda de disciplinas como la Filosofía de la Tecnología y la Filosofía de la Ciencia¹¹⁶. Por tanto, resulta evidente la necesidad de desarrollar una regulación específica acerca de la utilización de herramientas de IA en la praxis médico-quirúrgica curativa, asegurando que cumplan con los requisitos de calidad y eficacia antes de su implementación. Coincidiendo con ROMEO CASABONA/LAZCOZ MORATINOS, es preciso «contar con una fuerte intervención administrativa, reforzada por normas que articulen el funcionamiento permitido –autorizado– de los sistemas de IA, modulado conforme a las características particulares que presenten y a las funciones específicas que vayan a realizar. Quiere decirse con esto que el marco en el que debería ajustarse el espacio para el riesgo permitido en las decisiones e intervenciones sustentadas en la IA habría de construirse sobre una estructura próxima a la idea del compliance, que constituye el

¹¹³ Véase HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, 2001, p. 60.

¹¹⁴ Véase VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, 2021, p. 37.

¹¹⁵ Véase LONDON, «Artificial intelligence and black-box medical decisions: accuracy versus explainability», *Hastings Center Report*, (49), 2019, pp. 15–21.

¹¹⁶ Véanse RATTI/GRAVES, *AI and Ethics*, (2), 2022, pp. 801 ss. Se muestra también partidario de establecer una regulación jurídica que limite la falta de transparencia y de rendición de cuentas de los sistemas de inteligencia artificial VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, 2021, p. 100. Sobre la evaluación ética de la tecnología por parte de los filósofos y tecnólogos, véase la descripción del análisis que se realiza por fases propuesta por BREY, en VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, 2021, pp. 107 ss. Un estudio más actualizado se puede consultar en UMBRELLO *et al.*, *Technology in Society*, (74), 2023, pp. 1 ss.

fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para una gran parte de la doctrina penal. En el ámbito de los delitos imprudentes, el *compliance* consistiría no sólo en la existencia de estructuras y procedimientos organizativos y de gestión del riesgo que previnieran la existencia o el desarrollo de una defectuosa –negligente– organización o planificación propicia para la comisión de delitos (objetivo esencial en relación con las personas jurídicas), sino más bien o además, en nuestro caso, que esas estructuras y procedimientos previnieran también la toma de decisiones rutinarias y no validadas consecuentes de las conclusiones del sistema inteligente. El segundo aspecto comportaría que la puesta a disposición en el mercado (o su introducción y utilización en los sectores de la sociedad concernidos) fuera precedida por un examen general y minucioso del sistema por técnicos expertos acreditados e independientes, aunque pudieran estar al servicio, directo o indirecto, (p. ej., por la vía de concesiones administrativas para gestionar el servicio) de las administraciones públicas. Ellos valorarían su adecuación técnica para el servicio o actividades que el sistema debería prestar, el grado de error predecible, su básica inocuidad para los bienes jurídicos, la posibilidad de bloquear su uso o funcionamiento en casos de emergencia, etc. La valoración positiva o acreditación oficial daría lugar a la autorización de la utilización pública o privada del sistema de IA, indicando las revisiones y validaciones de mantenimiento periódicas que deberían realizar los usuarios o establecer sus empresas u organizaciones, sobre las conclusiones y propuestas de aquél; y señalando también las funciones específicas para las que hubiera sido acreditado y a las cuales debería limitarse el sistema... (E)stas premisas sólo configurarían los estándares practicables en situaciones predecibles (“típicas” o conocidas y descritas por el sector social concernido), pues el sistema organizativo así las habría computado»¹¹⁷. Con estas directrices se pueden definir estándares de cuidado que junto con una rendición de cuentas en el uso de los sistemas de IA garanticen los derechos y la seguridad de los pacientes.

Una vez que se hayan implementado las herramientas de IA en la praxis médico-quirúrgica curativa, debe garantizarse la supervisión humana en los sistemas de IA en la práctica médico-quirúrgica con un enfoque integral que recoja diversos elementos como una formación especializada del personal sanitario, protocolos de actuación precisos, estructuras hospitalarias eficientes y, por último, consideraciones éticas con el fin de maximizar sus beneficios en la Medicina en torno a la seguridad y el bienestar de los pacientes. En primer lugar, la formación especializada del personal sanitario implica desarrollar programas que incidan en los fundamentos de la IA y en aplicaciones clínicas avanzadas en entornos controlados, que faciliten un aprendizaje basado en la experiencia¹¹⁸. En segundo lugar, en cuanto a los protocolos de actuación debe subrayarse la necesidad de incluir, por un lado, actualizaciones del correspondiente software, validación de algoritmos y monitoreo de resultados clínicos. Por otro lado, deben contemplar indicaciones acerca de la intervención del personal facultativo para revisar o modificar las recomendaciones de los sistemas de IA, con el establecimiento de pautas para abordar posibles discrepancias con el juicio del profesional de la salud respecto del diagnóstico y tratamiento del paciente. También es importante añadir referencias sobre la gestión de datos utilizados por los sistemas de IA, que refuercen la protección de la privacidad

¹¹⁷ Véanse ROMEO CASABONA/LAZCOZ MORATINOS, en SÁNCHEZ CARO/ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ (coords.), *E-salud y cambio del modelo sanitario*, 2020, pp. 85-86. Véase ROMEO CASABONA, en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, cibercriminología e inteligencia artificial*, v. II, 2023, p. 64.

¹¹⁸ Véanse GÓMEZ HUELGA *et al.*, «El hospital del futuro en 10 puntos», *Revista Clínica Española*, (220-7), 2020, p. 448.

del paciente y el cumplimiento de la regulación jurídica¹¹⁹. En tercer lugar, las estructuras hospitalarias deben modificar su enfoque original orientadas como una «institución cerrada» y convertirse en una plataforma para la actividad de las unidades y redes que prestan asistencia sanitaria en un ámbito geográfico determinado, así como al resto de unidades que les dan soporte¹²⁰, con comisiones que tengan encomendada la evaluación de los sistemas de IA en el ámbito clínico y que incorporen personal facultativo, especialistas en ética y Derecho, desarrolladores de IA y, si procede, pacientes¹²¹. Una de sus funciones podría ser el reporte y el análisis de incidentes relacionados con el uso de los sistemas de IA para identificar problemas y mejorar los mencionados sistemas. Asimismo, debe promoverse una colaboración estrecha entre el personal sanitario y los desarrolladores de los sistemas de IA para asegurar que se ajusten a las necesidades clínicas. En cuarto lugar, en la utilización de cualquier sistema de IA en el ámbito médico-quirúrgico curativo es imprescindible tener presente consideraciones éticas que valoren cuestiones como la estandarización de la investigación clínica con IA, el control del sesgo en datos, la protección de la privacidad o la transparencia y la equidad en el uso de los sistemas de IA, entre otras¹²². El uso de aplicaciones clínicas de IA puede conducir a un cambio en el perfil del personal facultativo que no solo se valorará desde competencias estrictamente técnicas, sino también exigiendo habilidades de comunicación para abordar los desafíos de confianza y comprensión que plantean las nuevas tecnologías en el ámbito médico-quirúrgico¹²³.

3.6. La capacidad individual –excepcional o superior e inferior– del personal facultativo

Finalmente surge la pregunta de si es necesario incluir en la determinación del deber de cuidado la capacidad individual de la persona que desarrolla una determinada actividad socialmente útil como la actividad médico-quirúrgica curativa. Si repasamos el proceso de determinación del cuidado objetivamente debido que permite establecer las medidas oportunas de cuidado, en función de los resultados lesivos que se quieren evitar y que debe concretarse a partir de la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es lo atípico) y lo no soportable (esto es lo típico) por el orden social, entre los intereses y circunstancias que intervienen en dicha ponderación no ha aparecido la capacidad individual de la persona que actúa. El resultado de esta ponderación, como se ha expuesto, nos va a establecer la medida objetiva del cuidado, es decir, el límite social de los medios y modos de ejecutar una determinada clase de acciones, en virtud del cual se permite con carácter general el desarrollo de determinadas actividades sociales. En efecto se trata de un límite social y, por lo tanto, objetivo que marca un estándar de comportamiento recíproco¹²⁴ en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos, cuando deben involucrarse consustancialmente en la consecución de determinadas utilidades sociales valoradas positivamente. Este límite social no puede variar por el hecho de encontrarnos ante una persona dotada de unas determinadas capacidades superiores o inferiores en la

¹¹⁹ Véanse las consideraciones expuestas por ROMEO CASABONA, «La protección de datos personales en la Unión Europea. Aspectos sectoriales relacionados con la salud», en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial*, v. II, 2023, pp. 16 ss.

¹²⁰ Véanse GÓMEZ HUELGAS *et al.*, *Revista Clínica Española*, (220-7), 2020, p. 445.

¹²¹ Aunque no con esta propuesta tan explícita, véanse GÓMEZ HUELGAS *et al.*, *Revista Clínica Española*, (220-7), 2020, pp. 447-448.

¹²² Véanse RUIZ/VELÁSQUEZ, *Revista Médica Clínica Las Condes*, (34), 2023, p. 85; INGLADA GALIANA *et al.*, *Revista Clínica Española*, (224-3), 2024, pp. 182 ss.

¹²³ Véanse TRETTER *et al.*, «Künstliche Intelligenz in der Medizin: Von Entlastungen und neuen Anforderungen im ärztlichen Handeln», *Ethik in der Medizin*, (36), 2024, pp. 7 ss.

¹²⁴ Véase HIRSCH, *RDPC*, (16), 2005, p. 219.

realización de una actividad social¹²⁵, ya que si este elemento hubiera de tenerse en cuenta se vería seriamente afectado el funcionamiento de la vida social en la comunidad, basado en el adecuado uso y consumo de bienes jurídicos que configura el orden social. Este propio límite social dicta que, si una persona no puede observarlo, debe abstenerse de actuar en ese campo y si actúa infringe el deber objetivo de cuidado, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 14.4 del Reglamento de Inteligencia Artificial que en las actividades médico-quirúrgicas establece unas pautas de cuidado en la supervisión humana de los sistemas de IA que consisten en:

- «a) entender adecuadamente las capacidades y limitaciones pertinentes del sistema de IA de alto riesgo y poder vigilar debidamente su funcionamiento, por ejemplo, con vistas a detectar y resolver anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados;
- b) ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en la información de salida generada por un sistema de IA de alto riesgo («sesgo de automatización»), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión;
- c) interpretar correctamente la información de salida del sistema de IA de alto riesgo, teniendo en cuenta, por ejemplo, los métodos y herramientas de interpretación disponibles;
- d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o desestimar, invalidar o revertir la información de salida que este genere;
- e) intervenir en el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo o interrumpir el sistema pulsando un botón de parada o mediante un procedimiento similar que permita que el sistema se detenga de forma segura».

Esto implica que el médico antes de iniciar un tratamiento médico-quirúrgico debe examinar sus cualidades y el límite de sus posibilidades para llevar a cabo la correspondiente intervención¹²⁶. Si, por el contrario, el cirujano que interviene es un médico dotado de capacidades excepcionales por su inteligencia, experiencia y habilidad, que desde un punto de vista subjetivo puede observar un cuidado superior al objetivamente establecido con carácter general, valora ante un paciente que si se le aplica lo dispuesto en la *lex artis* fallecerá, pero estima que tiene posibilidades de salvación si aplica una determinada técnica que dadas sus excepcionales capacidades sólo él puede desarrollar con éxito y no actúa de ese modo, habrá respetado el límite social y objetivo que marca un estándar de comportamiento recíproco en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos, cuando deben involucrarse consustancialmente en la consecución de determinadas utilidades sociales valoradas positivamente, pero es responsable de un homicidio en comisión por omisión dolosa¹²⁷, al no haber impedido o evitado en este caso particular el fallecimiento del paciente si tenía realmente esa capacidad.

¹²⁵ En relación con los conocimientos superiores del sujeto que actúa deben tenerse en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva, que recordemos es el presupuesto lógico para determinar el cuidado objetivamente debido. DE VICENTE REMESAL, «Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor. (A la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-3), 2020, p. 43, concluye que «el procedimiento que se considera más correcto no es el de tomar como referencia las capacidades especiales, e incluso extraordinarias, del sujeto actuante y convertir a éste en baremo general de referencia, sino el de partir del correspondiente y más segmentado posible sector del riesgo, elevando en él al máximo el baremo mínimo de exigibilidad, hasta donde lo permita la ponderación de intereses, según el ámbito de que se trate. De esta forma, sólo en última y muy residual instancia se recurre al criterio referencial, tradicionalmente seguido, del sujeto diligente situado en la misma posición del autor».

¹²⁶ Véanse JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 50; ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho*, 1986, p. 74.

¹²⁷ Véase CEREZO MIR, *PG*, 6^a ed., 1998, p. 163. Además, como añade este autor, sólo si el cirujano no ha previsto, aunque podía haberlo hecho dada su capacidad excepcional, la complicación mortal o la posibilidad de evitarla, la conducta será impune.

4. Los sistemas de inteligencia artificial y el recurso a la persona inteligente y sensata en la determinación del deber objetivo de cuidado en la actividad médico-quirúrgica: una llamada a la racionalidad de la experiencia

La *lex artis* no es siempre y en todo caso la única fuente para determinar el cuidado objetivo en la actividad médico-quirúrgica. En el desarrollo de las actividades médico-quirúrgicas se pueden presentar situaciones muy diversas y complejas que es necesario determinar, para poder establecer el límite social de los medios y modos de ejecución de una actuación médico-quirúrgica valorada como socialmente útil. En la valoración de estas situaciones hemos partido, en primer lugar, de supuestos semejantes o «típicos» caracterizados porque tienen en común una serie de elementos, factores o circunstancias a partir de los cuales debe establecerse dicho deber objetivo de cuidado, en función de una ponderación de intereses. En tales supuestos el criterio de determinación del deber objetivo de cuidado que alude a la ponderación de intereses es aplicable a estas situaciones típicas, en las que se conocen todos los presupuestos y todas las circunstancias necesarias para llevar a cabo dicha ponderación de intereses de la que surgirá un deber objetivo de cuidado, que en la actividad médico-quirúrgica se contempla en la *lex artis*. Pero, por otro lado, también hay que destacar la existencia de supuestos «atípicos» caracterizados porque alguno de sus elementos, factores o circunstancias se presentan de una forma distinta a los casos «típicos» y para los cuales la *lex artis* no ha descrito un procedimiento de actuación. En tales supuestos la *lex artis* no es válida para determinar el deber objetivo de cuidado¹²⁸. Incluso la vinculación al deber objetivo de cuidado en estos casos «atípicos» puede requerir hasta un alejamiento de la *lex artis* generalmente aceptada para los casos «típicos» en función de unas determinadas circunstancias.

A mi juicio, en tales situaciones «atípicas» hay que recurrir a la figura de la persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social que se coloca en el lugar del médico para enjuiciar la corrección de la conducta realizada por dicho médico, de manera que *infringirán el cuidado objetivamente debido aquellas acciones de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata*¹²⁹. Como afirma ABRALDES, «desde la finalidad perseguida por el autor, corresponde determinar si el hombre inteligente y sensato se hubiera abstenido de la conducta modal desarrollada, en cuyo caso corresponderá afirmar la desatención del cuidado objetivo exigido para esa situación». El método propuesto «se ajusta de mejor modo al propósito inspirador de su creación, por cuanto evidencia que en toda posición concreta existen, frecuentemente, diversas modalidades de actuación cuidadosa»¹³⁰. En esta valoración la figura de la persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social también debe aprehender las valoraciones

¹²⁸ Véanse ROMEO CASABONA *et al.*, en ROMEO CASABONA (coord.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, 1993, p. 107; PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, 2020, pp. 225 ss.

¹²⁹ Véase la propuesta efectuada por CEREZO MIR, *PG*, 6^a ed., 1998, pp. 168-169, quien sigue el modelo original propuesto por WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., 1969, pp. 132-133; EL MISMO, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 326. ROMEO CASABONA, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 2005, p. 211, utiliza la expresión «profesional prudente». Sin embargo, como ha indicado convincentemente ABRALDES si en la determinación del cuidado objetivamente debido se utiliza la figura del hombre prudente o respetuoso del Derecho se incurre en una repetición de principios: «podría alegarse que puede verse en la prudencia una alusión al cuidado debido, y con ello se estaría razonando en círculo: respetaría el cuidado debido un hombre prudente, cuya caracterización de prudente respondería, precisamente, a la observancia del cuidado debido. Es por ello que el sector de la doctrina propulsor de este modelo ha encontrado, acertadamente en mi opinión, un criterio fundamental delimitado por estas dos pautas, cuales son la inteligencia y sensatez»; véase ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, pp. 132-133.

¹³⁰ Véase ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 135.

extrasistemáticas de la conducta como las proporcionadas por el criterio de la adecuación social y que se centran en la situación de absoluta necesidad en la que para el logro de la utilidad social que consiste en mejorar o restablecer la salud de un paciente, determinados bienes jurídicos como la vida, la salud y la integridad corporal se encuentran involucrados de un modo consustancial en la realización de una intervención médico-quirúrgica en esa situación atípica. Estas valoraciones extrasistemáticas deben tenerse en cuenta no sólo en las situaciones típicas, sino además en las situaciones atípicas en las que sobreviene alguna circunstancia distinta de las que configuran una situación típica inicial. Seguidamente dicha figura también tiene que determinar si la acción concreta desarrollada se adecua al límite objetivo al que han de ajustarse tanto los medios utilizados como los modos de ejecución de la acción finalista, en función de los resultados objetivamente previsibles típicos de dicha acción y en función del resultado de la ponderación de intereses en torno a la utilidad social de la actividad médico-quirúrgica y al desvalor de los riesgos de la misma vinculados a la necesidad de su realización en el nuevo caso concreto. Si la persona inteligente y sensata no se habría abstenido de realizar dicha intervención en el caso concreto, la acción médico-quirúrgica realizada no infringirá, por tanto, el cuidado objetivamente debido. De este modo el personal facultativo puede apartarse de la *lex artis* establecida cuando aparezca como insuficiente o ineficaz para la situación concreta, pero siempre que exista la necesidad de tal proceder¹³¹.

El criterio de determinación del cuidado objetivamente debido en estas situaciones atípicas y que se centra en la valoración efectuada por una persona inteligente y sensata no es incompatible con el criterio de determinación del deber objetivo de cuidado, conformado por el juicio de previsibilidad objetiva del resultado y por la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es lo atípico) y lo no soportable (esto es lo típico) por el orden social, atendiendo todos los intereses y circunstancias que intervienen en dicha ponderación¹³², porque una persona inteligente y sensata no se abstendría de realizar una acción determinada que, según la ponderación de todos los intereses y circunstancias que concurren comúnmente en las situaciones típicas, sea considerada socialmente útil y correcta con carácter general en la *lex artis*. Nos encontramos ante dos criterios complementarios¹³³, que sirven para determinar el cuidado objetivamente debido en situaciones diversas: el criterio que alude a la ponderación de intereses se centra en los denominados casos semejantes o típicos, que tienen en común una serie de elementos a partir de los cuales debe establecerse dicho deber objetivo de cuidado. Sin embargo, el criterio que alude a la persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social debe utilizarse en dicha determinación en otro tipo de situaciones como, por ejemplo, en los supuestos atípicos, es decir, en aquellos en los que alguno de sus elementos, factores o circunstancias se presentan de una forma distinta a los casos típicos y para los cuales la *lex artis* no ha descrito un procedimiento de actuación.

Seguidamente debemos reflexionar sobre cómo pueden influir los sistemas de IA en la determinación del deber objetivo de cuidado en las mencionadas situaciones «atípicas». Podemos concluir que con la lógica computacional de la IA en el ámbito de la Medicina

¹³¹ Véanse GARCÍA BLÁZQUEZ/CALVÍN, *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica: aspectos legales y médico-forenses*, 3ª ed., 2011, p. 261.

¹³² Véase RUEDA MARTÍN, *InDret*, (4), 2009, pp. 19 ss., 23 ss.

¹³³ GIL GIL, sin embargo, concluye que son un mismo criterio cuando indica que «el resultado de esta ponderación es lo que conocemos por «lo que haría el hombre inteligente y sensato de la misma profesión u oficio» que en realidad se refiere al hombre inteligente y sensato que emprende esa concreta actividad y que en cada situación de la misma respeta todas las normas objetivas de cuidado que la regulan». Véase GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 281-282.

desarrollada a través de la utilización de grandes volúmenes de datos –incluso no estructurados a diferencia de los métodos estadísticos clásicos– y algoritmos, en la determinación del deber objetivo de cuidado la distinción entre situaciones «típicas» y «atípicas» no parece tan relevante ya que los sistemas de IA proporcionan herramientas más adecuadas para profundizar en la investigación del caso concreto por parte del personal facultativo. Como los sistemas de IA se encuentran en constante desarrollo y perfeccionamiento, el recurso a la persona inteligente y sensata que personalice los conocimientos derivados de la práctica común ayudará a determinar los límites de los sistemas de IA asumibles en cada situación concreta ya sea «típica» o «atípica»¹³⁴. En relación con la atribución de responsabilidad penal por una imprudencia en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica, la observancia del personal facultativo de los resultados arrojados por un sistema de IA implica una presunción solo relativa de «pericia», «prudencia» o «diligencia», en la medida en que haya sido correctamente elegido y aplicado¹³⁵. Por otro lado, en la línea expuesta por ROMEO CASABONA y PERIN con carácter general, el incumplimiento de las indicaciones ofrecidas por un sistema de IA no puede ser en ningún caso decisivo a efectos de la valoración judicial acerca de la responsabilidad del personal facultativo, puesto que, en ocasiones, la vinculación al deber de cuidado requiere precisamente un alejamiento de la *lex artis* generalmente aceptada, para recurrir al criterio de lo que haría la persona inteligente y sensata en una situación semejante¹³⁶. Los elementos que deberán ser analizados para determinar la posible atribución de responsabilidad penal del personal facultativo son, por una parte, la corrección o incorrección de la información proporcionada por el sistema de IA y/o, en su caso, la respectiva valoración efectuada por la persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social; y, por otra parte, la supervisión efectiva o su ausencia del facultativo. Si se constata una inobservancia del deber objetivo de cuidado, el siguiente paso es valorar la gravedad de la imprudencia con base en el grado de supervisión dispensada por el facultativo. Cuanta menos supervisión, mayor gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado¹³⁷. Se ofrecen, entonces, suficientes garantías en términos de seguridad

¹³⁴ Véanse ROMEO CASABONA/LAZCOZ MORATINOS, en SÁNCHEZ CARO/ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ (coords.), *E-salud y cambio del modelo sanitario*, 2020, p. 88. Véanse también PERIN, *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, (8-1), 2019, pp. 14 ss.; ROMEO CASABONA, en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial*, v. II, 2023, pp. 65-66.

¹³⁵ Véase respecto de la guideline, los protocolos o guías clínicas PERIN, *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, (8-1), 2019, pp. 8-9. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ/TORRES CADAVID, en CANCIO MELIÁ *et al.* (coords.), *LH-Jorge Barreiro*, vol. II, 2019, p. 1214, apuntan que de momento son insignificantes en número las sentencias en las que se puede ver una remisión a los protocolos o guías clínicas como medio para determinar la norma de cuidado.

¹³⁶ Véase respecto de la guideline, los protocolos o guías clínicas PERIN, *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, (8-1), 2019, pp. 8-9, con referencias bibliográficas respecto de ROMEO CASABONA, aunque se habla del «profesional prudente».

¹³⁷ Véase la distinción entre imprudencia grave y menos grave en la STS 169/2023, Penal, de 9 marzo (ECLI:ES:TS:2023:1210): «Como hemos dicho, la LO 1/2015, contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual. La cuestión es pues si los conceptos imprudencia grave y menos grave son o no equivalentes a los anteriores de imprudencia grave y leve y si, por tanto, ha habido una reducción de la intervención penal. En la doctrina científica, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, se pueden distinguir, fundamentalmente, dos posturas en torno a la elaboración conceptual de la nueva categoría de imprudencia menos grave -y su relación con la grave-. En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve, y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se separaría de esta última, nutriéndose de supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa. La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla

al personal facultativo para que pueda actuar dentro de márgenes adecuados de libertad (de método y tratamiento) ante la evolución del conocimiento científico, las posibilidades terapéuticas, y la necesidad de individualizar las estrategias terapéuticas ante casos clínicos particulares¹³⁸.

5. Bibliografía

ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe (Argentina), 2010.

———, «La acción finalista: base insustituible del cuidado objetivamente debido», en HIRSCH/CEREZO MIR/DONNA (eds.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, pp. 313-352.

ÁVILA-TOMÁS/MAYER-PUJADAS/QUESADA-VARELA, «La inteligencia artificial y sus aplicaciones en medicina I: introducción, antecedentes a la IA y robótica», *Atención Primaria: Publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria*, (52-10), 2020, pp. 778-784.

BENÍTEZ ORTÚZAR/BLANCA CRUZ, «La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica», en MORILLAS CUEVA/SUÁREZ LÓPEZ (dirs.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009.

un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia -la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave-. La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora. Proyectando estas consideraciones al derecho transitorio, no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podría ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna. En suma, en una aproximación hermenéutica al concepto de imprudencia menos grave, es precisa una vulneración de cierta significación o entidad de los deberes normativos de cuidado, en particular de los plasmados en los preceptos legales de singular relevancia, sin exclusión de los sociológicos. Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquellas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves. La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir). Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad".

¹³⁸ Véase PERIN, *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, (8-1), 2019, pp. 8-9.

BENZINGER/URSIN/BALKE/KACPROWSKI/SALLOCH, «Should Artificial Intelligence be used to support clinical ethical decision-making? A systematic review of reasons», *BMC Medical Ethics*, (24-48), 2023, pp. 1 ss.

BLANCO CORDERO, «Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica», *Actualidad Penal*, (26), 1997.

CANCIO MELIÁ, «Patient autonomy and criminal law. A Spanish perspective», en DANILUK (ed.), *Patient Autonomy and Criminal Law: European Perspectives*, Routledge Taylor & Francis Group, London, New York, 2023.

CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. II, 6^a ed., Tecnos, Madrid, 1998.

CHUANYI MARK, «e2-06: Razón de probabilidades y razón de momios en la toma de decisiones médicas», en PAPADAKIS/MCPHEE/RABOW/MCQUAID (dirs.), *Diagnóstico clínico y tratamiento*, 62^a ed., McGraw-Hill, Madrid, 2023.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «Libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, (31), 2017, pp. 11-51.

DE VICENTE REMESAL, «Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor. (A la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-03), 2020, pp. 1-52.

DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El médico ante el Derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional, inhabilitación profesional y el trabajo en equipo», en NÚÑEZ PAZ/GARCÍA ALFARAZ (coords.), *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, 2007, pp. 145-178.

DEL ROSAL BLASCO, «¿El modelo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los daños punibles derivados del uso de la inteligencia artificial?», *Revista de responsabilidad penal de personas jurídicas y compliance*, (2), 2023, pp. 1-49.

DETTLING, «Künstliche Intelligenz und digitale Unterstützung ärztlicher Entscheidungen in Diagnostik und Therapie», *PharmR*, (633), 2019, pp. 633-642.

DÖLLING, «Soziale Adäquanz und soziale Systeme», en DANNECKER/LANGER/RANFT/SCHMITZ/BRAMMSEN (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymanns, Köln, 2007, pp. 219-228.

DUTTGE, «§ 15», en AMBOS *et al.* (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 4^a ed., Verlag C.H. Beck, München, 2020.

———, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.

ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 2^a ed., Scientia Verlag, Aalen, 1964 (Reimpresión de la edición: Liebmann, Berlin, 1930).

ESER, «§ 223», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29^a ed., C. H. Beck, München, 2014.

———, «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97), 1985, pp. 1-46.

ESPINOSA/CLEMENTE, «La percepción de la toma de decisiones a través de inteligencia artificial cuando se produce daño a las personas», *Estudios Penales y Criminológicos*, (44, núm. ext.), 2023, pp. 1-13.

FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, J. M^a Bosch, Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ/BARÓN LÓPEZ, «IA en neurología: aplicación en el diagnóstico y la predicción de patologías neurológicas», *Inteligencia Artificial en el campo de la Salud. Un nuevo paradigma: aspectos clínicos, éticos y legales*, Colección de bioética y derecho sanitario, Fundación Merck Salud, 2021, pp. 263-292.

FINLAYSON/SUBBASWAMY/SINGH/BOWERS/KUPKE/ZITTRAIN/KOHANE/SARIA, «The clinician and dataset shift in artificial intelligence», *New England Journal of Medicine*, (385-3), 2021, pp. 283-286.

FIGLIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Morano Editore, Napoli, 1966.

FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988.

GARCÍA BLÁZQUEZ/CALVÍN, *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica: aspectos legales y médico-forenses*, 3^a ed., Comares, Granada, 2011.

GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

———, «¿Qué es la imputación objetiva?», *Estudios Penales y Criminológicos*, (10), 1985/1986, pp. 167-186.

GÓMEZ HUELGA/DÍEZ MANGLANO/CARRETERO GÓMEZ/BARBA/CORBELLA/GARCÍA ALEGRÍA/HERRANZ/VALLEJO/ELOLA SOMOZA, «El hospital del futuro en 10 puntos», *Revista Clínica Española*, (220-7), 2020, pp. 444-449.

GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GRACIA MARTÍN, «Zur Struktur von “sozialadäquaten Handlungen” und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechensaufbau», en SIEBER et al. (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstasachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70 Geburtstag*, Heymann, Köln-München, 2008, pp. 205-220.

———, *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006.

———, «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6-7), 2004, pp. 1-22.

———, «Recensión al libro de Luzón Peña, Diego-Manuel, Curso de Derecho penal. Parte General, 1^a ed., Universitas, S. A., Madrid, 1996», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (5), 2000, pp. 363-399.

———, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», *Actualidad Penal*, (38), 1995, pp. 683 ss., (= *Cuadernos de Derecho Judicial*, (23), 1994, pp. 55 ss.).

HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2001.

———, *La imprudencia médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

HIRSCH, «Sobre lo injusto del delito imprudente», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (16), 2005, pp. 207-231.

HOOD/FRIEND, «Predictive, personalized, preventive, participatory (P4) cancer medicine», *Nature Reviews Clinical Oncology*, (8-3), 2011, pp. 184-187.

HOYER, «Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (121), 2009, pp. 860-881.

HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1983.

INGLADA GALIANA/CORRAL GUDINO/MIRAMONTES GONZÁLEZ, «Ética e inteligencia artificial», *Revista Clínica Española*, (224-3), 2024, pp. 178-186.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Duncker-Humblot, Berlin, 1996.

JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990.

JUNG OH/ZHANG/FANG/FUKUOKA, «A systematic review of artificial intelligence chatbots for promoting physical activity, healthy diet, and weight loss», *International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*, (18), 2021, pp. 1-25.

JUNG, «Außenseitermethoden und strafrechtliche Haftung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97), 1985, pp. 47-67.

KATZENMEIER, «Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin. Digitalisierung des Gesundheitswesens – Herausforderung des Rechts», *Medizinrecht*, (37), 2019, pp. 259-271.

KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1954.

KLUG, «Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem», en BOCKELMANN *et al.* (eds.) *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Vandenhoeck-Ruprecht, Göttingen, 1961, pp. 249-265.

LAZCOZ MORATINOS, «Sistemas de inteligencia artificial en la asistencia sanitaria: cómo garantizar la supervisión humana desde la normativa de protección de datos», *Premio de Investigación en Protección de Datos Personales "Emilio Aced"*, 2022, Agencia Española de Protección de Datos, disponible en <https://www.aepd.es/documento/premio-emilio-aced-2022-guillermo-lazcoz.pdf>.

LAZCOZ MORATINOS/URRUELA MORA/DE MIGUEL BERIAIN, «La propuesta de Reglamento "Ley de Inteligencia Artificial": Análisis de su posible impacto en la utilización de sistemas

automatizados en el ámbito del Derecho penal», en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, cibercriminología e inteligencia artificial*, v. II, Comares, Granada, 2023, pp. 141-168.

LEE/BUBECK/PETRO, «Benefits, limits, and risks of GPT-4 as an AI chatbot for medicine», *New England Journal of Medicine*, (388-13), 2023, pp. 1233-1239.

LEÓN SANZ, «El nuevo código de deontología (2022) y sus principios generales», *Cuadernos de Bioética*, (111), 2023, pp. 155-162.

LONDON, «Artificial intelligence and black-box medical decisions: accuracy versus explainability», *Hastings Center Report*, (49), 2019, pp. 15-21.

LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

———, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coords.), *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 21-44.

MARTÍN LEÓN, «Lex artis y protocolos médicos», en MORILLAS CUEVA/SUÁREZ LÓPEZ (dirs.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 436-486.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa, Madrid, 1992.

MORILLAS FERNÁNDEZ, «Implicaciones de la inteligencia artificial en el ámbito del Derecho penal», en PERIS RIERA/MASSARO (coords.), *Derecho penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias*, Università degli Studi Roma Tre, Roma, 2023, pp. 59-91.

NAVAS NAVARRO, «Salud electrónica e inteligencia artificial», en NAVAS NAVARRO (dir.), *Salud e inteligencia artificial desde el Derecho privado: con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-19)*, Comares, Granada, 2021, pp. 1-50.

NICHOLSON, «Black-box medicine», *Harvard Journal of Law & Technology*, (28-2), 2015, pp. 419-467.

OBREGÓN FERNÁNDEZ/LAZCOZ MORATINOS, «La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (42), 2021, pp. 1-29.

OEBERST/IMHOFF, «Toward Parsimony in Bias Research: A Proposed Common Framework of Belief-Consistent Information Processing for a Set of Biases», *Perspectives on Psychological Science*, (18-6), 2023, pp. 1464-1487.

ORBEN, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Carl Heymanns Verlag Kg., Köln, Berlin, München, 2004.

PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019.

PAULI, *Künstliche Intelligenz und Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht. Zur Notwendigkeit der Einführung eines speziellen Gefährdungshaftungstatbestands*, Duncker & Humblot, Berlin, 2023.

PEÑARANDA RAMOS, «Lesiones (I)», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, v. 1, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 339-396.

PERIN, «La “inteligencia artificial” en la justicia penal ante el principio de responsabilidad personal», en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial*, v. II, Comares, Granada, 2023, pp. 83-118.

———, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un método di giudizio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

———, «Estandarización y automatización en medicina. El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia», *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, (8-1), 2019, pp. 3-28.

PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa», *InDret*, (1), 2007, pp. 1-14.

RAPOSEIRAS ROUBÍN/ÍNIGUEZ ROMO, «Aplicaciones de la IA en el ámbito cardiovascular», *Inteligencia Artificial en el campo de la Salud. Un nuevo paradigma: aspectos clínicos, éticos y legales*, Colección de bioética y derecho sanitario, Fundación Merck Salud, 2021.

RATTI/CRAVES, «Explainable machine learning practices: opening another black box for reliable medical AI», *AI and Ethics*, (2), 2022, pp. 801-814.

REGIS PRADO/MENDES DE CARVALHO, *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*, Ara Editores, Lima, 2007.

REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ/TORRES CADAVID, «La responsabilidad penal médica por conductas imprudentes: Evolución de la jurisprudencia española en los últimos años», en CANCIO MELIÁ *et al.* (coords.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. II, 2019, pp. 1205-1217.

ROMEO CASABONA, «La protección de datos personales en la Unión Europea. Aspectos sectoriales relacionados con la salud», en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial*, v. II, Comares, Granada, 2023, pp. 3-28.

———, «La discusión sobre la atribución de responsabilidad penal a sistemas de inteligencia artificial, en particular a sistemas autónomos», en ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial*, v. II, Comares, Granada, 2023, pp. 57-82.

———, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Comares, Granada, 2005.

———, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986.

———, *El médico y el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1981.

ROMEO CASABONA/LAZCOZ MORATINOS, «Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?», en SÁNCHEZ CARO/ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ (coords.), *E-salud y cambio del modelo sanitario*, Colección de bioética y derecho sanitario, Fundación Merck Salud, 2020, pp. 65-106.

ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», en ROMEO CASABONA (coord.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo: XXII Coloquio de Derecho Europeo. La Laguna, del 17 al 19 de noviembre de 1992*, Universidad de La Laguna, 1993, pp. 99-124.

RÖNNAU, «Vor § 32», en CIRENER/RADTKE/RISSING-VAN SAAN/RÖNNAU/SCHLUCKEBIER (eds.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, t. III, 13^a ed., De Gruyter, Berlin, 2019.

RUEDA MARTÍN, «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa», *InDret*, (4), 2009, pp. 1-58.

———, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, J. M^a Bosch, Barcelona, 2001.

RUIZ/VELÁSQUEZ, «Inteligencia artificial al servicio de la salud del future», *Revista Médica Clínica Las Condes*, (34), 2023, pp. 84-91.

SACHER, «¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel?», en HIRSCH/CEREZO MIR/DONNA (dirs.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pp. 573-596.

SAHNI/CARRUS, «Artificial Intelligence in U.S. Health Care Delivery», *New England Journal of Medicine*, (389-4), 2023, pp. 348-358.

SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, pp. 787-798.

SEOANE, «Lex Artis», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (38), 2022, pp. 275-300.

SHIBUE, «Artificial intelligence and machine learning in clinical medicine», *New England Journal of Medicine*, (388-25), 2023, p. 2398.

SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, J.M. Bosch Editor, Zaragoza, 1999.

STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 15», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30^a ed., C. H. Beck, München, 2019.

TORRALBO MUÑOZ, «Posibles modificaciones en la imprudencia médica por la introducción de la IA. Un ejercicio de prognosis», *Revista Jurídica de Castilla y León*, (58), 2022, pp. 127-150.

TRETTER/SAMHAMMER/DABROCK, «Künstliche Intelligenz in der Medizin: Von Entlastungen und neuen Anforderungen im ärztlichen Handeln», *Ethik in der Medizin*, (36), 2024, pp. 7-29.

UMBRELLO/BERNSTEIN/VERMAAS/RESSEGUIER/GONZÁLEZ/PORCARI/GRINBAUM/ADOMAITIS, «From speculation to reality: Enhancing anticipatory ethics for emerging technologies (ATE) in practice», *Technology in Society*, (74), 2023.

VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021.

VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003.

WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975.

———, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11^a ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1969.

———, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

———, «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (58), 1939, pp. 492-566.

WOLTERS, «§ 223», en WOLTER/HOYER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. IV, 10^a ed., Carl Heymanns Verlag, Hürth, 2024.

Sergio Pérez González
Universidad de La Rioja

La ley penal *rider* (artículo 311.2º CP) *Desajustes de racionalidad y alternativas*

Sumario

El artículo propone una crítica de la reciente modificación de los delitos laborales y la consiguiente creación de un nuevo precepto que castiga ciertos supuestos de contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo. La crítica se articula en cinco niveles de racionalidad de la norma penal para, a partir de los déficits detectados, proponer una reconfiguración de los delitos laborales capaz de recoger con mejor criterio el desvalor previsto, asociado particularmente a las conductas de empresas de reparto que despliegan una gestión algorítmica de sus servicios.

Abstract

The article presents a critique of the recent amendment to labor-related offences and the subsequent creation of a new provision that criminalizes certain instances of hiring practices outside the framework of an employment contract. The critique is structured around five levels of rationality of criminal law, and based on the identified shortcomings, it proposes a reconfiguration of labor-related offences that more effectively reflects the anticipated wrongful nature, particularly associated with the conduct of delivery companies that employ algorithmic management of their services.

Zusammenfassung

In dem vorliegenden Beitrag wird eine Kritik zu der letzten Änderung des spanischen Arbeitsstrafrechts und die darausfolgende Einführung eines neuen Delikts formuliert, das bestimmte vertragliche Vereinbarungen unter Strafe stellt, die eine Umgehung des Arbeitsvertrags ermöglichen. In Anlehnung an einem mehrstufigen Begriff der Rationalität von Strafnormen werden die erheblichen Mängel der jüngsten Regulierung aufgezeigt und eine Umformulierung der Arbeitsdelikte vorgeschlagen, die ihren Unrechtsinhalt besser erfassen soll. Besonders berücksichtigt wird dabei der Fall von Delivery- bzw. Lieferunternehmen, die ihre Dienste algorithmisch organisieren und verwalten.

Title: *The criminal law for riders (Article 311.2º of the Penal Code). Mismatches of rationality and alternatives*

Titel: *Das Rider-Strafrecht (Artikel 311.2 Strafgesetzbuch). Unstimmigkeit von Rationalität und Alternativen*

Palabras clave: Delitos, algoritmos, *riders*, reparto

Keywords: Offences, algorithms, *riders*, delivery

Stichwörter: Delikts, Algorithmen, *Riders*, Lieferung

DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.07

Índice

-
- 1. Introducción**
- 2. Entre la autonomía y la heteronomía laboral**
- 3. Abordaje jurídico laboral del personal trabajador rider**
- 4. Ultima ratio: artículo 311.2º CP y desajustes de racionalidad**
 - 4.1. Racionalidad lingüística
 - 4.2. Racionalidad jurídico-formal
 - 4.3. Racionalidad pragmática
 - 4.4. Racionalidad teleológica
 - 4.5. Racionalidad ética
- 5. Alternativas para la racionalidad legal del artículo 311.1º CP**
 - 5.1. Lo que ya se prevé y es idóneo
 - 5.2. Lo que haría falta
 - a. Interpretación alternativa del abuso de situación de necesidad
 - b. Modificación legal de los medios de acción: la gestión algorítmica como medio determinado de la imposición de condiciones
- 6. Conclusiones**
- 7. Bibliografía**

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

1. Introducción*

En los últimos años, las plataformas digitales de gestión del trabajo han reavivado un debate clásico en el marco del derecho laboral. Resurgen las discusiones acerca de la dependencia y ajenidad de quienes desempeñan labores relativamente autónomas, ahora, sin embargo, en un marco de normatividad algorítmica inédito. Estos modos de gestión laboral han resultado especialmente exitosos en la gestión del reparto de mercancías a domicilio. De modo señalado, las plataformas digitales de reparto de comida han venido implementando un modelo de gestión del servicio mediante la contratación mercantil con personal trabajador autónomo. Y el derecho laboral ha respondido, tanto en forma de sentencias como de modificaciones legales, proyectando sobre el personal trabajador gestionado por sistemas de inteligencia artificial una suerte de presunción de laboralidad. Sucede, sin embargo, que algunas empresas (de modo sistemático, la empresa Glovo, aunque también, de modo más interrumpido y a rebufo de la anterior, Uber Eats) han evidenciado su insubordinación ante tal presunción de laboralidad, enfrentando multas millonarias en el plano administrativo-laboral, pero persistiendo en su modelo jurídico de gestión de servicios hasta finales de 2024, momento en el que Glovo anuncia la regularización laboral de su personal de reparto¹.

Desde estos presupuestos, toma sentido la modificación del artículo 311 CP operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, que dice lo siguiente:

«Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: (...)
2.º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.»

En realidad, no se infiere de las directivas referidas en la Ley Orgánica ninguna relación con el nuevo artículo 311.2º CP, por lo que debe atenderse al Preámbulo para rescatar el motivo de la modificación: «cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última *ratio*, al Derecho Penal».

Las principales suspicacias surgen desde un fundamento muy elemental: la norma se arma como respuesta a un problema muy localizado, quizá coyuntural (la desobediencia de dos empresas a

* Autor de contacto: Sergio Pérez González (sergio.perezg@unirioja.es). El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *La tutela penal de personas vulnerables: Análisis de realidades criminológicas y propuestas sustantivas de "lege lata" y de "lege ferenda"* (REF: PID2020-116407RB-I00) del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno Vasco IT-1486-22.

¹ Al momento de revisar este artículo, la empresa Glovo hace pública la intención de que su personal de reparto en España esté contratado laboralmente en 2025, atendiendo así a los requerimientos administrativos. Véase, por ejemplo, https://www.larazon.es/economia/glovo-contratara-sus-repartidores-operativa-autonomos-dejar-estar-disponible-proximas-semanas_20241202674d71c37337f20001b22e67.html o <https://elpais.com/economia/2024-12-02/glovo-anuncia-que-abandona-su-modelo-de-falsos-autonomos-un-dia-antes-de-que-su-fundador-declare-en-un-proceso-penal.html> (fecha de consulta: 9-12-2024).

lo previsto por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales); un problema que la nueva norma penal trata de atajar de un modo muy inespecífico: castigando la imposición de condiciones ilegales; como también hace el artículo 311.1º CP, pero, de modo más abierto, mediante una contratación inadecuada.

Ante esta situación, el presente trabajo pretende valorar la pertinencia de la reciente modificación legal a partir de parámetros elementales de racionalidad normativa penal para, desde esas consideraciones, calibrar el margen de eficacia que la legislación previa a la modificación podía proyectar —y aún proyecta— sobre el problema planteado por la empresa Glovo (y más allá), así como proponer variaciones funcionales.

Para ello, metodológicamente se propone articular el análisis exponiendo, en primer lugar, la coyuntura del personal trabajador *rider* en las claves sociales y laborales (ap. 2) en las que toman sentido las tensiones definitorias de su posición jurídica (ap. 3). Posteriormente, debe explicarse la irrupción del derecho penal en este ámbito, específicamente a propósito de la previsión del nuevo artículo 311.2º CP y sus fundamentos de racionalidad normativa (ap. 4). Por último, se propone un estiramiento de la eficacia posible del artículo 311.1º CP que, en su caso, haría innecesaria la modificación legislativa última (ap. 5): sea a través de una interpretación alternativa de ciertos elementos típicos (ap. 5.2.a), sea a través de una modificación menos disruptiva y más efectiva que la implementada (ap. 5.2.b).

De este modo, se pretende plantear una alternativa a la modificación legal introducida por la Ley Orgánica 14/2022, cuya eficacia está en entredicho tanto por su motivación coyuntural como por su desarrollo técnico poco taxativo que la convierte en una norma políticamente simbólica y jurídicamente imprevisible.

2. Entre la autonomía y la heteronomía laboral

La clave conceptual sobre la que pivotan muchas de las especulaciones jurídicas (laborales y penales) del asunto que aquí se trata es la de la autonomía del sujeto trabajador. La autonomía laboral es una cuestión de ciertas connotaciones posfordistas, propia de una economía de producción descentralizada y eclosión de oficios volátiles, menos permanentes e iterativos que los de la empresa taylorista de viejo cuño². Sin embargo, las tensiones conceptuales sobre los modos de dependencia y ajenidad de los sujetos trabajadores se remontan a escenarios laborales muy anteriores. Decía GORZ en su celebrada *Metamorfosis del trabajo* que la supuesta autonomía de un sujeto trabajador solo puede comprenderse en un sistema de organización complejo³. Refería desempeños altamente especializados en el interior de la fábrica, labores que requerían

² BAUMAN, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, (trad. por BOSCHIROLI), 2000, *passim*; BECK, *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, (trad. por MORENO CASTILLO), 2007, *passim*; BERARDI, *La fabbrica dell'infelicità. New economy e movimento del cognitariato*, 2001, *passim*; BOLOGNA, *Crisis de la clase media y posfordismo*, (trad. por MALO DE MOLINA BODELÓN/RIVERA GARRETAS/PRIETO DEL CAMPO), 2006, *passim*; LAZZARATO, *Lavoro immateriale. Forme di vita e produzione di soggettività*, 1997, *passim*; MOULIER BOUTANG, *Le capitalisme cognitif. La Nouvelle Grande Transformation*, 2008, *passim*.

³ «Un trabajo heterónomo no tiene necesidad de estar desprovisto por completo de autonomía; puede ser heterónomo porque las actividades especializadas, incluso complejas y que exigen de los trabajadores una gran autonomía técnica, están predeterminadas por un sistema (organización) a cuyo funcionamiento concurren como engranajes de una maquinaria» (GORZ, *Metamorfosis del trabajo*, [trad. por RUIZ DE ELVIRA], 1995, p. 220).

destrezas técnicas sustanciadas en determinados sujetos. Pero aun esa relativa autonomía en el formarse y en el hacer, indicaba GORZ, estaba incrustada en una organización que los dirigía. Consideraciones que, desde una mirada elemental, no dejaban de ser una prolongación de la crítica que MARX lanzaba, sentencioso, sobre el idealismo individualista de la economía política clásica: «El cazador o el pescador solos y aislados, con los que comienzan SMITH y RICARDO, pertenecen a las imaginaciones desprovistas de fantasía que produjeron las robinsonadas dieciochescas»⁴. Pura ficción.

Si la industrialización desveló por completo la heteronomía laboral, los procesos ulteriores de desindustrialización y la estandarización del trabajo descentralizado han regresado para revitalizar el viejo ideal de la autonomía, esta vez en la figura del sujeto trabajador autónomo. También esta figura tiene precedentes que pueden remontarse a escenarios laborales anteriores: en los años 20 del siglo XX se solaparían, según el sociólogo alemán Theodor GEIGER, dos tipologías muy distintas de sujetos trabajadores autónomos. Al margen de las profesiones liberales clásicas (liberales porque se trataba de un trabajo que *libera* al individuo, que lo conforma como persona), GEIGER distinguía a quienes desempeñaban prácticas tradicionales (campesinos, artesanos y pequeños comerciantes) de los trabajadores autónomos de segunda generación, a los que denominó «proletaroides» y que ya comenzaban a delinearse como esa «microempresa proveedora de servicios para la gran empresa, de acuerdo con una tipología de relaciones que se anticipaba medio siglo a la empresa en red actual»⁵. De este modo, no sería hasta los años 70 cuando la figura del autoempleado retoma aquella importancia perdida, cuando se produce «la ruptura del horizonte asalariado»⁶.

En realidad, aquellas *robinsonadas* denunciadas por MARX eran, en último término, el suelo político formal de nuestros sistemas jurídicos liberales: la libertad de circulación de servicios en la Unión Europea o la libertad de empresa consagrada en la Constitución Española conforman el marco elemental para las relaciones económicas. Sin embargo, tras la estandarización de la excepción laboralista asociada al taylorismo productivo, puede caracterizarse como «ruptura» el particular recorrido jurídico que vehiculiza la vuelta a la unidad elemental de la autonomía del individuo que se relaciona mercantilmente.

En España, si bien existen referencias que, en cierto modo, pueden considerarse sensibles a la posibilidad del trabajo autónomo ya en la Constitución Española⁷, es la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, la que establece un instrumento relativamente concreto aplicable en este ámbito: la «preferencia para la concesión de créditos individuales para instalarse como autónomos». Posteriormente, la Ley 20/2007, de 11 de junio, del Estatuto del trabajo autónomo, se reconoce a sí misma en el Preámbulo como el «primer ejemplo de regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo en la Unión Europea, lo que sin duda constituye un hito en nuestro ordenamiento jurídico». El Estatuto del trabajo autónomo recogería, expresamente, la posibilidad de una «utilización indebida» de la figura del autónomo —uso inapropiado para casos

⁴ MARX, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858*, (trad. por ARICÓ/SCARÓN/MURMIS), t. I, 1989.

⁵ BOLOGNA, *Crisis de la clase media y posfordismo*, (trad. por MALO DE MOLINA BODELÓN/RIVERA GARRETAS/PRIETO DEL CAMPO), 2006, p. 22.

⁶ BOLOGNA, *Crisis de la clase media y posfordismo*, (trad. por MALO DE MOLINA BODELÓN/RIVERA GARRETAS/PRIETO DEL CAMPO), 2006, p. 37.

⁷ Así, los artículos 38 CE (libertad de empresa en el marco de una economía de mercado), 35.1 CE (libre elección de profesión u oficio) y 40.2 CE (política que garantice la formación y readaptación profesionales).

en los que el trabajador autónomo trabaje para un solo cliente, en una misma organización productiva y cumpliendo un horario de trabajo compartido con otros compañeros, además de otras características más propias del asalariado— para lo que inventa la figura del «trabajador autónomo económicamente dependiente» (capítulo III). «La intención del legislador es eliminar esas zonas fronterizas grises», dice la propia Ley⁸.

Es en este marco conceptual y jurídico en el que puede comprenderse mejor la situación de algunos sujetos trabajadores que, tras una *metamorfosis* apenas atisbada por GORZ, desempeñan actualmente funciones aparentemente autónomas en un encuadre de alta heteronomía. Una heteronomía que, en el contexto de la comunicación digital, la doctrina laboralista ha detectado con precisión en los últimos años. TODOLÍ SIGNES refiere la *Gig Economy* (economía colaborativa) como la desempeñada «por aquellas empresas que a través de una plataforma virtual (app, página web, etc.) organizan la prestación de un servicio»⁹. En este escenario, destruida la figura ideal del individuo autónomo, emerge, sin embargo, una alternativa también idealizada: la economía colaborativa de sujetos libres que se interconectan, creando una suerte de red de influencias horizontal que, sin embargo, no generaría ajenidad ni dependencia respecto de una sola referencia organizadora y, por tanto, no generaría una relación laboral¹⁰.

Para encontrarle la ficción a esta versión de la *Gig Economy*, nos sirve una clasificación que distingue estas prácticas laborales entre *crowdwork* (trabajo en grupo) y *work on demand* (trabajo bajo demanda)¹¹. «Los *crowdworkers* trabajan en línea a través de plataformas que conectan a un

⁸ Sobre la Ley del trabajador autónomo y, en concreto, sobre la forma económicamente dependiente, puede consultarse FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, «El trabajador autónomo económicamente dependiente», en EL MISMO/ÁLVAREZ CUESTA (dirs.), *Régimen profesional, derechos colectivos y seguridad social del trabajador autónomo tras la ley 20-2007, de 11 de julio, del estatuto del trabajo autónomo*, 2009, pp. 57 ss.

⁹ El autor refiere tres elementos: «a) por una parte, los “solicitantes”, que son empresas o particulares que requieren que se realice en su beneficio una prestación de un servicio; b) los trabajadores que prestan los servicios; c) y, en tercer lugar, las plataformas virtuales que se encargan de utilizar las tecnologías de la información para unir oferta y demanda y que perciben un porcentaje por cada prestación de servicios realizada» (TODOLÍ SIGNES, «Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (Gig economy)», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, [140], 2018, p. 96). Véase también SANZ DE MIGUEL *et al.*, «El empleo irregular tras la Ley Rider: ¿nueva regulación, idénticas estrategias empresariales?», *Revista Española de Sociología*, (32-3), 2023, pp. 3-4; FERNÁNDEZ-TRUJILLO MOARES/GIL, «Mecanismos y dinámicas del trabajo en las plataformas digitales: los casos de Airbnb y de las plataformas de reparto», *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales*, (52), 2021, pp. 175 ss.; FILGUEIRAS/ANTUNES, «Plataformas digitales: aplicaciones y regulación del trabajo en el capitalismo contemporáneo», en RIESCO SANZ (ed.), *Fronteras del trabajo asalariado*, 2020, pp. 133 ss.; FRIEDMAN, «Workers without employers: shadow corporations and the rise of the gig economy», *Review of Keynesian Economics*, (2), 2014, pp. 171 ss.; SRNICEK/DE SUTTER, *Platform capitalism (Theory redux)*, 2016, *passim*.

¹⁰ Sobre el uso inapropiado del término «economía colaborativa» aplicado a la gestión del trabajo en plataformas digitales, véase CRUZ VILLALÓN, «Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (138), 2018, pp. 23-24. Como indica GINÈS I FABRELLAS, «El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la Ley Rider», *Iuslabor*, (2), 2021, p. 1, «ya no hablamos de personas sino de riders, hemos sustituido el trabajo por gigs y el despido por desconexión de la plataforma».

¹¹ Hilando más fino, caben otras combinaciones entre la plataforma y los sujetos contratantes: «las plataformas pueden desplegar cuatro roles diversos, en función de su calificación jurídica, enumerados de más a menos: 1) empleadores como sujeto de un contrato de trabajo al que le resulta de aplicación la legislación laboral; 2) empresa cliente como contraparte contractual de un trabajador autónomo que no presta el servicio directamente para el consumidor o usuario; 3) agencia de colocación, que intermedia en la celebración de contratos de prestación de servicios, que lo pueden ser tanto de las institucionalizadas con regulación específica de intermediación en la contratación laboral como de intermediación en la contratación de autónomos; 4) red social digital, de mera instrumentación técnica del contacto, sin asumir rol jurídico alguno de intermediación y, por tanto, quedando

gran número de clientes, organizaciones y empresas, sin limitaciones geográficas»; por otro lado, «En el caso de los *trabajadores a demanda* a través de aplicaciones, el trabajo se realiza fuera de línea (*offline*), en forma física, en un espacio geográfico determinado. En esta modalidad se inscriben las actividades de *delivery* de comida (Deliveroo, Rappi, Glovo, Uber Eats), de transporte (Uber), trabajo doméstico y de cuidados (Zolvers, Aliada), reparación de viviendas (IguanaFix, Jobin), entre otras»¹². Entre estas últimas prácticas se encuentra la que nos interesa situar jurídicamente. Los sujetos trabajadores de reparto de Glovo y Uber Eats desempeñarían, entonces, trabajo por demanda organizado digitalmente. Un desempeño, como vemos, en el que pone el foco la doctrina laboralista y que, en último término, tiene repercusiones penales.

3. Abordaje jurídico laboral del personal trabajador *rider*

La tensión descrita entre autonomía y heteronomía se puede interpretar, por tanto, en una clave dialéctica entre la *formalidad* jurídica que autonomiza riesgos y ganancias y, por otro lado, la *materialidad* del desempeño del autoempleo, que solo puede darse en un entorno de dependencias organizativas y económicas. Lo jurídico, así, enfrenta esta tensión que, en cierto sentido, es la historia misma del derecho del trabajo, cuyo objeto ha sido, históricamente, una cuestión controvertida¹³. Como indica RUZ LÓPEZ, «las “huidas” y “recuperaciones” del derecho del trabajo forman parte de su idiosincrasia, marcando el ritmo de su evolución»¹⁴. En concreto, que el desempeño del trabajo por demanda organizado digitalmente deba incluirse o no en el derecho laboral ha sido una cuestión disputada entre la doctrina laboralista¹⁵. La situación de *riders* y *glovers* ha sido caracterizada como una zona gris, en la que «la falta de un marco jurídico específico facilita a determinadas plataformas digitales un mejor posicionamiento, a costa de ganar competitividad mediante la inaplicación de los costes derivados del Derecho del Trabajo»¹⁶. El recorrido ha sido revirado, ya que la catalogación y tipo de contratación del personal *rider* no ha sido un ejercicio pacífico¹⁷. Según indica CRUZ VILLALÓN, «algunos proponen someter el empleo digital a una relación laboral de carácter especial»¹⁸, mientras que la mayor parte de la doctrina destaca los «indicios de subordinación: entre la libertad del repartidor y el poder empresarial», así como los «indicios de ajenidad» que ya la jurisprudencia anterior al nuevo escenario jurídico

exentas de toda posible responsabilidad jurídica a estos efectos» (CRUZ VILLALÓN, *Temas laborales*, [138], 2018, pp. 39-40).

¹² HAIDAR, «La organización vence al algoritmo(?). Plataformas de reparto y procesos de organización de los trabajadores de delivery en Argentina», *Pilquen*, (23-4), 2020, p. 16.

¹³ Véase una historia de esta delimitación en PÉREZ GONZÁLEZ, *Sentido dogmático del derecho penal del trabajo desde la evolución histórica de la ordenación jurídica laboral*, 2021, *passim*.

¹⁴ RUZ LÓPEZ, «Análisis judicial de la naturaleza jurídica de la relación contractual en el trabajo en plataformas de reparto urbano: A propósito de sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 (núm. 805/2020; rec. 4746/2019)», *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, (38), 2020, p. 157.

¹⁵ CÁMARA BOTÍA, «La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (222), 2019, pp. 77 ss.

¹⁶ ARRUGA SEGURA, *La transformación digital en las relaciones laborales y en la organización del trabajo*, 2020, p. 289.

¹⁷ BÁEZ LAGUNA, «El retorno del derecho laboral. A propósito de la “Ley Rider” y el caso GLOVO», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, (4), 2021, pp. 241-251. Y, en relación con el origen de la reforma objeto de nuestro estudio, véase ALABAU PEREIRO, «¿Imponer o mantener? Consideraciones en torno al nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (31), 2024, pp. 15 ss.; también HORTAL IBARRA, «El “Delito rider” (art. 311.2º CP): El Derecho penal del trabajo a la carrera», en GARCÍA MOSQUERA *et al.* (dirs.), *Libro homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70º aniversario*, 2024, pp. 981 ss.

¹⁸ CRUZ VILLALÓN, *Temas laborales*, (138), 2018, pp. 38-39.

señalaba¹⁹. Especulaciones que quedarían relativamente conjuradas tras la STS 2924/2020, Social, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2924).

La Sentencia resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina por pronunciamientos contradictorios entre tribunales superiores de justicia. En el caso concreto que se aborda, el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid absolvió a la empresa Glovo del pago de indemnización por un posible despido tácito de un trabajador de reparto. La Sentencia caracteriza las funciones de la empresa de «explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero» y clasifica sus servicios como de «intermediación *on demand*», de modo que «la Empresa se nutre financieramente de los acuerdos comerciales que concierta con establecimientos, tiendas y comercios, no de lo que le pagan los usuarios por los recados». El sistema de trabajo, resume la Sentencia, «consistía en que los demandantes seleccionaban una franja horaria, activaban su disponibilidad en su teléfono móvil y a partir de entonces comenzaban a entrarles pedidos, que aceptaban de forma automática o manual. El sistema de asignación de pedidos se realizaba telemáticamente por el algoritmo de Glovo. La selección de las franjas horarias dependía de la valoración del trabajador. El sistema de valoración del trabajador se hacía depender de la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, la realización de los servicios en las horas de mayor demanda y la valoración del cliente final. Los actores estaban geolocalizados durante la prestación de servicios. El sistema de retribución consistía en el pago de una cantidad por pedido, a lo que se añadía otra cantidad por kilometraje y tiempo de espera. Las facturas eran confeccionadas por Glovo. El trabajador aportaba el teléfono móvil y la moto».

En este escenario, la Sentencia refiere la Directiva 2003/88/CE en relación con Auto dictado por el TJUE en el asunto C-692/19, de 22 de abril de 2020, de modo que «si se llega a la conclusión de que la independencia del actor era meramente aparente y realmente existía una subordinación del demandante a Glovo, el citado Auto del TJUE no impedirá la calificación de la relación laboral a dichos efectos». También alude la Sentencia a anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, como la STS de 11 de mayo de 1979, que afinaría los requisitos de dependencia y ajenidad posteriormente previstos en el Estatuto de los Trabajadores: «la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa». En relación con la ajenidad, indica la Sentencia, «concorre cuando concurren las circunstancias siguientes: (...) 1) Los frutos del trabajo pasan ab initio a la empresa, que asume la obligación de retribuir dichos servicios que están garantizados. 2) No se ha probado que el demandante asuma riesgo empresarial de clase alguna. 3) Tampoco se ha acreditado que realice una inversión en bienes de capital relevante, pues la inversión que constituye elemento esencial de la actividad contratada se entrega directamente por la demandada».

A partir de estos presupuestos, la Sentencia concluye (Fundamento jurídico 21):

«Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. No se limita a prestar un servicio electrónico de intermediación consistente en poner en contacto a consumidores (los clientes) y auténticos trabajadores autónomos, sino que realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo. Se trata de una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando el precio y condiciones de pago del servicio, así como las condiciones

¹⁹ RUZ LÓPEZ, *Trabajo*, (38), 2020, pp. 158-161. En el marco europeo, puede verse ZAPPALÀ, «Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia europea di tutela del lavoro digitale?», *Professionalità studi Trimestrale on-line di studi su formazione, lavoro, transizioni occupazionali*, (1), 2021, pp. 4-35.

esenciales para la prestación de dicho servicio. Y es titular de los activos esenciales para la realización de la actividad. Para ello se sirve de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados en la organización de trabajo del empleador, sometidos a la dirección y organización de la plataforma, como lo demuestra el hecho de que Glovo establece todos los aspectos relativos a la forma y precio del servicio de recogida y entrega de dichos productos. Es decir, tanto la forma de prestación del servicio, como su precio y forma de pago se establecen por Glovo. La empresa ha establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo. Glovo ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante. El repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución. El actor no tenía una verdadera capacidad para organizar su prestación de trabajo, careciendo de autonomía para ello. Estaba sujeto a las directrices organizativas fijadas por la empresa. Ello revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral»²⁰.

En definitiva, como indica RUZ LÓPEZ, «el Alto Tribunal, mediante una ponderación de indicios (extraídos tras un análisis exhaustivo sobre el modelo de negocio, en general, y sobre las relaciones entre plataforma y repartidores, en particular), consigue demostrar la existencia de las notas de ajenidad y subordinación y, consiguientemente, la naturaleza laboral de la relación»²¹. Y esta fijación de criterio jurisprudencial resultaría, sin duda, un elemento de fuerza para el acuerdo entre patronal y sindicatos²² que avalaría la introducción de la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sobre la presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto, conforme a lo aprobado en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre²³.

Señala RUZ LÓPEZ que «resulta cuando menos paradójico que, a raíz de una problemática específica sobre un concreto grupo de trabajadores, se hayan llegado a cuestionar los propios cimientos de nuestra disciplina»²⁴. Y es que la nueva Disposición adicional proyecta, desde la singularidad del trabajo de reparto, una presunción de laboralidad que orbita, sobre todo, el hecho de la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo²⁵. Así, para SIRVENT HERNÁNDEZ, la norma garantiza «igualdad de trato entre las empresas tradicionales y las que utilizan medios de control digital mediante la gestión de datos algorítmicos»²⁶.

²⁰ Véase, sobre el sentido de la Sentencia, RUZ LÓPEZ, *Trabajo*, (38), 2020, pp. 162-165.

²¹ RUZ LÓPEZ, *Trabajo*, (38), 2020, p. 162.

²² TODOLÍ SIGNES, «Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la Ley Rider y los derechos de información sobre los algoritmos», *Iuslabor*, (2), 2021, p. 28.

²³ En el momento en el que se escriben estas líneas, también en la Unión Europea se ha alcanzado ya un acuerdo entre los países miembros para abordar este asunto a rebufo de la Ley española: <https://euroefe.euractiv.es/section/euroefe-explica/linksdossier/euroefe-explica-la-ley-rider-europea/> (fecha de consulta: 15-5-2024).

²⁴ RUZ LÓPEZ, *Trabajo*, (38), 2020, p. 163.

²⁵ Sobre la modificación legislativa que incorpora esta presunción, puede verse BÁEZ LAGUNA, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, (4), 2021, pp. 241-251; CASTRO ARGÜELLES, «El ejercicio de los poderes empresariales mediante algoritmos», *Revista jurídica de Asturias*, (45), 2022, pp. 125 ss. Debe destacarse que, aunque la Ley presume la laboralidad, hay quien lamenta que de aquella laboralidad no se haya inferido la obligatoriedad de la empresa por dar a conocer el algoritmo de gestión del trabajo (véase GINÈS I FABRELLAS, *Iuslabor*, [2], 2021, pp. 1 ss.; también TODOLÍ SIGNES, *Iuslabor*, [2], 2021, pp. 28 ss.).

²⁶ SIRVENT HERNÁNDEZ, «Actividad de plataformas y Derecho del Trabajo: avances y asignaturas pendientes», *Professionalità studi Trimestrale on-line di studi su formazione, lavoro, transizioni occupazionali*, (1), 2021, p. 209.

4. *Ultima ratio*: artículo 311.2º CP y desajustes de racionalidad

Ante las previsiones jurídicas expuestas, las empresas de reparto de comida a domicilio Glovo y, de manera más discontinua, Uber Eats, han decidido en los últimos años mantener una postura que no asume la presunción de laboralidad de los sujetos *riders* que desempeñan los servicios efectivos de reparto y enfrentar, consecuentemente, multas millonarias en el plano administrativo-laboral²⁷. La situación, así, activa, con un evidente efecto simbólico, la *ultima ratio* penal a través de la modificación del artículo 311.2º CP, que ahora dice así: «Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: (...) Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa».

Se trata de una previsión penal que, cuando se escribe este trabajo, no ha sido aún aplicada en sentencias²⁸. El alcance y sentido de su eficacia, por tanto, resulta desconocido y, en una valoración apriorística, apenas tenemos elementos de juicio formales: en relación con la tramitación parlamentaria, cabe señalar que el nuevo precepto se introduce por vía de enmienda

²⁷ Como indica BAYLOS, «la empresa recurre las sanciones y obtiene la suspensión cautelar del pago inmediato de hasta una decena de actas firmes, sobre la base de que su pago inmediato podría “producir a la entidad demandante perjuicios de especial importancia y de difícil reparación”. De esta manera, aunque esta empresa acumula, siempre según estas fuentes periodísticas, 253 millones de euros en sanciones impuestas por Inspección por el uso de falsos autónomos, su efectividad es nula o tan dilatada en el tiempo – aunque se le obligue a una provisión modesta de avales por las sanciones recurridas – que convierte el mandato imperativo de la norma en papel mojado» (<https://grupo.us.es/iwpr/2024/04/17/una-norma-penal-para-castigar-la-resistencia-a-aplicar-la-ley-riders-el-nuevo-art-311-parrafo-2o-del-codigo-penal/> [fecha de consulta: 20-4-2024]). Véase también: <https://elpais.com/economia/2023-05-07/dos-anos-de-la-ley-rider-rebeldia-en-el-sector-del-delivery-que-ignora-las-multas-millonarias-de-trabajo.html> (fecha de consulta: 3-1-2024); <https://www.eleconomista.es/retail-consumo/noticias/12119963/01/23/La-Inspeccion-de-Trabajo-impone-a-Glovo-nuevas-sanciones-por-57-millones.html> (fecha de consulta: 3-1-2024). Esta *rebeldía empresarial* puede extenderse a ciertas prácticas de posible cesión ilegal de trabajadores por otras corporaciones del sector; en la medida en que esta estrategia no desobedece abiertamente la presunción de laboralidad, no las tomamos como causa inmediata de la activación penal.

²⁸ Se ha presentado una querrela contra Glovo por parte del Observatorio de Trabajo, Algoritmo y Sociedad, en colaboración con la plataforma sindical RidersxDerechos y Taxi Project 2.0. (<https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-riders-taxistas-barcelona-querellan-contra-glovo-supuesto-empleo-falsos-autonomos-20230920112114.html> [fecha de consulta: 3-1-2024]). Asimismo, según indica BAYLOS, «el Ministerio de Trabajo y Economía Social ha informado a la Fiscalía General del Estado de los delitos que ha detectado en el proceder de la empresa Glovo en concreto, y ha elaborado un informe, que ha remitido a la Fiscalía, en el que detalla cientos de casos concretos de empleados que deberían ser asalariados pero que aparecen como trabajadores por cuenta propia. La Fiscalía General del Estado explica que recibió el informe de Trabajo en octubre de 2023 y que trasladó la información a la Unidad de seguridad y salud en el trabajo “por si los hechos denunciados pudieran ser delito contra los derechos de los trabajadores”» (<https://grupo.us.es/iwpr/2024/04/17/una-norma-penal-para-castigar-la-resistencia-a-aplicar-la-ley-riders-el-nuevo-art-311-parrafo-2o-del-codigo-penal/> [fecha de consulta: 20-4-2024]). Véase también <https://elpais.com/economia/2024-04-10/trabajo-informa-a-la-fiscalia-de-los-delitos-que-ha-detectado-en-su-investigacion-a-glovo.html> (fecha de consulta 20-4-2024). De este modo, al momento de escribir estas líneas, la magistrada del juzgado nº 31 de Barcelona ha citado como investigado a Oscar Pierre, consejero delegado y cofundador de Glovo, por la posible comisión del delito que nos ocupa (<https://www.eleconomista.es/retail-consumo/noticias/13038443/10/24/la-jueza-cita-como-imputado-al-CEO-de-glovo-por-delito-contra-los-trabajadores.html> [fecha de consulta 31-10-2024]). En el momento de revisar este artículo, y solo un día antes de la declaración en el proceso penal de Oscar Pierre, la empresa Glovo hace pública su intención de regularizar laboralmente a su personal de reparto (https://www.larazon.es/economia/glovo-contratara-sus-repartidores-operativa-autonomos-dejara-estar-disponible-proximas-semanas_20241202674d71c37337f20001b22e67.html o <https://elpais.com/economia/2024-12-02/glovo-anuncia-que-abandona-su-modelo-de-falsos-autonomos-un-dia-antes-de-que-su-fundador-declare-en-un-proceso-penal.html> [fecha de consulta: 9-12-2024]).

(la número 63) de los grupos parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos a la Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. La única justificación de la enmienda es la de constituir una «mejora técnica». *Mejora* que ni siquiera es mentada en los debates parlamentarios ulteriores²⁹. En el Preámbulo de la modificación legal, apenas se refiere que, «cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última *ratio*, al Derecho Penal».

Por tanto, si la valoración *a priori* de una norma no es asunto sencillo, menos aún lo es la de esta que nos ocupa. Una manera ordenada de evaluar en términos generales la racionalidad de una ley puede ensayarse a través del modelo orientativo que propone ATIENZA en su *Contribución a una teoría de la legislación*, proyectado hacia el ámbito específico del derecho penal por Díez RIPOLLÉS en *La racionalidad de las leyes penales*³⁰. El iusfilósofo propone cinco niveles de racionalidad en los que valorar la validez de una norma en un sentido amplio, esto es, más allá de su validez meramente procedimental: lingüístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico y ético. Se trata de niveles de racionalidad que solo tienen sentido como disociación formal, ya que en el análisis material los niveles están constantemente interpelándose y condicionando sus respectivas interpretaciones de validez normativa.

En lo siguiente, proponemos tamizar a través de este modelo de valoración de racionalidad la norma penal prevista en el artículo 311.2º CP:

4.1. Racionalidad lingüística

El primer nivel de racionalidad que propone ATIENZA es el lingüístico³¹. Desde esta perspectiva, el sistema jurídico se presenta y debe analizarse en tanto que «sistema de información»³². Además de las funciones básicas que se le puedan proyectar a un «sistema de información», debemos añadir en el marco penal la necesidad de que el lenguaje utilizado resulte señaladamente claro y taxativo, en tanto que el derecho penal es una rama del ordenamiento jurídico que, por la gravedad de sus consecuencias, exige una comunicación especialmente limpia con sus destinatarios. Hay tres expresiones lingüísticas utilizadas en el precepto de, al menos, ambiguo significado: a) La necesidad de contratación indebida como medio de la acción; b) La imposición de condiciones ilegales o su mantenimiento como acción; y c) sus trabajadores como sujeto pasivo.

²⁹ El análisis de los debates parlamentarios conforme a la «hipótesis del concentrado» propone un «enfoque jurisprudencial para evaluar debates legislativos» y puede ser una fuente esencial de legitimidad de la legislación (OLIVER-LALANA, «Los debates legislativos en el parlamento como fuente de justificación de la ley: un enfoque de análisis y evaluación», en EL MISMO [ed.], *Debatiendo leyes*, 2022, pp. 21 ss.).

³⁰ ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, 1997, *passim*; Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, *passim*. Asimismo, sobre la necesidad de introducir elementos de racionalidad material y valorativa, más allá de los criterios formales, procedimentales, más allá del mero «democratismo», véase SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», *InDret*, (4), 2019, pp. 1 ss.

³¹ Primer nivel en un sentido teórico, abstracto, sin perjuicio de las apreciaciones sobre la preferencia del criterio ético sobre el resto. El mismo ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, 2013, *passim*, valida esta inversión propuesta por Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, p. 110.

³² ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, 1997, p. 28.

Por lo general, y en este caso también es así, tales carencias de racionalidad lingüística se relacionan con déficits en el plano del segundo nivel de racionalidad: la jurídico-formal³³, ya que el análisis del lenguaje mundano, no experto ni integrado en dependencias de significado jurídico, resulta fútil en este marco de análisis. Veamos:

4.2. Racionalidad jurídico-formal

Este nivel de justificación de la norma vuelca su validez sobre la coherencia de la ley con el resto del sistema jurídico, comprendido este como un conjunto total. Esta integración del lenguaje en una sistemática jurídica más compleja debería ofrecer respuestas a las dudas de significado. Así, en relación con los puntos concretos señalados, puede indicarse lo siguiente:

a) La expresión «contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo» no parece muy afortunada, ya que, elípticamente, puede considerarse (o no) que el legislativo presume que la contratación debe ser indebida, ya que tal contratación es un medio para imponer condiciones ilegales. La expresión ya incorpora, de suyo, los problemas de legitimidad asociados a una norma penal en blanco que parece no albergar el núcleo esencial de la prohibición y que remite a un nivel normativo demasiado volátil. Pero sucede, además, que las escapatorias lingüísticas y jurídico-formales (que en este caso son difícilmente dissociables) no confirman necesariamente la elipsis presumida por el legislativo: puede darse una contratación no indebida —al margen de la contratación laboral— que imponga condiciones ilegales por razones distintas a las de no asimilarse a una contratación laboral (v. gr. un contrato con un trabajador autónomo económicamente dependiente, que puede considerarse de facto un trabajador a su servicio, en el que se le niegue el mínimo descanso anual legalmente establecido). Es decir, con la expresión utilizada «contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo» no se dice específicamente que la ajenidad al contrato laboral deba ser una forma indebida, sino simplemente distinta. Y decimos que no se dice porque, muy probablemente, atendiendo a la racionalidad teleológica que abordamos *infra*, se quería decir.

b) Las variantes lingüísticas se enmarañan aún más a la luz de la vía de comisión alternativa prevista en el segundo inciso, que interpela de modo desordenado a otras previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, en perjuicio también de la racionalidad jurídico-formal. Prevé el artículo 311.2º CP el castigo por el mantenimiento de las condiciones ilegales anteriores «en contra de requerimiento o sanción administrativa»; y lo prevé con la conjunción disyuntiva «o». En busca de coherencia sistemática, caben varias interpretaciones de la literalidad: todas las contrataciones que imponen condiciones ilegales son delictivas y la segunda vía abre la reprobación bien al mantenimiento de las condiciones ilegales sostenido por otros sujetos distintos de los que las impusieron, bien, como transitoria, a las contrataciones efectuadas antes de la reforma que se empeñan en no ser corregidas. O, haciendo funambulismo en la línea de legalidad del primer inciso, puede que solo sean punibles las contrataciones que impongan condiciones ilegales más abusivas que las previstas en la legislación laboral-administrativa, de modo que el segundo inciso recoge las condiciones ilegales comunes, pero continuadas. Al margen de estas dos lecturas, que se contorsionan para alcanzar la coherencia, queda una tercera,

³³ Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación con fórmulas ajenas al contrato de trabajo del art. 311.2º del Código Penal», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, 2023, p. 97, que «la redacción del precepto no es precisamente un dechado de perfección técnico-jurídica».

la más incoherente y la más probable: que todas las contrataciones que impongan condiciones ilegales sean formalmente delictivas (por dolo eventual, incluso), pero que solo se persigan las que desatienden los requerimientos administrativos (dolo directo), de modo que el segundo inciso funcionaría como una suerte de cláusula regularizadora o excusa absolutoria camuflada: si se cometió el delito, pero se atiende posteriormente el requerimiento administrativo, no se habrá cometido el delito .

c) Que se trate de «sus trabajadores» ha sido interpretado por la poca doctrina aún ocupada en este asunto como una apertura frente a la formalidad del apartado 1º del mismo artículo, que prevé «trabajadores a su servicio» y «derechos que tengan reconocidos». En realidad, ya la jurisprudencia había ampliado el sentido de la expresión «trabajadores a su servicio» a su alcance material, considerando, así, los derechos reconocibles en caso de que hubieran sido contratados válidamente. Por tanto, si se trata de buscar la racionalidad lingüística y jurídico-formal de la nueva norma en esta precisión ampliatoria, no parece que el precepto esté justificado, salvo que esta nueva previsión recomponga el paso a la jurisprudencia y limite el alcance del primer apartado del artículo a los sujetos trabajadores regulares. En cualquier caso, la ambigüedad de las expresiones no permite reconocer la respuesta correcta.

Al margen, por tanto, de las interpretaciones exitosas en relación con los puntos expuestos, resulta obvio que la racionalidad lingüística y jurídico-formal del precepto es poco clara y carente de la justificación suficiente.

4.3. Racionalidad pragmática

El tercer nivel de análisis que plantea ATIENZA en su modelo es el de la racionalidad pragmática. Este nivel de justificación de la norma pretende verificar que los sujetos destinatarios de la ley pueden adecuar su conducta a lo prescrito; en clave penal, por tanto, la racionalidad pragmática se observa cuando los sujetos que pueden incumplir la prohibición no la incumplen. Vale decir, entonces, que una norma es racional cuando puede ser eficaz.

En principio, parecería que la racionalidad pragmática de cualquier norma penal es relativamente clara, en tanto que, por lo general, las prohibiciones penales deberían ser fáciles de cumplir; y es que la afectación a un bien jurídico suele ser una situación excepcional que cualquier destinatario comprende como injusta y está en disposición de evitar. Digamos que, proyectado al ámbito penal, la racionalidad pragmática se verificaría en su plano subjetivo cuando los motivos de inculpabilidad no pueden generalizarse en relación con la prohibición concreta. De nuevo, este nivel de racionalidad debe comprenderse imbricado en los anteriores, ya que la motivación de la norma penal depende, en parte, de la claridad comunicativa. Y, en relación con la prohibición del artículo 311.2º CP —en general, con los delitos laborales, económicos o con proyección hacia la economía— tal justificación pragmática no resulta tan evidente.

A priori, podemos apuntar que el riesgo de fracaso en la función de «influir en el comportamiento humano» del artículo 311.2º CP es alto. Este riesgo puede no constituir un problema de racionalidad si, desde un punto de vista criminológico, verificamos que el sujeto destinatario de la norma penal-laboral es, sistemáticamente, un sujeto experto; vale decir, un usuario habitual de la normativa laboral para quien expresiones técnicas no resultan necesariamente complejas. Sin embargo, en este caso nos encontramos con una prohibición de difícil comprensión incluso para un sujeto destinatario experto, ya que se trata de un enunciado muy general, pero

fundamentado en situaciones de hecho (en rutinas disvaliosas) muy coyunturales (la negativa de una empresa a regularizar su situación conforme a la normativa laboral). Cualquier ejercicio de abstracción que parte de un supuesto concreto y no de muchas y sostenidas situaciones incorpora más riesgo de no proponer acertadamente las instrucciones del mandato o prohibición. Un solo caso de incumplimiento de la norma administrativa-laboral (o muchos protagonizados por el mismo sujeto) no parece un criterio sólido para fijar el alcance de destinatarios y de cumplimiento eficaz de una norma que, por amplia, apunta, como veremos en el nivel de racionalidad ética, a muchos otros sujetos que escapan al supuesto inspirador de la norma.

El componente subjetivo sobre la comprensión de la norma debe completarse con la dimensión objetiva, relacionada con la posibilidad persecutoria de las conductas prohibidas. Y es que, en este sentido, parece obvio que la eficacia de la norma ha de depender de una «cobertura financiera, administrativa, etc.» que, necesariamente, incorporará elementos de arbitrariedad. Esto, que sucede de un modo u otro con la mayoría de las conductas delictivas, se sublima en este precepto, en el que deben seleccionarse las conductas más graves —o las que mejor se asimilan a la situación de hecho que promueve esta norma— de entre todas las que, por encaje literal, podrían ser delictivas. Se trata, en definitiva, de una eficacia de la norma, a priori, muy incierta, más aún en el marco de responsabilidad subjetiva exclusivamente física, no jurídica, en el que permanecen, extrañamente, los delitos laborales.

4.4. Racionalidad teleológica

La dimensión de la racionalidad teleológica —vale decir, racionalidad conforme a los fines perseguidos por la norma— resulta señaladamente comprometida en el derecho penal. Y es que esta justificación legal invita a la norma a condicionar de manera muy estricta los comportamientos, ya que las consecuencias del incumplimiento son especialmente gravosas. No resulta adecuado, de este modo, proyectar en el *ius puniendi* funciones de control u orden social más allá de una cierta prevención genérica. Es decir, el derecho penal no debe pensar la sociedad como un todo complejo que se ordena por rutina a golpe punitivo, sino que debe pensar, elementalmente, en sujetos y acciones concretos que, excepcional y puntualmente, desvirtúan un orden social construido sobre otras normatividades (morales, administrativas, civiles, etc.). Debe precisarse, así, un sentido protector concreto de la norma que ha de orientar su teleología.

De modo específico, en relación con los delitos laborales en los que se enmarca el artículo 311.2º CP, el reconocimiento preciso de un bien jurídico no resulta pacífico. La atención del derecho penal por el entorno laboral se encabalga a una lógica de preocupación por la economía. Ello se desprende de una genealogía básica de los delitos laborales, que ya en los códigos penales de las dictaduras de entreguerras, incluido el Código Penal español de 1928, procuraban la protección de la economía nacional a través de la seguridad de las personas trabajadoras. En España, la tuición penal laboral se ensancha en un sentido liberal a partir del Código Penal de 1995, pero ya encauzada en la lógica de protección del orden socio-económico³⁴.

³⁴ PÉREZ GONZÁLEZ, *Sentido dogmático del derecho penal del trabajo desde la evolución histórica de la ordenación jurídica laboral*, 2021, p. 212: Este «nuevo» derecho penal de trabajo democrático se iniciaría en 1980 con el Proyecto de Ley Orgánica del Nuevo Código Penal y culminaría, al menos en lo que nos interesa a efectos de analizar sus bases dogmáticas, en 1995. Paulatinamente, se irían localizando derechos laborales dignos de protección reforzada (sindicación, huelga, además del de seguridad en el trabajo) que remozarían por completo las estrategias tuitivas penales del trabajo en España. Así, el Proyecto de 1980 incorporaría dos artículos que, enmarcados entre los delitos contra el orden socio-económico, harían las veces del anterior art. 499 bis. El

Desde entonces, como indica DE VICENTE MARTÍNEZ, se han sucedido una serie de «caóticas reformas», en las que podríamos incluir esta de la que nos ocupamos, y que han culminado en «un catálogo de delitos carente de sistematización y orden»³⁵. De este modo, la localización cierta de un bien jurídico resulta cada vez más improbable³⁶. MUÑOZ SÁNCHEZ señala tres variantes³⁷: En primer lugar, hay quien considera —él mismo— que el bien jurídico protegido en estos delitos es colectivo: «con el paso del Estado liberal a una concepción social del Estado», se asume que debe «preocuparse por las disfunciones en la estructura económica que llevan aparejada esa desigualdad y falta de libertad real»³⁸. Así, el ámbito laboral se comprende como «marco de referencia» que toma sentido jurídico penal solo en la medida en que debe protegerse en orden a garantizar la entereza de los individuos.

En segundo lugar, puede distinguirse una variante doctrinal que defiende la heterogeneidad de bienes jurídicos, que pasarían a depender de los tipos laborales concretos; así, los delitos laborales defenderían tanto bienes jurídicos individuales como colectivos³⁹. FARALDO CABANA apunta que resulta de «escaso interés» buscarle un «bien jurídico categorial común» a las tipicidades que componen este Título⁴⁰. MUÑOZ CONDE aboga por que la heterogeneidad típica del Título XV no puede apelar a un solo bien jurídico, sino que, en función de las distintas afectaciones, se defiende una pluralidad de bienes jurídicos personales, «aunque la dimensión social y colectiva de estos derechos les dé unas connotaciones que permiten considerarlos también como delitos de carácter social o colectivo»⁴¹.

En tercer lugar, otra parte de la doctrina sostiene la tesis por la que, mediante estos delitos, se defienden exclusivamente bienes jurídicos individuales. Indica MUÑOZ SÁNCHEZ que, desde esta posición, solo se atendería el interés concreto de la persona trabajadora⁴². Así, ORTUBAY FUENTES

Proyecto, sin embargo, no prosperaría. Sería la Ley Orgánica 8/1983 la que introduciría sendos delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga. El Proyecto de 1992 incorporaría precisiones en relación con la discriminación laboral, así como con los ataques a los derechos de sindicación y huelga. El Proyecto de 1994 incorporaría también la especificidad de los delitos contra el orden socio-económico, aunque, de modo definitivo, los delitos contra los derechos de los trabajadores acabarían por ocupar un título propio».

³⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal del Trabajo*, 2020, pp. 48-49.

³⁶ El Código Penal de 1995 castiga, en primer lugar, la imposición de condiciones de trabajo o de Seguridad Social ilegales, así como la contratación de una pluralidad de trabajadores sin alta en la Seguridad Social o sin permiso de trabajo. Posteriormente, reprueba el Código el empleo irregular de ciudadanos extranjeros y menores para, a renglón seguido, sancionar por el tráfico ilegal de mano de obra y migración fraudulenta. Castiga también la discriminación laboral y protege la libertad sindical y el derecho de huelga, así como la libertad de no ejercerla, en un artículo (315.3) un tanto descuadrado en relación con un hipotético bien jurídico común (y derogado en 2021). Por último, regula el Código el delito contra la seguridad y la salud en el trabajo, incluso en su modalidad imprudente, relacionando su contenido con la normativa sobre prevención de riesgos.

³⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, 2008, pp. 33 ss.

³⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, 2008, p. 30.

³⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, 2008, p. 36.

⁴⁰ FARALDO CABANA, *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, 2013, p. 35.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 21ª ed., 2017, pp. 311 ss.

⁴² MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, 2008, p. 38. AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, 2002, *passim*, defiende también que, en relación con los delitos contra la seguridad en el trabajo, se trataría de delitos de peligro que protegen el bien jurídico individual de la vida o la salud de los concretos sujetos trabajadores. También en HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo: una*

aboga por el carácter individual de la protección de estos delitos, de modo que solo sería relevante su sentido colectivo como *ratio legis*⁴³.

Tanto por la razón genealógica como sistemática, parece razonable, en definitiva, entender los delitos laborales en una clave colectiva⁴⁴ y economicista, de modo que no tendría sentido defender derechos laborales en sí mismos, como parte de una incierta dignidad personal (dimensión ya defendida en otras partes del Código Penal).

La nueva previsión de la que aquí nos ocupamos no aporta claridad al sentido protector de los delitos laborales; y, si para valorar su racionalidad teleológica, tomamos en cuenta el sentido de protección colectiva que han de perseguir estos delitos, su aplicación no debería poner el foco en la evitación de condiciones ilegales coyunturales. Pero la literalidad del tipo no afina este sentido teleológico, sino que, al contrario, podría proyectarse a situaciones relativamente anecdóticas que poco recogen una afectación estructural a la sostenibilidad de un sistema de relaciones laborales⁴⁵. De hecho, el afinamiento teleológico que, como decíamos *supra*, podría derivar de la ampliación formal de los sujetos pasivos del delito (sujetos trabajadores *de facto*), no es tal en la medida en que ya la aplicación del artículo 311.1º CP lo venía recogiendo.

Así, el componente más definitorio de afectación real a la economía que puede recogerse de la casuística motivadora de la ley es el uso de la gestión algorítmica del trabajo. Sin embargo, la modificación introducida en el artículo 311.2º CP no apunta específicamente al desvalor vinculado al automatismo del algoritmo que puede vehiculizar la verdadera afectación al tejido relacional laboral. Que sea una gran corporación, que lo haga mediante una estructuración algorítmica de la ordenación laboral o que se proyecte a una gran cantidad de personas trabajadoras deberían ser elementos concluyentes de la racionalidad teleológica de esta norma. Y ninguno de ellos está incorporado a la nueva tipicidad.

De hecho, se usa una fórmula excesivamente abierta con consecuencias descontroladas, como veremos *infra* en el nivel de racionalidad ética. El modo previsible de contener tal apertura y vincularla a la mediación algorítmica es que esta nueva previsión se aplique, sobre todo, vinculada a la presunción de laboralidad de la Disposición adicional vigesimotercera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, referida a las funciones de «reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía». Este sería, así, un modo de fijar el alcance de las «fórmulas ajenas al contrato de trabajo». Bajo esta hipótesis, sin embargo, la norma dejaría de aplicarse en los supuestos de gestión laboral por algoritmo que no afecten al personal de reparto. Por esta razón, a efectos penales, también debe tenerse en cuenta la crítica laboralista sobre el alcance limitado de la presunción de laboralidad⁴⁶. Una limitación que se proyectaría

aproximación a la configuración del Derecho penal en la sociedad del riesgo, 2005, p. 56. Véase también DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal del Trabajo*, 2020, pp. 125 ss.

⁴³ ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del código penal*, 2000, pp. 146 ss.

⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, 2023, p. 93.

⁴⁵ ALABAU PEREIRO, además, señala que el segundo inciso apuntaría a un bien jurídico más ajeno al resto de delitos laborales: «el interés del Estado en el cumplimiento de la normativa laboral y la efectividad de su sistema de control administrativo» (RDPC, [31], 2024, pp. 26 ss.).

⁴⁶ Refiere TODOLÍ SIGNES, *Iuslabor*, (2), 2021, p. 54, «el limitadísimo alcance de la nueva presunción, que se circunscribe solamente al sector del reparto en plataformas digitales, dejando fuera el resto de los sectores de plataformas digitales (...) De hecho, como señalan los estudios de la Comisión Europea, el transporte en

sobre la justificación teleológica de la norma, que no debe restringir su alcance a la tutela de los sujetos trabajadores del sector empresarial del reparto de comida, ya que la afectación de la gestión algorítmica al mercado de trabajo es mucho más amplia.

4.5. Racionalidad ética

Por último, para valorar la justificación ética del artículo 311.2º CP debemos partir de una concepción determinada de la ética que, en una tradición clásica, cabría localizar como el conjunto de normas que señalan las acciones virtuosas, las acciones debidas⁴⁷; sin embargo, a diferencia de otros sistemas normativos como la moral o el derecho, la ética se propone como campo de motivación individual que no necesariamente implica a una colectividad definida⁴⁸.

Evidentemente, los esquemas éticos varían en función del contexto o individuo concreto que los asume. Es posible, sin embargo, marcar un contenido material básico para una ética compartida en un contexto jurídico y social determinado. Esa ética asumida mayoritariamente señala, por tanto, un mínimo que será lo materialmente exigible en la justificación de cualquier norma, señaladamente en las normas penales. En este sentido, no parece polémico marcar esa ética mínima compartida en el respeto por la integridad de los sujetos entre sí, sin perjuicio de las dificultades que entraña valorar el alcance y sentido de ese respeto por la integridad de otros⁴⁹.

La norma penal, debido a su carácter punitivo, debe, especialmente, atender a esta justificación ética en su conformación: en primer lugar, lo penal asume la ética como un límite a su propio actuar, como fundamento de las garantías de quienes pueden sufrir la punición⁵⁰. En segundo lugar, el derecho penal también debe asumir la racionalidad ética como función en positivo, como orientación, a tal punto que la ética indique el sentido en que los sujetos pueden afectarse en su integridad (y esto está muy relacionado con la justificación teleológica de la norma). Históricamente, el derecho penal asumía esta labor orientadora de la justificación ética como una zona de exclusión que solo posibilitaba prohibiciones (nucleares) de afectación física grave a otros (señaladamente, los delitos contra la vida o la salud). Pero si damos por aceptado que las previsiones penales deban también evitar que el uso de instrumentos económicos afecte gravemente a la integridad de otros sujetos, entonces una norma penal sería ética si garantizase la integridad de sujetos que pueden verse negativa y efectivamente afectados por la acción de otros sujetos que operen en el marco económico. Y estos afectados pueden ser sujetos pasivos en un sentido técnico o víctimas en un sentido mucho más amplio. Por esta razón, creemos que la exigencia de racionalidad ética es una exigencia no solo en un sentido negativo o protector de quien recibe el mandato o prohibición; es, también, una exigencia en positivo que orienta la

plataformas equivale a menos del 5% de todo el trabajo en plataformas, por lo que esta regulación deja tal y como estaba –con los niveles de inseguridad jurídica, de conflictividad y de precariedad– la inmensa mayoría de trabajadores y empresas de plataformas digitales».

⁴⁷ Véase, sobre la concepción del componente ético, PÉREZ GONZÁLEZ, «El bien jurídico penal desde una justificación ética», *Revista General de Derecho Penal*, (31), 2019, pp. 1 ss.

⁴⁸ Véase, en el sentido apuntado, BUENO, *El sentido de la vida. Seis lecturas de filosofía moral*, 1996, pp. 15 ss.

⁴⁹ Esta normatividad ética básica es el resultado de genealogías diversas, de influencias morales, religiosas o jurídicas. Lo relevante, a los efectos de este nivel de racionalidad, es el resultado conceptual en el que se condensa esta pauta compartida para el comportamiento en sociedad.

⁵⁰ Sobre la difícil relación de esta modificación legislativa penal con el principio de intervención mínima, puede verse ALABAU PEREIRO, *RDPC*, (31), 2024, pp. 19 ss.

fijación de bienes jurídicos centrales para la integridad de muchos sujetos, así como la fijación de las acciones que los afectan⁵¹.

De este modo, lo que sucede en los delitos laborales es que la racionalidad ética debe quedar íntimamente imbricada con la teleológica, ya que solo a través de la protección de lo social se protege también a determinados sujetos que no son técnicamente sujetos pasivos de la acción delictiva⁵². Se trata, en definitiva, de proteger a individuos concretos a través de su dimensión social. Y ese es el equilibrio que debe buscar la norma penal-laboral para atender a un criterio básico de ética material.

Sucede con esta norma, sin embargo, que, *a priori*, hay un potencial exceso punitivo en su literalidad: contratar sujetos trabajadores de un modo distinto al supuesto modo menos perjudicial (contrato laboral) está mal. Pero no siempre está igual de mal. Pueden darse por buenas las razones de política criminal: que una gran corporación prefiera afrontar las sanciones administrativas en lugar de contratar debidamente a su personal se presenta como causalidad obvia para activar la *ultima ratio* penal, pero el poco afinamiento de la racionalidad ética se proyecta en un doble sentido: a) el artículo 311.2º CP podría recoger conductas que poco tienen que ver con una afectación directa al orden laboral, conductas relativamente coyunturales que solo podrían criminalizarse en una peliaguda invocación de daños cumulativos, como las horas extras ilegales, las falsas cooperativas, el falso voluntariado, el falso personal becario, la cesión ilegal de personal trabajador, etc. Conductas reprobables administrativamente, sin duda, pero que no comparten la enjundia disvaliosa de las nuevas arquitecturas algorítmicas proyectadas por las grandes corporaciones para el mercado laboral. Y b) inversamente, puede suceder que los sujetos autores de las conductas evocadas en el apartado anterior sean mucho más susceptibles de ser castigados por el artículo 311.2º CP que empresas como Glovo, capaces de desplegar estrategias de *encriptamiento* de su conducta. De hecho, la razón principal por la que la empresa aún no regulariza a su personal trabajador es porque en los últimos meses ha implementado un modelo que dota de mayor autonomía a los sujetos trabajadores⁵³, de modo que podría no aplicárseles la presunción de laboralidad de la Disposición adicional vigesimotercera en tanto

⁵¹ En esta línea, discrepamos, junto a Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, p. 110, «de quienes estiman que este primer nivel de racionalidad, pese a su trascendencia, no puede aportar excesivos contenidos positivos o constructivos al proceso legislativo, suministrando sustancialmente exigencias negativas. Muy al contrario, los valores que aquí hemos de identificar deben ser capaces de destacar las directrices por las que ha de transitar el conjunto de niveles de racionalidad legislativa». Es verdad que la racionalidad ética aplicada positivamente siempre complejiza la confección legislativa –complica el desarrollo del resto de racionalidades (Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, p. 116)–, ya que señala caminos a veces inusitados para el legislador; pero solo asumiendo esa complejidad podemos confiar en una aplicación eficaz y, sobre todo, efectiva de la ley. Porque la racionalidad ética propone un camino más acertado para el resto de racionalidades, de tal modo que esos «tropiezos» que vaticina Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, p. 97, serían, en último término, «productivos».

⁵² GRACIA MARTÍN, «La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social y democrático)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (3), 2010, pp. 67-68, considera incluso que el carácter de delito de peligro en abstracto (caracterización tan presente en el derecho penal económico) debe colegirse, sobre todo, de la referencia al individuo como sujeto en último término afectado, es decir, afectado en tanto que puesto en peligro por afectarse al orden socio-económico primero.

⁵³ «En primer lugar, la empresa ha introducido un sistema de *free login* que sustituye al anterior modo de asignación de horas de trabajo (...) En la actualidad, cada repartidor se conecta y se desconecta cuando quiere, siendo la localización (cercanía-lejanía) el único criterio oficial de reparto de pedidos (...) En segundo lugar, el carácter mercantil se intenta reforzar a partir de un nuevo sistema de retribución basado en multiplicadores que, supuestamente, aumenta la autonomía de las personas repartidoras, ya que estas pueden decidir qué suma quieren percibir por la prestación de sus servicios (...) Por último (...) es el repartidor quien tiene que generar facturas, cumpliendo así con el estatuto del trabajador autónomo» (SANZ DE MIGUEL *et al.*, *RES*, (32-3), 2023, pp. 7 ss.).

que presunción *iuris tantum* que admite prueba en contra y, así, no serles de aplicación la nueva norma penal creada para esa misma situación.

En definitiva, no se vislumbra en la nueva norma ningún de los dos grandes pilares en la justificación ética de una disposición penal: que la pena no afecte a sujetos que no la merecen y que la pena afecte con equidad a sujetos que la merecen.

5. Alternativas para la racionalidad legal del artículo 311.1º CP

A la vista de los desajustes detectados *a priori* en la racionalidad del artículo 311.2º CP, se hace necesario ensayar alternativas. La más intuitiva es la de su referencia más próxima, el artículo 311.1º CP, que conforma la previsión más amplia en la que podría volcarse la situación de los sujetos trabajadores *riders* que aquí nos ocupa. De hecho, sus previsiones serían, desde determinado ángulo interpretativo, suficientes para castigar la conducta de las personas responsables de Glovo y Uber Eats referidas en este trabajo. Y, sin embargo, no se ha aplicado hasta ahora. De hecho, su no aplicación es, sin duda, una condición esencial para la nueva versión del artículo 311.2º CP que, como venimos indicando, intenta llegar donde el número 1 no llega. En lo siguiente, pretendemos lanzar una hipótesis de eficacia legal construida sobre la eficacia parcial del artículo 311.1º CP en relación con la situación laboral de las personas *riders* y, a partir de las carencias de racionalidad apuntadas en el ap. 4, apuntar variantes que completen tal eficacia. Este delito prevé, desde su primera versión en la LO 10/1995, la imposición de condiciones ilegales en el trabajo. Como veremos, la actual redacción no alcanza a prever la realidad laboral del personal *rider* contratado irregularmente. Sin embargo, el precepto sí apunta idóneamente el desvalor, de modo que son algunos de sus elementos típicos los que deberían apuntalarse interpretativamente o aun modificarse para alcanzar la coyuntura concreta que pretende evitarse. Con este propósito, abordamos esta propuesta en dos pasos: en primer lugar (ap. 5.1), apuntamos la esencia reprobatoria del precepto condensada en los elementos típicos que podrían proyectarse con su redacción e interpretación actual a la situación del personal *rider*. En segundo lugar, referimos una cierta contorsión interpretativa del actual artículo 311.1º CP que lo haría eficaz en relación con la situación del personal *rider* (ap. 5.2.a), así como una opción de reforma que incorporase un elemento más atinado en la proyección del desvalor vinculado a las situaciones que aquí nos ocupan (ap. 5.2.b).

5.1. Lo que ya se prevé y es idóneo

El artículo 311.1º CP castiga la imposición de «condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos reconocidos a los trabajadores a su servicio». No solo esto, como veremos en el siguiente epígrafe, pero esto también. Y, en parte, la esencia del desvalor radica en estos elementos que consideramos que pueden estar verificándose en la situación actual de muchos sujetos trabajadores *riders*, lo que, en línea de principio, podría ser una base sólida para que el actual artículo 311.1º CP fuera idóneo para afrontar el problema expuesto. Veamos:

El hecho de que el tipo penal exija que se trate de «trabajadores a su servicio» y refiera «derechos reconocidos» no implica que la aplicación del precepto se reduzca a personas trabajadoras formalmente asalariadas y, por tanto, el delito solo pueda cometerse al imponer condiciones

ilegales respecto de esa formalidad reconocida⁵⁴. La doctrina y, a rebufo, la jurisprudencia, ha comprendido paulatinamente estas expresiones en un sentido fáctico y no jurídico-formal⁵⁵. Esto tiene especial relevancia en nuestro caso, ya que, si la interpretación fuera formal, los trabajadores *riders* no serían trabajadores al servicio de Glovo. Y no es ya que lo sean por la previsión legal de la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, sino que, en el marco de autonomía penal, lo serían en la medida en que, de hecho, más allá del derecho laboral, pudiese considerarse materialmente tal relación de servicio.

Pero no solo se prevé que los sujetos pasivos sean «trabajadores a su servicio» y que se trate de «derechos reconocidos», sino que también se exige perjudicar, suprimir o restringir tales derechos. Ya hemos visto que los derechos son reconocidos o, en su caso, reconocibles si la situación material así lo proyectase formalmente. El perjuicio o supresión que se produce puede ser, según parte de la doctrina, meramente formal y, por tanto, verificarse con la sola proyección de unas condiciones que no respeten el marco normativo debido. Otra parte de la doctrina —y parece esto más garantista— exige el perjuicio material, de modo que no bastaría la formalización de las condiciones, sino que sería necesaria su sustanciación⁵⁶ (no bastaría, por tanto, con *imponer*, siquiera por escrito, una jornada laboral de 16 horas diarias, sino que se debería llevar a cabo). Y esta sustanciación exigiría una cierta sistemática recogida en la expresión «imposición de condiciones», de modo que, como indica MUÑOZ SÁNCHEZ, no bastaría un incumplimiento puntual, sino que debería sostenerse el incumplimiento en el tiempo⁵⁷. En nuestro caso, la contratación mercantil, evitando la laboral, compondría un contexto idóneo de incumplimiento típico (la imposición referida en el artículo 311.1º CP), ya que sería un modo sistemático y continuado de imponer condiciones —las propias del contrato mercantil— a quienes merecerían,

⁵⁴ En contra, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, 2023, pp. 95-99; y FERNÁNDEZ NIETO, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores. El “tipo especial” del nuevo artículo 311.2º del Código Penal», *Diario La Ley*, (10279), 2023, p. 7.

⁵⁵ No hace tanto tiempo, la STS 540/2006, Penal, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:2930), mantenía aún un sentido formalista de la persona trabajadora «a su servicio»: «La Sala sentenciadora parece deslizarse hacia la toma en consideración de las condiciones laborales impuestas por la acusada por lo que acude al contenido del actual artículo 312 imputándole tener a la persona contratada para el servicio doméstico en condiciones que supriman o reduzcan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Incuestionablemente la cantidad de cien euros como retribución, es realmente leonina, sin embargo, nada se dice sobre las condiciones de trabajo. Estos hechos, en sí mismo, no son constitutivos de delito alguno ya que, no dar de alta a una persona, que presta servicios domésticos, en la Seguridad Social no forma parte del ilícito penal». Contra esta interpretación, y afirmando la noción material del sujeto trabajador como sujeto pasivo, véase la STS 270/2016, Penal, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1553). En este sentido, como indica DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal del Trabajo*, 2020, p. 141, «El artículo 311 parece especialmente pensado para los casos de trabajo negro o irregular, esto es, lo que viene a llamarse economía sumergida. Estas situaciones generan el comportamiento típico por antonomasia de imponer condiciones laborales o de Seguridad Social ilegales al excluir a los trabajadores sumergidos de todos los standards mínimos de tutela legal o convencional».

⁵⁶ Véase MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, 2008, pp. 101 ss.

⁵⁷ «(...) el criterio objetivo determinante para distinguir estos supuestos es el del desenvolvimiento normal de la relación laboral. Si el trabajador acepta, por engaño o abuso de una situación de necesidad, que la negación del derecho es una condición para prestar la relación laboral que se prolongará en el desenvolvimiento de esa relación, se realiza el tipo de lo injusto; si, por el contrario, se trata de hechos excepcionales, aunque reiterados, constituye infracción laboral» (MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, 2008, p. 108).

por su relación material —de dependencia—, otras condiciones generadoras de derechos laborales.

Sin embargo, la jurisprudencia propone para interpretar restrictivamente este perjuicio⁵⁸ que se trate de una merma de derechos sensible, más allá del incumplimiento laboral. Esto es, más allá de la infracción administrativa, debe recogerse en sede penal un desvalor añadido⁵⁹.

Resulta complicado resolver la concurrencia sistemática de este desvalor en la situación del personal *rider*, ya que debe argumentarse por qué se daría una situación más beneficiosa en una relación laboral que en una mercantil. De hecho, parte del personal repartidor de Glovo prefiere desempeñar su función como sujeto trabajador autónomo: «Con la aplicación de la normativa laboral, las empresas deberán determinar por adelantado, conforme lo regulado en el Estatuto de los trabajadores, la jornada mínima del trabajador y los horarios de estos con antelación (...) Esto podría llegar a implicar que aquellos trabajadores que necesiten flexibilidad horaria y de jornada (por otros trabajos, estudios, conciliación, etc.) no puedan seguir en la plataforma a partir de la laboralización»⁶⁰.

Sin embargo, al margen de la apreciación subjetiva, esto es, al margen de la preferencia de cada sujeto trabajador *rider*, la atención al bien jurídico colectivo expuesta (ap. 4.4) nos llevaría a explorar una valoración objetiva o común del perjuicio que se cometería al contratar mercantilmente a quien puede o debe ser contratado laboralmente⁶¹. Independientemente de las condiciones concretas⁶², el perjuicio o restricción de derechos se inferiría de la merma de derechos reconocidos o reconocibles por disposiciones legales, que sin duda es formalmente mucho más amplio y beneficioso en la modalidad contractual laboral que en la mercantil⁶³. Si bien es cierto que la preferencia personal puede optar por la contratación mercantil, ya que esta

⁵⁸ Así, por ejemplo, la STS 208/2010, Penal, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1488), refiere la necesidad de «un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas resultan notoriamente perjudiciales para el trabajador».

⁵⁹ Deben atenderse, en cualquier caso, los problemas de un sistema sancionador dual administrativo y penal. En esta dualidad, «no todos los tipos penales establecen un criterio para deslindar el ámbito penal del administrativo-laboral» (FUENTES OSORIO, «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra», *Estudios penales y criminológicos*, [36], 2016, pp. 553 ss.). Los artículos 311 y 312.2 (primer inciso) del Código Penal, sin embargo, pueden distinguirse suficientemente en la medida en que las infracciones (leves, graves o muy graves) previstas en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) no prevén un contexto específico de situación de necesidad, del mismo modo que no prevén la sistematización de las condiciones perjudiciales en una proyección duradera. Se trata, por tanto, de elementos típicos de la norma penal no compartidos por la norma administrativa-laboral que añaden un desvalor específico, respetando así el principio de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal.

⁶⁰ TODOLÍ SIGNES, *Iuslabor*, (2), 2021, p. 55. En este sentido, señala HÖRH DE MIGUEL, «Riders, laboralidad precaria o trade: una visión jurisprudencial», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (25), 2021, p. 91, a partir de una encuesta de la propia empresa Deliveroo, con los sesgos que de ello puedan derivarse, que solo el 2,5% de los sujetos trabajadores se muestran favorables a su regulación como personal asalariado.

⁶¹ Sobre el volcado de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la expresión a la nueva redacción del precepto, véase ALABAU PEREIRO, *rdpc*, (31), 2024, p. 46.

⁶² Independientemente, por tanto, de las consecuencias que la plataforma digital genera sobre los sujetos trabajadores: «El seguimiento y la evaluación constante, el control, los castigos, las arbitrariedades y opacidades» (HAIDAR, *Pilquen*, (23-4), 2020, p. 27).

⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, 2023, p. 96. Así, basta una mirada a la genealogía del derecho laboral para notar la evolución ampliatoria del catálogo de derechos en el plano laboral como variante a las relaciones civiles y mercantiles (PÉREZ GONZÁLEZ, *Sentido dogmático del derecho penal del trabajo desde la evolución histórica de la ordenación jurídica laboral*, 2021, pp. 160 ss.).

ofrece más flexibilidad o incluso más facilidad de incrementar las ganancias, lo cierto es que la flexibilidad y la rentabilidad económica no conforman el resultado típico (perjuicio, supresión o restricción de derechos reconocidos). Sin embargo, los derechos reconocidos por disposiciones legales son, en principio, indisponibles: baja laboral, vacaciones pagadas, formación, desempleo contributivo, etc. De este modo, al margen de la opinión del sujeto trabajador concreto, su merma sistemática se proyecta como una afectación a la sostenibilidad de un determinado modelo de relaciones laborales.

En definitiva, atendiendo a la aplicabilidad del artículo 311.1º CP, podemos concluir provisionalmente que el personal *rider* podría considerarse «trabajadores a su servicio» (personal trabajador al servicio de la empresa, entendemos); se daría la «imposición» en tanto que se da una situación sostenida. Se darían las «condiciones» prohibidas, ya que la contratación mercantil no sería la debida según las previsiones legales laborales; y, por último, se daría el perjuicio de derechos reconocidos, ya que, objetivamente, el contrato mercantil restringe sistemáticamente los derechos reconocidos en contraste con el laboral (sin importar la conveniencia personal por un modelo contractual u otro).

Sin embargo, a pesar de esta relación de previsiones idóneas para reprobar la conducta de empresas como Glovo a propósito de la ausencia de regularización de su personal trabajador de reparto, el artículo 311.1º CP exige otro requisito de más compleja verificación: la concurrencia de engaño o de abuso de situación de necesidad en la imposición de estas condiciones perjudiciales.

5.2. Lo que haría falta

a. Interpretación alternativa del abuso de situación de necesidad

El artículo 311.1º CP prevé dos medios determinados para la imposición de condiciones de trabajo reprobables⁶⁴: debe realizarse «mediante engaño o abuso de situación de necesidad». No abordaremos en estas líneas las circunstancias del engaño, ya que no parece que se aprecie ningún margen interpretativo particular en relación con la situación que nos ocupa⁶⁵. Pero sí debemos abordar el abuso de situación de necesidad, ya que se dan en el ámbito de los sujetos trabajadores *riders* unas circunstancias que tensionan el alcance de este elemento típico.

⁶⁴ «La opinión dominante en la doctrina entiende que el verbo imponer debe ser concebido dogmáticamente como un resultado, sin extenderse a los modos o características de la acción, es decir, el término “imponer” es un elemento de la conducta referido al resultado, que consiste en el ponimiento de determinadas condiciones de trabajo, sin conectar la imposición de condiciones con los medios empleados para hacerlo» (DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal del Trabajo*, 2020, p. 136). El Tribunal Supremo, en ATS 70/2021, Penal, de 18 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:2680A), indica: «en una situación de esencial desigualdad como es la relación laboral, el término “imposición” al que se refiere el tipo penal no supone una nota de intimidación o violencia, como se ha dicho, sino una situación en la que el trabajador no tiene libertad de optar porque cuando la alternativa es dejar de trabajar e irse al paro es claro que eso no es fruto de una opción libre».

⁶⁵ Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, 2023, p. 96, el reparto de trabajo en plataformas podría ser un medio engañoso «en no pocos casos». Sin embargo, a nuestro juicio, este es un medio, el engaño, que debe ser idóneo para imponer condiciones que restrinjan derechos, y la gestión algorítmica, en principio, no implica engaño, sino, como veremos, cierto nivel de ocultación explicativa. Pero la ocultación explicativa no oculta la efectiva imposición de condiciones materiales que, efectivamente, se sufren sin engaño (el personal *rider*, por lo general, sabe cómo se gestiona el trabajo, esto es, no desempeña el trabajo esperando otras condiciones).

La doctrina más temprana consideraba que la asimetría propia del mercado laboral era situación bastante para notar la situación de necesidad⁶⁶. Sería la heterogeneidad sobrevenida a las relaciones laborales asalariadas la que, paulatinamente, restringiría este criterio hasta exigirse una específica situación de asimetría⁶⁷, en la medida en que no puede considerarse afectado el bien jurídico si la situación de necesidad (jurídica, digamos) de un sujeto asalariado puede no ser tal en términos sociales⁶⁸.

A partir de esta consideración por recoger un especial desvalor asociado a la situación de necesidad, más allá de la propia de las relaciones laborales, cabe cuestionarse si la situación de necesidad es una circunstancia individual o colectiva. Tratándose en cualquier caso de un elemento objetivo del tipo, esta objetividad puede entenderse respecto de la situación del sujeto pasivo (o sujetos pasivos) concreto sobre quien recae el perjuicio laboral o respecto de la situación social o del colectivo al que pertenezca el sujeto pasivo, independientemente de las particularidades en que se encuentre este⁶⁹. En la primera hipótesis, habría que valorar caso por caso cada situación individual, mientras que en la segunda hipótesis se podría ofrecer una respuesta global sobre la eficacia del precepto en este conjunto de situaciones.

Entre la doctrina, hay posiciones que abogan por ambas opciones⁷⁰, aunque la mayoritaria, así como sucede entre la jurisprudencia, es la de proyectar la situación de necesidad sobre la situación concreta del sujeto afectado. Así, por ejemplo, la STS 494/2016, Penal, de 9 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2613), absuelve, entre otras razones, porque «no existe la más mínima referencia a la situación patrimonial de las empleadas» (Fundamento jurídico 1, punto 4), de tal modo que no puede precisarse así la situación de necesidad de las víctimas. De hecho, la Sentencia descarta, como hacía la recurrida, que «la situación de paro generalizado» verifique el abuso de esa situación de necesidad. Y esta es una interpretación que se ha mantenido en ulteriores decisiones del Tribunal Supremo, como en la STS 247/2017, Penal, de 5 de abril (ECLI: ES:TS:2017:1303): «Por lo que se refiere al abuso de situación de necesidad en que se halle el trabajador, habrá de analizarse caso por caso, ya que esta situación de abuso de necesidad puede revestir múltiples variantes».

⁶⁶ Así, por ejemplo, BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, 1991, *passim*; ARROYO ZAPATERO, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis CP)», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, (15), 1983, p. 362.

⁶⁷ De este modo, dice DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal del Trabajo*, 2020, p. 158: «Parece más plausible defender una interpretación restrictiva del precepto y que guarde concordancia con el principio de intervención mínima, restringiendo lo punible a situaciones caracterizadas por una cierta nota de gravedad en la actuación empresarial puesto que carece de sentido penalizar lo que constituye regla en el mercado laboral actual, esto es, la superioridad del empresario». Así, «más recientemente, el abuso de la situación de necesidad que se exige en el artículo 311.1 es interpretado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de abril de 2017, como algo más que la consustancial desigualdad entre el empresario o el trabajador» (DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal del Trabajo*, 2020, p. 165).

⁶⁸ Dice la STS 247/2017, Penal, de 5 de abril (ECLI: ES:TS:2017:1303): «El abuso de estado de necesidad debe tener más consistencia que la derivada de la ínsita situación de desigualdad que existe en el mercado laboral entre empleadores y trabajadores, porque, de no ser así, todo incumplimiento debería tener acceso a la respuesta penal».

⁶⁹ Véase, por ejemplo, MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, 2008, p. 80, especialmente nota 184.

⁷⁰ MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, 2008, pp. 80 ss. Véase, con mucho detalle, DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal del Trabajo*, 2020, pp. 156 ss.

La jurisprudencia, sin embargo, ha variado los requisitos que integran tal *necesidad*: así, por ejemplo, la misma STS 494/2016, Penal, de 9 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2613), remite muy desafortunadamente al concepto de necesidad recogido en el artículo 20.5º CP para extrapolarlo y conformar una interpretación supuestamente sistemática, aunque relativa a una sistemática del todo forzada, ya que el estado de necesidad valora la situación del sujeto activo que realiza una acción típica, mientras que la situación de necesidad valora la vulnerabilidad del sujeto pasivo. Esta interpretación de la STS 494/2016, Penal, de 9 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2613) conduce a fórmulas de extrapolación del concepto de necesidad completamente absurdas: «la magnitud del segmento social en el que cabe ubicar a los que se encuentren en similares condiciones, de suerte que a más generalización de tal situación menos justificación de la relevancia penal por incidencia de la misma [...]»; de modo que, proyectando esta interpretación sobre el elemento típico, se evitaría la tipicidad, precisamente, de la situación que más debería perseguirse: aquella en la que el colectivo al que se pertenece sufre una especial necesidad generalizada. Afortunadamente, la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo ha corregido esta interpretación⁷¹.

Sin embargo, y por lo visto antes acerca del sentido de la protección de los delitos laborales, la antijuridicidad material que se pretende atender no debería descansar sobre la situación de la persona concreta, sino sobre la situación del colectivo que comprende al individuo en el plano económico de un modo relacional más complejo y completo, y cuya realidad solo puede describirse con datos agregados. Como elemento típico, la situación de necesidad prevista en el artículo 311.1º CP debe trascender, entonces, la mera asimetría ínsita a la relación laboral⁷², pero de ello no debe inferirse, a nuestro juicio, que la situación de necesidad deba proyectarse sobre el sujeto concreto, porque no se protege en estos delitos la situación laboral de los sujetos concretos, sino un modelo de relaciones laborales conforme a una cierta sostenibilidad socio-económica. El literal de la norma refiere la imposición mediante abuso de situación de necesidad. Encaja en ello, sin forzar el sentido de las palabras, que se abuse de una situación de necesidad del colectivo, más allá del sujeto pasivo; necesidad en todo caso idónea para la imposición de condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos. Esta dimensión socio-económica de los delitos laborales suele velarse por primacía de la tutela de los derechos concretos; sin embargo, el componente colectivo del bien jurídico protegido debe trascender una interpretación individual también del elemento típico «situación de necesidad», que solo si es entendido en un sentido colectivo alcanza a recoger el desvalor de imponer condiciones perjudiciales. Así, si el sujeto pasivo sufre esta imposición, el sistema socio-económico lo sufre, incluidas otras personas trabajadoras del mismo ámbito, que concurrirán al mercado laboral condicionadas y, como señalaba ya ARROYO ZAPATERO en los años 80⁷³, incluidos también otros sujetos empleadores, que se deben enfrentar a estrategias de competencia desleal⁷⁴. De hecho, la referencia, en plural, a «trabajadores a su servicio» incorpora en cierto modo este significado, ya que no se trata de que el sujeto pasivo del delito deba ser más de un sujeto trabajador, sino de

⁷¹ Así, por ejemplo, la STS 247/2017, Penal, de 5 de abril (ECLI: ES:TS:2017:1303) indica que «se trata de dos expedientes -la eximente de estado de necesidad del C.P. y el abuso de situación de necesidad del art. 311 CP- de distinta naturaleza e intensidad, que operan en esferas distintas».

⁷² En el mismo sentido de la STS 247/2017, Penal, de 5 de abril (ECLI: ES:TS:2017:1303), se incardina la opinión actual. Por ejemplo, DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal del Trabajo*, 2020, p. 158.

⁷³ ARROYO ZAPATERO, *Manual de derecho penal del trabajo*, 1988, p. 6.

⁷⁴ Así, notándole también el componente supraindividual, indica MUÑOZ CUESTA, «Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (1), 2018, p. 5: «El empleador actúa con desprecio no solo a la dignidad del empleado, sino de las normas legales, acordadas o contractuales que rigen la relación laboral».

que el sujeto pasivo es, para comprenderse como afectado por la conducta, grupal y merece una tuición reforzada precisamente por su pertenencia al colectivo.

Por tanto, en esta variante interpretativa del elemento «situación de necesidad», lo necesario es probar que el colectivo de sujetos trabajadores *riders* se encuentra en una posición de necesidad de la que, sistemáticamente, abusan sus contratantes⁷⁵. Sin embargo, este extremo no debería darse por hecho, ya que resulta dificultoso describir de modo homogéneo al colectivo de sujetos trabajadores *riders*⁷⁶. Y algunas notas de homogeneidad no parecen apuntar, necesariamente, a un colectivo en situación de necesidad: es cierto que se trata de un perfil migrante («hombres, jóvenes y nacidos en América Latina») y que la incidencia del desempleo en el colectivo de repartidores es notablemente superior a la media nacional⁷⁷; sin embargo, los datos apuntan a que el ingreso medio de los sujetos trabajadores *riders* es de «1,4 veces el salario mínimo interprofesional»⁷⁸, así como que, «comparados con la población de entre 16 y 74 años, las personas que trabajan en plataformas digitales (...) han alcanzado un mayor nivel educativo»⁷⁹. Queda en el aire, por tanto, que pueda aplicarse sistemáticamente —en su actual redacción— el artículo 311.1º CP a las conductas de no regularización laboral del personal *rider* por la no aplicabilidad sistemática del elemento «abuso de situación de necesidad». Por tanto, una estrategia de eficacia más certera pasaría por una modificación legal, sencilla, pero atinada, capaz de restañar los déficits de racionalidad detectados en el ap. 4.

⁷⁵ Esta es la lectura de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, 2023, p. 96, que considera que «se hallan en situación de extrema precariedad» quienes renuncian a los derechos laborales más elementales. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ NIETO, *Diario La Ley*, (10279), 2023, p. 14.

⁷⁶ Del mismo modo que, a propósito de las trabajadoras del hogar, cabe caracterizar al colectivo como «en situación de necesidad» (PÉREZ GONZÁLEZ, «Tutela penal laboral del trabajo doméstico», *RDPC*, [30], pp. 253 ss.), lo cierto es que en relación con los sujetos trabajadores *riders* las evidencias sociológicas son poco concluyentes. De hecho, no solo debe atenderse, por ejemplo, a las medias (de rentas, de ganancias, de horas por día, etc.), sino también a las medianas correspondientes, ya que los estudios indican que el colectivo es altamente heterogéneo: algunos sujetos eligen trabajar muchas horas y otros sujetos muy pocas (GÓMEZ GARCÍA/HOSPIDO QUINTANA, «El reto de la medición del trabajo en plataformas digitales», *Boletín económico Banco de España*, [1], 2022, p. 13). Las fuentes sociológicas son, en cualquier caso, escasas. En este trabajo, nos hemos servido de los siguientes estudios: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA ECONOMÍA DIGITAL, *Importancia económica de las plataformas digitales de delivery y perfil de los repartidores en España*, 2020, organización formada por más de 550 empresas de sectores clave de la economía digital (<https://www.adigital.org/media/importancia-economica-de-las-plataformas-digitales-de-delivery-y-perfil-de-los-repartidores-en-espana.pdf>), ESADE, *Ley Rider. Un año después*, 2022 (https://itemsweb.esade.edu/wi/research/Foro-Humanismo-Tecnologico/221027_Informe_LeyRider_FHTEsade.pdf?_gl=1*159u3zv*_ga*MjA2NTM1MDU0Ny4xNjY1MTI1MjQ0*_ga_S41Q3C9XT0*MTY2Njg1OTQxMS4yMS4wLjE2NjY4NTk0MTEuMC4wLjA), encuesta COLEEM, realizada por el JRC. Contiene datos de 14 países europeos e incluye a España y permite caracterizar el perfil de trabajador en términos socio-demográficos pero no a nivel de sector. Existe, eso sí, la categoría de «*off-line platform worker*», que abarca más sectores que el del reparto digital. Sus informes están disponibles online: https://joint-research-centre.ec.europa.eu/scientific-activities-z/employment/platform-work_en. Sobre las dificultades para medir cuantitativamente el sector, puede consultarse GÓMEZ GARCÍA/HOSPIDO QUINTANA, *Boletín económico Banco de España*, (1), 2022, pp. 1 ss. Agradecemos la ayuda prestada por el equipo de investigación del proyecto de la Universidad de Zaragoza «Culturas emergentes de la precariedad móvil en la *Gig Economy* digital: El sector de la comida a domicilio en España» (riders.unizar.es/proyecto).

⁷⁷ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA ECONOMÍA DIGITAL, *Importancia económica de las plataformas digitales de delivery y perfil de los repartidores en España*, 2020, pp. 4, 11-13.

⁷⁸ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA ECONOMÍA DIGITAL, *Importancia económica de las plataformas digitales de delivery y perfil de los repartidores en España*, 2020, p. 4.

⁷⁹ GÓMEZ GARCÍA/HOSPIDO QUINTANA, *Boletín económico Banco de España*, (1), 2022, p. 10.

b. *Modificación legal de los medios de acción: la gestión algorítmica como medio determinado de la imposición de condiciones*

Dada la dificultad de acoger la propuesta de interpretación anterior, proponemos en último lugar una variante *de lege ferenda* que, a partir del sentido reprobatorio del actual artículo 311.1º CP pueda atender, conservando la esencia tuitiva que veíamos en el ap. 4.4, el desvalor que se deriva de situaciones como la de las personas trabajadoras *riders*. Para ello, es inexcusable que se focalice con precisión el motivo reprobatorio que surge de una situación concreta, pero que debe ser aupado a un mínimo nivel de abstracción capaz de acoger tal desvalor en otras situaciones. E, inversamente, es necesario limitar el alcance reprobatorio, de modo que la tipicidad no se proyecte sobre situaciones que comparten elementos coyunturales, pero no el desvalor esencial que afecta a la dimensión colectiva de las relaciones laborales.

¿Por qué, entonces, el legislativo considera especialmente gravosa la conducta de Glovo al no regularizar laboralmente a su personal de trabajo de reparto?

No lo es simplemente porque no lo regularice (desvalor por incumplimiento del deber), ya que hay otras muchas situaciones en las que no se regulariza al personal trabajador y, sin embargo, no se procede penalmente por ello. Hay en nuestro ordenamiento delitos laborales que prevén conductas cercanas a esta, pero con elementos de desvalor añadido, como el artículo 311.3º CP, el artículo 311 bis CP o el artículo 312.2 CP. Como veíamos en los ap. 4.3 y 4.4 por ausencia de racionalidad pragmática y teleológica, castigar la no regularización laboral en sí misma no parece destilar con suficiente fineza un desvalor merecedor de pena.

No lo es tampoco porque contradiga previsiones administrativo-laborales. La punición administrativa no es menor y, si el mandato se vehiculiza en un ejercicio de la autoridad, cabría aplicar incluso el delito de desobediencia⁸⁰.

Hay, sin embargo, un elemento peculiar en el caso Glovo mediante el que sí puede recogerse cierta esencia disvaliosa: la gestión algorítmica del trabajo o servicio. Y es que, sin duda, esta modalidad de ordenación del trabajo no parece poderse recoger en ninguna previsión del Código penal como medio determinado para realizar alguna acción o conseguir un resultado.

¿En qué sentido concreto puede ser relevante penalmente la gestión algorítmica del trabajo o servicio?

Lo puede ser en un sentido discriminatorio⁸¹ y, por tanto, activar caminos abstrusos, aunque eficaces, para la consumación del artículo 314 CP. Sin embargo, no parece que ese desvalor

⁸⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, 2023, p. 100. Sobre una interpretación amplia del artículo 556 CP en tiempos de Estado de Alarma y COVID, puede verse RAMÓN RIBAS, *Desobediencia, estado de alarma y COVID 19*, 2021, *passim*.

⁸¹ Sobre el sesgo discriminatorio del algoritmo se ha escrito en estos últimos años. Véase, por ejemplo, ABADÍAS SELMA, *El Derecho Penal frente a la discriminación laboral algorítmica*, 2023, *passim*; ARAGÜEZ VALENZUELA, «La configuración del algoritmo digital, vacíos de justicia y principales desafíos para el Derecho del Trabajo», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, (7-1), 2022, pp. 12 ss.; o RODRÍGUEZ CARDO, «Gestión laboral algorítmica y poder de dirección: ¿hacia una participación de los trabajadores más intensa?», *Revista jurídica de Asturias*, (45), 2022, pp. 157 ss.

específico preocupe al legislativo en relación con la situación de las personas trabajadoras *riders*⁸².

Parece más probable que el verdadero desvalor específico de esta situación radique en que el control algorítmico del trabajo componga un modo soterrado de gestionar laboralmente una pluralidad de personas trabajadoras —gestión proyectable cumulativamente por la autonomía del sistema de inteligencia artificial—, con idoneidad, incluso, para condicionar la estructura de mercado de determinados sectores económicos. Hay, por tanto, en esta gestión posmoderna del trabajo dos puntos concretos de afectación a las relaciones laborales y, en ello, a la economía: causación de indefensión por el modo soterrado de gestión y posible proyección cumulativa de sus efectos⁸³. Veamos:

c. Causación de indefensión

La gobernanza algorítmica está cada vez más extendida en el ámbito empresarial y laboral, más allá de los servicios de reparto de los que aquí nos ocupamos. Como indica MERCADER UGUINA, los algoritmos seleccionan, dirigen y vigilan⁸⁴. Se trata, sin duda, de tecnologías con efectos beneficiosos bien tasados en el plano económico⁸⁵. Sin embargo, como ha sucedido en relación con otros avances, los riesgos generados por estos modos de gestión de la fuerza de trabajo deben interpelar también a la parte más vulnerable de la relación laboral: los sujetos trabajadores, que deben articular la defensa de sus intereses⁸⁶.

En esta lógica defensiva, los avances jurídicos sucedidos en relación con el acceso a la información algorítmica por parte de los sujetos trabajadores no alcanzarían a los sujetos *riders* no regularizados laboralmente, ya que estas conquistas formales solo pueden ejecutarse en el marco de la empresa y su personal asalariado. «La negociación colectiva constituye un instrumento fundamental en esta nueva era de cambio tecnológico»⁸⁷, ya que en el diálogo debería poder conformarse un parapeto frente a la gestión soterrada del trabajo que vehiculizan las instrucciones algorítmicas, construidas en una dimensión lingüística ajena al sujeto trabajador. El diálogo entre los agentes sociales sería, en cierto modo, una instancia de

⁸² Aunque quizá debería: es probable que la discriminación de la clientela sea vehiculizada en el algoritmo y genere consecuencias laborales o aun penales; sin embargo, tal posibilidad no ha sido objeto de esta investigación.

⁸³ Defendemos esta postura sin valorar el tipo de sistema de inteligencia artificial (SALVADORI, «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», *Cuadernos de política criminal*, [133], 2021). No nos interesa, por tanto, si esa mediación algorítmica es autónoma o automática, esto es, si hay o no hay supervisión humana (*on the loop, out of the loop...*). Ni siquiera nos ocupamos en este trabajo de las diferencias semánticas entre sistemas de inteligencia artificial y algoritmos (creemos que sería más acertada la primera expresión, pero, por integración sistemática en el plano jurídico, proponemos la segunda expresión, que es la utilizada en el Estatuto de los Trabajadores).

⁸⁴ MERCADER UGUINA, «Algoritmos y Derecho del trabajo», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, (52), 2019, pp. 63 ss.

⁸⁵ RODRÍGUEZ CARDO, *Revista jurídica de Asturias*, (45), 2022, p. 159.

⁸⁶ Para RODRÍGUEZ CARDO, *Revista jurídica de Asturias*, (45), 2022, pp. 168 ss., la «cogestión algorítmica» se abre, incluso, a un nuevo modelo de participación de los trabajadores en tanto que se evitaría un control unilateral desde la perspectiva del empleador.

⁸⁷ MERCADER UGUINA, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, (52), 2019, p. 69. Véase, como el mismo autor indica, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Plan coordinado sobre la inteligencia artificial»: «El diálogo social desempeña un papel fundamental cuando se trata de anticipar los cambios y las necesidades relacionados con el ámbito laboral».

traducción. Pero, por razones obvias, la negociación colectiva no puede ser el modo de evitar la indefensión de los sujetos *riders*, que no negocian colectivamente⁸⁸.

Sin embargo, nuestra hipótesis de desvalor mediado por la gestión algorítmica en la imposición de condiciones laborales perjudiciales no debe restringirse a sujetos que no puedan negociar colectivamente. De hecho, la negociación colectiva no evita el problema de gestión soterrada, por lo que también el artículo 311.1º CP podría aplicarse en relación con la gestión algorítmica del trabajo asalariado.

Es cierto que, a propósito de estas tecnologías, en España se ha generado la capacidad jurídica de interferir y negociar el alcance y sentido de la disciplina algorítmica empresarial mediante la inclusión de la letra d) del artículo 64.4 del Estatuto de los Trabajadores, de modo que el comité de empresa debe ser informado periódicamente «de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». El recientemente aprobado Reglamento en materia de inteligencia artificial de la Unión Europea⁸⁹ prevé el uso de sistemas de inteligencia artificial en el empleo, la gestión de trabajadores y acceso al autoempleo en su Anexo III como sistemas de «alto riesgo». En concreto, se debe atender a los «sistemas de IA destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones».

Se trata, sin duda, de conquistas formales que, sin embargo, no evitan otras implicaciones materiales para la interpretación de la norma penal: implicaciones como la limitación real de interacción de los sujetos trabajadores, tanto entre sí —para ejercer la acción colectiva— como en relación con el conocimiento de los márgenes de negociación. Puede decirse que frente a las instrucciones autónomas generadas por un algoritmo se genera menos iniciativa de resistencia —mediada, debido al acceso exclusivo a la información, por el comité de empresa— que en la disciplina estática de una normativa al uso o en las decisiones identificables de personal responsable, que pueden interpretarse por cualquier sujeto trabajador desde su propia autonomía crítica.

La utilización de la lógica algorítmica dificulta, en definitiva, reconocer la propia situación en el complejo empresarial, esto es, dificulta incluso reconocer la ajenidad de las distintas funciones desempeñadas, así como la disciplina que regula la conducta laboral de los sujetos implicados. Esto, sin duda, restringe la capacidad de autotutela de los derechos, ya que incluso dificulta la capacidad de conocer su merecimiento por razones materiales de desempeño del servicio (los «derechos reconocibles» que referencia la jurisprudencia). Se individualizan las labores, se invisibiliza la coordinación de estas y, por tanto, se frustran potenciales iniciativas de grupo. Y, en esas dificultades, por tanto, la gestión algorítmica del servicio arrastra el mismo desvalor, si

⁸⁸ SANZ DE MIGUEL *et al.*, *RES*, (32-3), 2023, p. 11.

⁸⁹ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

no más, que los otros dos medios determinados de comisión previstos en el artículo 311.1º CP: el engaño y el abuso de situación de necesidad.

d. *Presunción de daños cumulativos*

Lo explicado en el apartado anterior ya es fundamento bastante para valorar la inclusión de la gestión algorítmica del trabajo como medio determinado alternativo al engaño o al abuso de situación de necesidad en el artículo 311.1º CP. Hay, además, un motivo añadido: el uso de sistemas de inteligencia artificial se proyecta, por lo general, sobre una pluralidad considerable de sujetos trabajadores (si no, una ordenación simple de sus funciones, servicios, tiempos, condiciones y valoraciones sería suficiente)⁹⁰. Asimismo, no solo se proyecta sobre una pluralidad de sujetos trabajadores, sino que la tecnología utilizada conforma una base de gestión exportable con facilidad a otros contextos empresariales; esta *exportabilidad* de los modelos de gestión, que sucede también con los modelos de gestión humana, se sublima, por su facilidad de implementación, en el caso de los modelos de gestión algorítmica.

Las conductas reprobables, entonces, no solo encontrarían fundamento en la afectación directa al bien jurídico protegido, sino que se proyectarían también como hipotéticos daños futuros⁹¹. Hemos de valorar, por tanto, la legitimidad de hipotéticos daños cumulativos como fundamento de la reprobación.

Los delitos cumulativos serían, para MENDOZA BUERGO⁹², una variante de los delitos de peligro abstracto en los que ni siquiera habría afectación directa de la acción al bien jurídico. La razón de la incriminación, sin embargo, provendría «del posible o hipotético efecto sumativo o acumulativo de otras conductas de terceros (que en nada influyen en el supuesto del delito de peligro abstracto)»⁹³. De este modo, para BUSTOS RUBIO la presunción acumulativa no sería una técnica legislativa, sino «un concepto de carácter y creación dogmática, de corte y configuración políticocriminal»⁹⁴. Así, la acumulación sería una razón de criminalización que legitimaría la conformación de un tipo penal de peligro abstracto⁹⁵.

ALCÁ CER GUIRAO refiere, a propósito de los delitos cumulativos, un «derecho penal asegurador del futuro»⁹⁶. Este «derecho penal moderno», según la expresión de HASSEMER⁹⁷, podría estar caracterizado por una apertura de los cauces de imputación «en virtud de una probabilidad de

⁹⁰ «Los *crowdworkers* trabajan en línea a través de plataformas que conectan a un gran número de clientes, organizaciones y empresas, sin limitaciones geográficas, por lo que potencialmente el número de trabajadores, clientes y organizaciones que conecta es ilimitado» (HAIDAR, *Pilquen*, [23-4], 2020, p. 16).

⁹¹ De este modo, podemos trasladar las críticas que en el campo social se han volcado sobre la reproducibilidad del error en sistemas de inteligencia artificial (O'NEIL, *Armas de destrucción matemática*, 2018, *passim*; EUBANKS, *La automatización de la desigualdad*, 2021, *passim*) a la reproducibilidad de imposición de condiciones ilegales de trabajo en el ámbito laboral-penal.

⁹² BUSTOS RUBIO, «Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70-1), 2017, p. 295.

⁹³ BUSTOS RUBIO, *ADPCP*, (70-1), 2017, p. 321.

⁹⁴ BUSTOS RUBIO, *ADPCP*, (70-1), 2017, p. 322.

⁹⁵ BUSTOS RUBIO, *ADPCP*, (70-1), 2017, p. 324.

⁹⁶ ALCÁ CER GUIRAO, «La protección del futuro y los daños cumulativos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (4), 2002, p. 5. Lo hace en alusión al derecho penal medioambiental, que sirve aquí como parangón del derecho penal laboral.

⁹⁷ HASSEMER, «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», *ADPCP*, (45-1), 1992, pp. 235 ss.

acumulación de acciones similares por terceros». En este sentido, «la imputación de responsabilidad del agente no es sino el pronóstico de realización de acciones futuras por parte de otros agentes»⁹⁸. Para ALCÁCER GUIRAO, esta vía de imputación por daños cumulativos excedería las lindes de legitimación del derecho penal⁹⁹. No podría, entonces, proyectarse la agregación de acciones hacia el futuro daño al bien jurídico colectivo; pero advierte ALCÁCER GUIRAO que, si el bien jurídico se institucionaliza como bien de titularidad intersubjetiva, entonces cabe esgrimir un deber de solidaridad que recogería como acción debida la de no contribuir a su desgaste¹⁰⁰. Para ALCÁCER GUIRAO, en este contexto, no puede afirmarse «capacidad lesiva de una sola acción: dado su basamento colectivo, la realización de una acción contraria al deber no menoscabará materialmente la institución, aunque sí pueda afirmarse que con ella viene a ponerse en duda la confianza de los ciudadanos en la misma y, en esa medida, pueda hablarse de un “daño”. Tal es la razón por la que a estos delitos contra bienes jurídicos institucionales les es inherente la idea del daño cumulativo»¹⁰¹.

Conforme a estas apreciaciones, podríamos clasificar el bien jurídico defendido en el Título XIII del Código penal como un bien jurídico institucional, si por tal entendemos que la sostenibilidad del mercado de trabajo debe valorarse positivamente para «su funcionalidad para el desarrollo de la libertad de la persona en sociedad a través de la cooperación intersubjetiva»¹⁰². De este modo, sería legítimo defenderlo de acciones que, aun sin lesionar directamente al bien jurídico, proyectadas en una acumulación con otras de otros sujetos activos, alcanzarían a afectarlo o aun a lesionarlo. Esto es, la imposición de condiciones ilegales en el trabajo mediante gestión algorítmica no implicaría, por una sola conducta desplegada, la afectación al bien jurídico colectivo de la economía mediante la sostenibilidad de las relaciones laborales (como no sucede en ninguno de los delitos laborales); pero, de entre todos los delitos laborales, el cometido mediante decisiones algorítmicas verificaría el componente cumulativo, dotando así de aún mayor legitimidad a la reprobación de este medio comisivo.

6. Conclusiones

En esta contribución hemos analizado el contexto social y normativo desde el que surge la nueva previsión del artículo 311.2º CP, que castiga la imposición de condiciones ilegales mediante contratación ajena a la del contrato de trabajo. Hay, sin duda, motivos para activar la *ultima ratio* penal; sin embargo, tras la identificación de los déficits de racionalidad formal y material que ha arrastrado la norma hasta su aprobación, puede inferirse que la previsión penal actual es ineficaz socialmente e imprevisible en su aplicabilidad jurídica.

Las necesidades sociales y de cierre normativo descritas podrían alcanzarse, no obstante, de un modo que, a lo largo de esta contribución, hemos procurado dotar de mayor racionalidad: sobre la base de lo previsto en el artículo 311.1º CP, así como sobre su inercia jurisprudencial, hemos propuesto la adición como medio comisivo de la misma expresión usada en la Disposición adicional vigesimotercera del Estatuto de los Trabajadores sobre presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto: «mediante la gestión algorítmica del servicio o de

⁹⁸ ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, (4), 2002, p. 7.

⁹⁹ ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, (4), 2002, p. 8.

¹⁰⁰ ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, (4), 2002, pp. 9-12.

¹⁰¹ ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, (4), 2002, p. 14.

¹⁰² ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, (4), 2002, p. 13.

las condiciones de trabajo». Esta expresión ampliaría las modalidades típicas de imposición de condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos de los trabajadores a su servicio; se trataría, entonces, de un medio alternativo al del engaño o el abuso de situación de necesidad.

En esta nueva propuesta, el sujeto pasivo podría serlo quien no esté contratado laboralmente (los sujetos trabajadores *riders*, entre ellos). El perjuicio, suficientemente grave y sostenido, sería el de despojar de los derechos propios del contrato laboral. Sin embargo, la justificación que conjuraría los déficits de racionalidad detectados sería doble: de un lado, la invisibilidad de los criterios algorítmicos dificulta reconocer la ajenidad y la disciplina que, de hecho, recorren los cuerpos de los sujetos trabajadores, lo que reduce la capacidad de autotutela de los derechos frente a tal medio de imposición (en un sentido similar, o aún más gravoso, que el de los otros medios: engaño y situación de necesidad). Y, de otro lado, la acumulación de daños a distintos sujetos trabajadores es altamente probable mediante la gestión algorítmica, casi una *presunción segura*, y no mera elucubración como en otros delitos cumulativos, ya que solo tiene sentido usar la gestión algorítmica del servicio sobre una pluralidad de sujetos trabajadores, además de conformarse en aplicaciones cada vez más rentables y exportables a distintos contextos empresariales.

En definitiva, con esta propuesta alternativa se consigue precisar el desvalor que no desarrolla la norma penal actual, así como se está en disposición de integrar en el ámbito subjetivo de la tutela a las personas trabajadoras disciplinadas mediante gestión algorítmica, sin restringir su alcance al sector del reparto.

7. Bibliografía

ABADÍAS SELMA, *El Derecho Penal frente a la discriminación laboral algorítmica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ALABAU PEREIRO, «¿Imponer o mantener? Consideraciones en torno al nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (31), 2024, pp. 13-56.

ALCÁCER GUIRAO, «Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco: consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 8 de mayo», *Diario La Ley*, (7922), 2012, pp. 1 ss.

———, «La protección del futuro y los daños cumulativos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (4), 2002, pp. 1-30.

ARAGÜEZ VALENZUELA, «La configuración del algoritmo digital, vacíos de justicia y principales desafíos para el Derecho del Trabajo», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, (7-1), 2022, pp. 12-29.

ARROYO ZAPATERO, *Manual de derecho penal del trabajo*, Praxis, Barcelona, 1988.

———, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis CP)», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, (15), 1983, pp. 353-374.

ARRUGA SEGURA, *La transformación digital en las relaciones laborales y en la organización del trabajo*, La Ley, Madrid, 2020.

ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

———, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

BÁEZ LAGUNA, «El retorno del derecho laboral. A propósito de la “Ley Rider” y el caso GLOVO», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, (4), 2021, pp. 235-259.

BAUMAN, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, (trad. por BOSCHIROLI), Gedisa, Barcelona, 2000.

BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1991.

BECK, *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, (trad. por MORENO CASTILLO), Paidós, Barcelona, 2007.

BERARDI, *La fabbrica dell'infelicità. New economy e movimento del cognitariato*, Derive Approdi, Roma, 2001.

BOLOGNA, *Crisis de la clase media y posfordismo*, (trad. por MALO DE MOLINA BODELÓN/RIVERA GARRETAS/PRIETO DEL CAMPO), Akal, Madrid, 2006.

BUENO, *El sentido de la vida. Seis lecturas de filosofía moral*, Pentalfa, Oviedo, 1996.

BUSTOS RUBIO, «Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70-1), 2017, pp. 293-327.

CÁMARA BOTÍA, «La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (222), 2019, pp. 77-124.

CASTRO ARGÜELLES, «El ejercicio de los poderes empresariales mediante algoritmos», *Revista jurídica de Asturias*, (45), 2022, pp. 125-155.

CRUZ VILLALÓN, «Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (138), 2018, pp. 13-47.

DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.

EUBANKS, *La automatización de la desigualdad*, Capitán Swing, Madrid, 2021.

FARALDO CABANA, *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

FERNÁNDEZ NIETO, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores. El “tipo especial” del nuevo artículo 311.2º del Código Penal», *Diario La Ley*, (10279), 2023, pp. 1-16.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, «El trabajador autónomo económicamente dependiente», en EL MISMO/ÁLVAREZ CUESTA (dirs.), *Régimen profesional, derechos colectivos y seguridad social del trabajador autónomo tras la ley 20-2007, de 11 de julio, del estatuto del trabajo autónomo*, Eolas, León, 2009, pp. 57-86.

FERNÁNDEZ-TRUJILLO MOARES/GIL, «Mecanismos y dinámicas del trabajo en las plataformas digitales: los casos de Airbnb y de las plataformas de reparto», *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales*, (52), 2021, pp. 175-198.

FILGUEIRAS/ANTUNES, «Plataformas digitales: aplicaciones y regulación del trabajo en el capitalismo contemporáneo», en RIESCO SANZ (ed.), *Fronteras del trabajo asalariado*, La Catarata, Madrid, 2020, pp. 133-154.

FRIEDMAN, «Workers without employers: shadow corporations and the rise of the gig economy», *Review of Keynesian Economics*, (2), 2014, pp. 171-188.

FUENTES OSORIO, «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra», *Estudios penales y criminológicos*, (36), 2016, pp. 553-603.

GINÈS I FABRELLAS, «El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la Ley Rider», *Iuslabor*, (2), 2021, pp. 1-5.

GÓMEZ GARCÍA/HOSPIDO QUINTANA, «El reto de la medición del trabajo en plataformas digitales», *Boletín económico Banco de España*, (1), 2022, pp. 1-19.

GORZ, *Metamorfosis del trabajo*, (trad. por RUIZ DE ELVIRA), Editorial Sistema, Madrid, 1995.

GRACIA MARTÍN, «La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social y democrático)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (3), 2010, pp. 27-72.

HAIDAR, «La organización vence al algoritmo(?). Plataformas de reparto y procesos de organización de los trabajadores de delivery en Argentina», *Pilquen*, (23-4), 2020, pp. 15-28.

HASSEMER, «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-1), 1992, pp. 235-250.

HÓRH DE MIGUEL, «Riders, laboralidad precaria o trade: una visión jurisprudencial», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (25), 2021, pp. 72-93.

HORTAL IBARRA, «El “Delito rider” (art. 311.2º CP): El Derecho penal del trabajo a la carrera», en GARCÍA MOSQUERA *et al.* (dirs.), *Libro homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70º aniversario*, Editorial del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024.

———, «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El ocaso del Derecho penal del trabajo?», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (20), 2018, pp. 65-85.

———, *Protección penal de la seguridad en el trabajo: una aproximación a la configuración del Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Atelier, Barcelona, 2005.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (57-1), 2004, pp. 19-52.

LAZZARATO, *Lavoro immateriale. Forme di vita e produzione di soggettività*, Ombre corte, Verona, 1997.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación con fórmulas ajenas al contrato de trabajo del art. 311-2º del Código Penal», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 91-104.

MARX, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858*, (trad. por ARICÓ/SCARÓN/MURMIS), t. I, Siglo XXI Editores, Madrid, 1989.

MERCADER UGUINA, «Algoritmos y Derecho del trabajo», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, (52), 2019, pp. 63-70.

MOULIER BOUTANG, *Le capitalisme cognitif: La Nouvelle Grande Transformation*, Éd. Amsterdam, Paris, 2008.

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MUÑOZ CUESTA, «Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (1), 2018, pp. 13-18.

MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

OLIVER-LALANA, «Los debates legislativos en el parlamento como fuente de justificación de la ley: un enfoque de análisis y evaluación», en EL MISMO (ed.), *Debatiendo leyes*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 21-78.

O'NEIL, *Armas de destrucción matemática*, Capitán Swing, Madrid, 2018.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal: ¿es posible la disuasión?» en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Crisis financiera y derecho penal económico*, B de F, Buenos Aires, 2014, pp. 113-148.

ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.

PÉREZ AMORÓS, «¿Quién vigila al algoritmo?: los derechos de información de los representantes de los repartidores en la empresa sobre los algoritmos de las plataformas de reparto», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, (6-1), 2021, pp. 173-187.

PÉREZ GONZÁLEZ, «Tutela penal laboral del trabajo doméstico», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (30), 2023, pp. 239-272.

———, *Sentido dogmático del derecho penal del trabajo desde la evolución histórica de la ordenación jurídica laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

———, «El bien jurídico penal desde una justificación ética», *Revista General de Derecho Penal*, (31), 2019, pp. 1-38.

RAMÓN RIBAS, *Desobediencia, estado de alarma y COVID 19*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

RODRÍGUEZ CARDO, «Gestión laboral algorítmica y poder de dirección: ¿hacia una participación de los trabajadores más intensa?», *Revista jurídica de Asturias*, (45), 2022, pp. 157-172.

RUZ LÓPEZ, «Análisis judicial de la naturaleza jurídica de la relación contractual en el trabajo en plataformas de reparto urbano: A propósito de sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 (núm. 805/2020; rec. 4746/2019)», *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, (38), 2020, pp. 155-165.

SALVADORI, «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», *Cuadernos de política criminal*, (133), 2021, pp. 137-174.

SANZ DE MIGUEL *et al.*, «El empleo irregular tras la Ley Rider: ¿nueva regulación, idénticas estrategias empresariales?», *Revista Española de Sociología*, (32-3), 2023, pp. 1-22.

SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», *InDret*, (4), 2019, pp. 1-31.

SIRVENT HERNÁNDEZ, «Actividad de plataformas y Derecho del Trabajo: avances y asignaturas pendientes», *Professionalità studi Trimestrale on-line di studi su formazione, lavoro, transizioni occupazionali*, (1), 2021, pp. 204-216.

SRNICEK/DE SUTTER, *Platform capitalism (Theory redux)*, Polity Press, Cambridge, 2016.

TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 631-687.

TODOLÍ SIGNES, «Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la Ley Rider y los derechos de información sobre los algoritmos», *Iuslabor*, (2), 2021, pp. 28-65.

———, «Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (Gig economy)», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, (140), 2018, pp. 95-103.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

ZAPPALÀ, «Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia europea di tutela del lavoro digitale?», *Professionalità studi Trimestrale on-line di studi su formazione, lavoro, transizioni occupazionali*, (1), 2021, pp. 4-35.

José Cid Moliné
Universitat Autònoma de
Barcelona

El futuro de las alternativas a la prisión en España

Sumario

La gravedad de la pena de prisión ha llevado a la doctrina penal y criminológica a centrar sus esfuerzos de investigación en esta pena, dejando menos tratadas las alternativas a la pena de prisión, que se imponen como sanción por el delito cometido (penas alternativas a la prisión) o como forma de cumplimiento de una pena de prisión (régimen abierto y libertad condicional). Pero este déficit de investigación resulta criticable si tomamos en cuenta que, con datos de 2022, del total de personas condenadas por un delito en España, más del 90% lo son a una pena alternativa a la prisión y un 27% de la población condenada a pena de prisión cumple esta pena en régimen abierto o en libertad condicional. Asumida la centralidad de las alternativas a la prisión en la reacción a la delincuencia, en el trabajo se exponen tres retos principales a los que se enfrenta el desarrollo de estas sanciones en nuestro país: imponer las penas alternativas de acuerdo con modelo punitivo rehabilitador, ejecutarlas atendiendo a las prácticas más efectivas para conseguir evitar la reincidencia de las personas condenadas y ampliar el uso de las alternativas en la ejecución de la pena de prisión. La consecución de estos retos debería llevar a que nuestro sistema punitivo cumpliera mejor con sus objetivos constitucionales.

Abstract

The seriousness of the sentences served in prison has diminished the interest in alternatives to prison, both as a front-end and back-end sentences. But this lack of research seems strange considering that in Spain in 2022 more than 90% of people convicted received a non-custodial sentence and 27% of people serve a prison sentence in open conditions or on parole. Once we assume the relevance of alternatives to prison there are three major challenges to which this paper is devoted: using the rehabilitation model as a framework for sentencing, implement these sentences according to evidence-based practices and extend the use of open conditions and parole in the execution of prison sentences. Achieving these challenges will make the Spanish criminal justice system more in line with its constitutional aims.

Title: The future of alternatives to prison in Spain

Palabras clave: Alternativas prisión, Efectividad penas, Modelo punitivo rehabilitador.

Keywords: Alternatives to prison, Effectiveness of sentences, Rehabilitation model.

DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.08

1.2025

Recepción
14/03/2024

-

Aceptación
13/01/2025

-

Índice

-

1. Introducción

2. El declive de la prisión en España

2.1. Las causas del declive

2.2. Las consecuencias del declive

3. Retos de las alternativas a la prisión

3.1. Imposición de las penas alternativas de acuerdo con el modelo punitivo rehabilitador

3.2. Generalizar las prácticas más efectivas para la rehabilitación de las personas condenadas en el marco de las penas alternativas

3.3. Ampliar el uso de las alternativas en la ejecución de la pena de prisión

4. Conclusión

5. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

A pesar de que las alternativas a la prisión en España y en la generalidad de países occidentales son la forma mayoritaria de castigo a las personas que cometen un delito, la investigación penológica ha solido prestar más atención a la pena de prisión. Posiblemente como explican CULLEN, JONSON Y MEARS¹, ello se debe a que, dada la gravedad de la pena de prisión, la doctrina penal y criminológica ha asumido que los esfuerzos académicos deben dedicarse a contenerla, sin que sea muy importante estudiar cómo funcionan las penas comunitarias. En palabras de estos autores:

«Para muchos autores preocupados con el encarcelamiento masivo la principal utilidad de las penas comunitarias no es lo que se hace con los infractores en la comunidad, sino que lo que les preocupa es que lo infractores no vayan a la prisión y que si van estén el mínimo tiempo posible. Dicho de otra manera, el objetivo es oponerse al encarcelamiento, con la asunción implícita de que cualquier cosa diferente -cualquier tipo de sanción que se cumpla en la comunidad- es preferible»².

Antes de comenzar la exposición se requiere una clarificación conceptual. Utilizaré la expresión «alternativas a la prisión» para referirme tanto a las penas alternativas a la prisión, esto es a las sanciones distintas a la prisión que imponen los jueces como respuesta al delito (como la multa, la suspensión de la pena de prisión o el trabajo en beneficio de la comunidad), como al cumplimiento comunitario de la pena de prisión (esto es, al régimen abierto o a la libertad condicional).

En este trabajo, y en coincidencia con los autores anteriormente citados, defenderé que existen buenas razones para que la doctrina penal y criminológica preste más atención a las alternativas a la prisión. Me detendré en primer lugar en explicar las causas del declive de la pena de prisión en España, que hace de esta pena sea cada vez una forma excepcional de responder a las infracciones penales. Una vez que haya podido mostrar las razones de este descenso de la pena de prisión como forma de castigo, pasaré a examinar los tres retos principales a los que, a mi juicio, se deben enfrentar los investigadores focalizados en las alternativas a la prisión: en primer lugar, se debe clarificar el modelo punitivo que ha de orientar la distribución de las penas alternativas; en segundo lugar, se debe investigar sobre la efectividad de las penas alternativas, mostrando las condiciones bajo las cuales cumplen sus objetivos y, finalmente, se debe estudiar el cumplimiento comunitario de la pena de prisión, mostrando las razones para extender esta forma de cumplimiento. Trataré en este trabajo de avanzar en la formulación de estos tres retos y en proponer algunas bases para afrontarlos.

* José Cid Moliné (Josep.Cid@uab.es). Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación «Tercer grado, libertad condicional y reinserción», financiado por la Agencia Estatal de Investigación (PID2022-140171NB-I00). Una versión anterior de este trabajo se encuentra publicada en la obra coordinada por Vicenta CERVELLÓ y Asunción COLÁS, que lleva por título: *Salud mental y género: el debate entre el punitivismo y la despenalización*. Agradezco las observaciones realizadas a una versión inicial por los editores de la revista, Elena Larrauri y Daniel Varona.

¹ CULLEN/JONSON/MEARS, «Reinventing community corrections», *Crime and justice*, vol. 46, 2017, pp. 27-28.

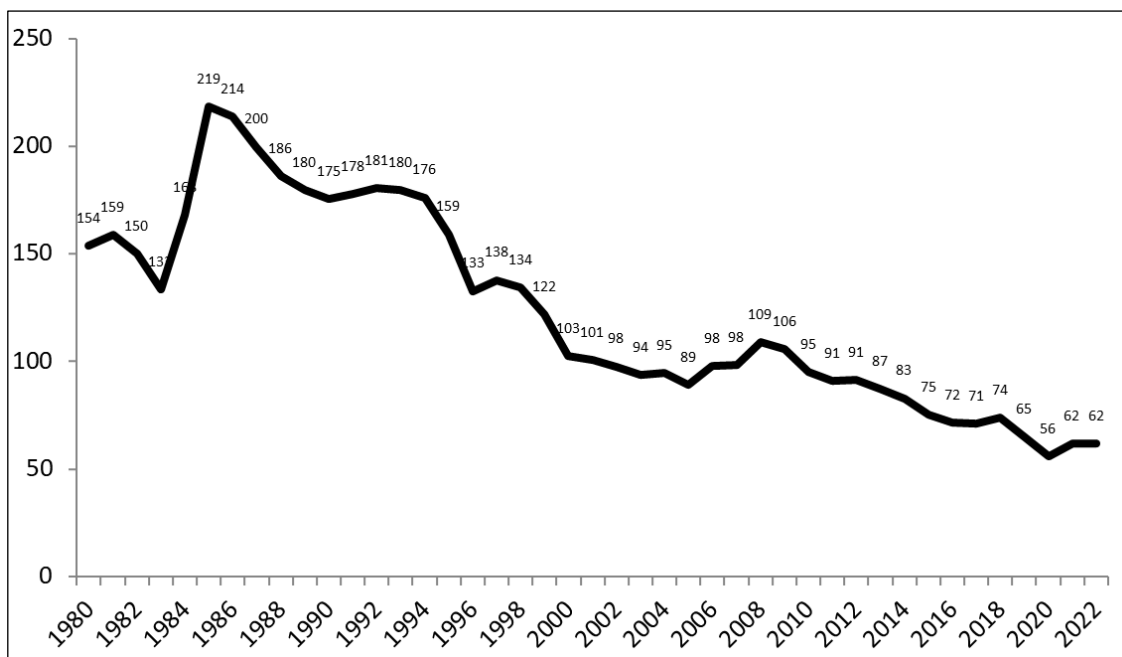
² CULLEN/JONSON/MEARS, *Crime and justice*, vol. 46, 2017, p. 28.

2. El declive de la prisión en España

2.1. Las causas del declive

En la figura I, aparece la evolución de las entradas a prisión desde los años iniciales de la democracia hasta nuestros días.

Figura I. Entradas en prisión por 100.000 habitantes. España (1980-2022)

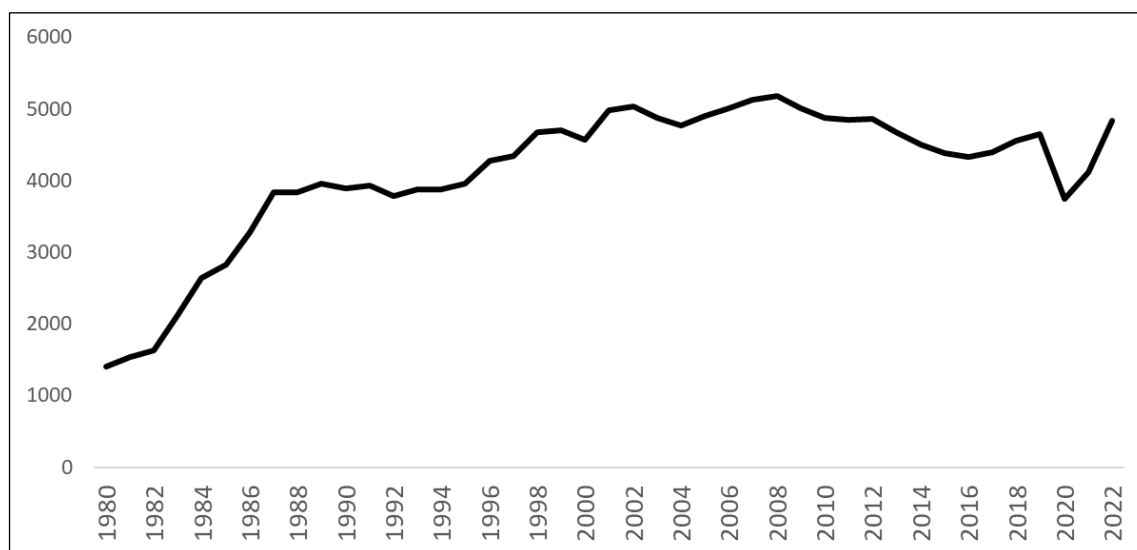


Fuente: Información suministrada por las administraciones penitenciarias españolas

Como he defendido en un trabajo anterior³, creo que las tres razones principales que explican la reducción de las entradas a prisión en España durante el periodo democrático son las siguientes.

La evolución de la delincuencia es uno de los factores que afecta a la evolución de las entradas en prisión. El gran incremento de la delincuencia de los años ochenta del siglo pasado explica el incremento de las entradas en este periodo, pero su reducción posterior no parecería deberse a una disminución de la delincuencia, pues más bien, como muestra la figura II, se habría producido una estabilización.

³ CID, «El futuro de la prisión en España», *Revista española de investigación criminológica*, núm. 18, 2020, pp. 1-32. Me remito a este trabajo para mayor detalle sobre las causas que a mi juicio explican el declive del uso de la prisión.

Figura II. Infracciones conocidas por 100.000 habitantes. España (1980-2022)

Fuente: La figura se ha elaborado sobre los datos suministrados por el Ministerio del Interior; el Departamento de Interior (Cataluña); y por REDONDO/GARRIDO, *Principios de Criminología*, 2013, p. 207.

La explicación de la bajada de las entradas en prisión no dependería tanto de la reducción de la delincuencia sino de su transformación cualitativa, disminuyendo aquella delincuencia más grave que con más facilidad podía llevar a penas de prisión. En la tabla I se expone la evolución de cinco delitos que pueden conducir a entradas en prisión.

Tabla I. Evolución condenas (delitos seleccionados). España (1980-2022)

	Condenados/ delitos	Homicidio doloso	Libertad sexual	Lesiones	Robo	Salud publica
	N	%	%	%	%	%
1980	50.383	0,5	1,5	4,6	21,0	3,0
1985	76.566	0,3	0,8	4,0	36,9	2,9
1990	56.694	0,5	1,3	3,4	39,3	8,6
1995	116.730	0,3	1,0	2,8	30,7	6,4
2000	98.500	0,3	1,0	4,5	27,6	7,4
2005	128.927	0,2	1,0	19,9	14,4	5,6
2010	266.548	0,2	0,9	13,1	10,2	4,8
2015	288.756	0,2	0,9	12,8	10,2	4,3
2022	426.416	0,1	0,9	17,1	5,4	3,3

Fuente: INE

Nota: Los datos de 1980-2005 son de personas condenadas (delito más grave por el que es condenado). Los datos de 2010, 2015 y 2022 son de delitos que han sido condenados. Se incluye el año 2022 y no el 2020, para evitar el efecto pandemia.

Como se advierte, los delitos que con más facilidad pueden llevar a una pena de prisión - homicidio doloso, robos, agresiones sexuales, lesiones, tráfico de drogas- han tenido una tendencia descendente, con la excepción de los delitos de lesiones, pero ello es debido fundamentalmente al delito de maltrato ocasional (Art. 153 CP), que es un delito que sólo de

manera excepcional comportará una pena de prisión ejecutada⁴. En definitiva, una de las razones que explica la reducción de las entradas en prisión a partir de los años 90 del siglo pasado hasta la actualidad es que la delincuencia que llega a los tribunales es de menor gravedad y ello comporta un menor uso de la prisión.

El hecho de que lleguen a los tribunales menor proporción de delitos que por su gravedad hacen más posible la entrada en prisión es coherente con la evolución que muestra la delincuencia grave registrada. La tabla II muestra que, considerando cuatro delitos graves de los que disponemos de información en este período, homicidio consumado, violación, robo violento y robo con casa habitada, existiría una importante tendencia a su reducción, en particular en el homicidio y en el robo violento y sólo el delito de violación muestra una evolución más estable.

Tabla II. Evolución delincuencia grave registrada. España (1990-2022). Delitos por 100.000 habitantes

	Homicidio doloso consumado	Violación	Robo violento	Robo en casa habitada
1990	1,2	4,5	276	
1995	1	4,3	220	212
2000	1,2	4	234	
2005	1,2	5	208	188
2010	0,7	3,2	129	196
2015	0,6	2,6	139	248
2022	0,7	4,5*	133	181

Fuentes: Homicidio: Expansión (año 1990); European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics (Años 1995 a 2015) y Ministerio del Interior (Año 2022). Violación: Ministerio del Interior (Año 1990); European Sourcebook (Años 1995 a 2022). Robo violento: European Sourcebook (Años 1990 a 2015) y Ministerio del Interior (Año 2022). Robo en casa habitada: European Sourcebook (Años 1995 y 2005 a 2015) y Ministerio del Interior (Año 2022). Población: INE.

Notas: Se toma el año 2022, en vez del 2020, para evitar el efecto pandemia. No aparecen en ninguna fuente los datos de 1990 y de 2005 del delito de robo en casa habitada. () Este dato es del 2021.*

La segunda razón que, a mi juicio, influye la reducción de las entradas a prisión durante el periodo democrático, y en particular a partir de los años 90 del siglo pasado, es la influencia de lo que se ha venido en llamar la política criminal europea⁵. Hay dos manifestaciones principales de esta política.

⁴ Como explican DIEZ RIPOLLÉS/CEREZO/BENITEZ, *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja*, 2017, p. 216, el porcentaje de asuntos penales relativos a violencia de género entre 2010-2015 sobre el total de asuntos penales de los juzgados de lo penal se sitúa entre el 15-20%. En referencia al año 2022, en el INE constan 72.816 delitos de lesiones condenados. Los datos de condenas por violencia de género que aporta el Consejo General del Poder Judicial, para ese mismo año alcanzan los 44.111. De acuerdo con la investigación de ANTÓN/LARRAURI, «Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas», *Revista española de investigación criminológica*, núm. 7, 2009, p. 19, el uso de la prisión (ejecutada) para estos delitos se situaba en un 10-12%.

⁵ Sobre ella véase principalmente: VAN ZYL SMIT/SNACKEN, *Principles of European prison law and policy. Penology and human rights*, 2009.

La primera es la introducción de un sistema más amplio de penas alternativas a la prisión por parte del Código Penal de 1995. Este sistema (y sus ampliaciones posteriores)⁶ dio lugar a un amplio poder discrecional a los jueces y tribunales para imponer una pena alternativa en las condenas a prisión no superiores a dos años de prisión. Esta nueva regulación legal era plenamente acorde a los principios de la política criminal europea que exigía que la pena de prisión fuera última ratio y que la respuesta normal ante el delito fuera una pena alternativa adaptada a la gravedad del delito y a las circunstancias individuales de la persona condenada⁷.

Aun cuando carecemos de una estadística sobre el uso de las penas alternativas por parte de los jueces y tribunales españoles⁸, las investigaciones realizadas sobre la ejecución de las penas de las que disponemos nos indican que han realizado un amplio uso de las facultades legales de suspensión y sustitución de la pena de prisión, que ha contribuido de manera poderosa a la reducción de las entradas en prisión desde los años 90 hasta la actualidad. En 2002 el equipo coordinado por CID y LARRAURI⁹, mostró, con una muestra representativa de sentencias impuestas por los juzgados de lo penal de Barcelona (ciudad) en 1998, que, de total de penas de prisión impuestas por los jueces penales, un 67% eran objeto de suspensión o sustitución¹⁰. En 2021 BLAY y VARONA¹¹, con una muestra representativa de ejecutorias dictadas por los juzgados penales de Barcelona y Girona en 2015 y 2016, mostraron que la tasa de condenas de prisión suspendidas o sustituidas se había elevado al 79%¹². Como concluyen BLAY y VARONA, tras comparar la evolución entre los datos de 1998 y los de 2015-2016, «...los jueces no están privilegiando la prisión como respuesta a la delincuencia, sino las alternativas a la misma en formas de suspensiones y multas y, en menor medida, penas de TBC»¹³. En definitiva, parece que el uso extenso, y cada vez mayor, de los mecanismos de la suspensión y sustitución de la pena por parte de los jueces españoles responde positivamente a la demanda de la política criminal europea de que la prisión sea última ratio y ello ha contribuido de manera poderosa a la progresiva reducción de las entradas en prisión desde los años 90 del siglo pasado¹⁴.

⁶ Sobre la evolución del sistema de penas alternativas a la prisión en España véase recientemente, GUARDIOLA, «Las penas comunitarias en el sistema español: sobre las “alternativas a la prisión”», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 26, 2024, pp. 1-41.

⁷ Un resumen de los principios de la política criminal europea en: CID, «La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española; una brecha que debe superarse», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 30, 2010, pp. 55-84.

⁸ Como se sabe, y ha sido repetidamente denunciado por la doctrina penal y criminológica, en España la única estadística de la que disponemos es la del INE, que se refiere a penas dictadas en sentencia y no a penas definitivas, que requiere tomar en cuenta la ejecución de las penas.

⁹ CID/LARRAURI (coord.), *Jueces penales y penas en España. La aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*, 2002.

¹⁰ CID/LARRAURI, *Jueces penales y penas en España*, 2002, p. 58. Se hace un cálculo del gráfico 15, que aparece en esta página, sobre el total de penas de prisión impuestas en sentencia y las que fueron suspendidas o sustituidas.

¹¹ BLAY/VARONA, «El castigo en la España del siglo XXI: cartografiando el iceberg de la penalidad», *Política criminal*, vol. 16, núm. 31, pp. 115-145.

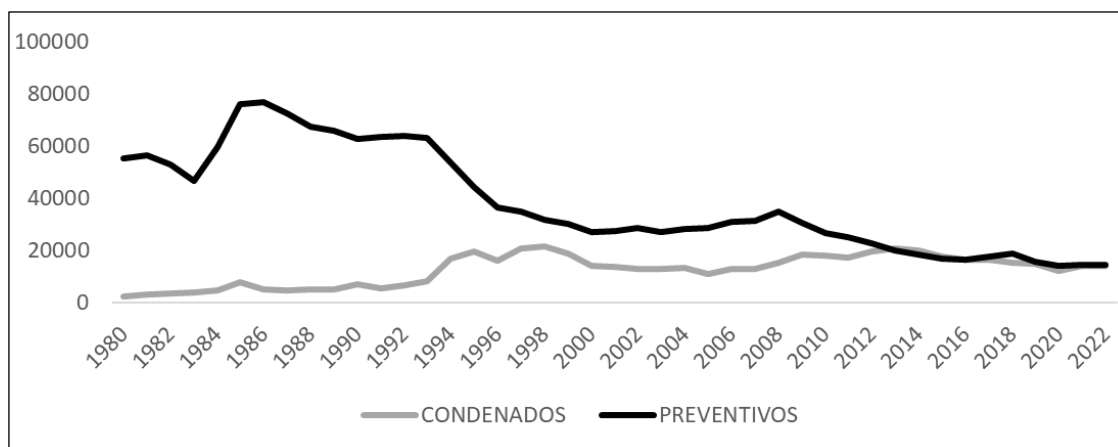
¹² BLAY/VARONA, *Política criminal*, vol. 16, núm. 31, p. 137.

¹³ BLAY/VARONA, *Política criminal*, vol. 16, núm. 31, p. 139.

¹⁴ VARONA, «La suspensión de la pena de prisión en España. Razones de una historia de éxito», *Revista española de investigación criminológica*, 17, 2019, pp. 22-32, plantea una tesis distinta sobre el uso extenso de la suspensión por parte de la judicatura española. A su juicio, la suspensión de la pena garantiza la supervivencia del sistema judicial al estimular poderosamente la conformidad y al aligerar mucho la ejecución de la condena. Sin duda, estas dos razones están en la base del extenso uso que tiene la suspensión de la pena en España, pero el hecho de que se haya ido extendiendo su aplicación desde el Código de 1995 hasta la actualidad, creo que también deriva de una

La segunda manifestación de la influencia de la política criminal europea en la reducción de las entradas en prisión consiste en la repercusión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) para elaborar su jurisprudencia restrictiva sobre el uso de la prisión preventiva¹⁵. Esta jurisprudencia, plasmada finalmente en la STC 128/1995, dio lugar a que los jueces españoles fueran haciendo un menor uso de la prisión preventiva, de acuerdo con la filosofía del TC de que debía ser una respuesta excepcional, lo cual finalmente se plasmó en la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2003 (LO 13/2003)¹⁶. Aunque no disponemos de datos precisos sobre la evolución del uso de la prisión preventiva por parte de los jueces y tribunales españoles, sí tenemos indicadores que nos muestran que esta institución se ha utilizado cada vez menos y que ello ha contribuido a la reducción de las entradas a prisión. Concretamente, la figura III nos indica que, en realidad, la gran disminución de las entradas en prisión se debe al uso cada vez más reducido de la prisión preventiva como forma normal de entrar en prisión. Mientras que al inicio del periodo democrático prácticamente la totalidad de personas en prisión accedían a ella en calidad de presos preventivos, en la actualidad ello sucede en la mitad de los casos.

Figura III. Entradas en prisión (preventivos y condenados). España (1980-2022)



Fuente: Información suministrada por las administraciones penitenciarias españolas

Finalmente, la tercera razón que explicaría la reducción de entradas en prisión sería la criminalización cada vez mayor de conductas que no tienen una gravedad alta (en particular en los ámbitos de la violencia contra la pareja y de la seguridad vial) y que por ello difícilmente llevan a penas de prisión ejecutadas. Este proceso de criminalización ha tenido influencias contradictorias en las entradas en prisión. Por una parte, ha comportado que en referencia a

mayor asunción de los postulados de la política criminal europea, que han sido mediados por la jurisprudencia constitucional. En CID, *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión*, 2009, pp. 104-138, he tratado de mostrar que existe una tendencia en la jurisprudencia que resulta muy sensible al modelo rehabilitador de las penas alternativas. La existencia de esta jurisprudencia podría servir de aval a la tesis que sostengo relativa a la importancia de la política criminal europea en la explicación del incremento del uso de las penas alternativas.

¹⁵ Sobre esta influencia, véase: DE LA QUADRA-SALCEDO, «Scott c. España (STEDH de 24 de octubre de 1996): El derecho del sujeto en prisión preventiva a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento». En ALCÁCEER/BELADÍEZ/SÁNCHEZ (coord.). *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2013, pp. 87-112.

¹⁶ Y ya anteriormente en la Ley Orgánica 5/1995, se había introducido el principio acusatorio para decretar la prisión preventiva, exigiendo su petición por el Ministerio Fiscal u otra parte acusadora.

personas que antes no entraban en prisión porque las conductas eran constitutivas de falta (el maltrato ocasional en el ámbito de la pareja, antes de la reforma penal del 2003, que lo convierte en delito), o de infracciones administrativa (conductas relativas al ámbito de la seguridad del tráfico que se convierten en delito con la reforma penal del 2007) a partir de estas reformas sí se produzca un porcentaje de ellas que ingresan en prisión por estas conductas. Pero, no obstante, creo que el efecto mayor de este proceso de criminalización ha sido, al menos a medio plazo, la contribución a la reducción de las entradas en prisión. Ello es debido a que esta criminalización de las conductas anteriormente constitutivas de falta o de infracción administrativa, ha contribuido a transformar los asuntos que llegan a los juzgados de lo penal, que son cada vez más conductas en las que, por su menor gravedad, la pena de prisión es sólo una pena opcional para el juez. Así, como recientemente han reflejado BLAY y VARONA, mientras que en 1998 el 43% de los delitos por los que se condenaba eran delitos contra la propiedad, castigados normalmente con pena de prisión¹⁷, en 2015-2016, este porcentaje se ha reducido al 27%¹⁸. Con los datos del INE, también observamos que entre 2008-2015, la suma de los delitos de lesiones (incluyendo los delitos de violencia doméstica y de género) y los delitos de seguridad vial constituían de media el 56% de los delitos condenados¹⁹. Es decir, la nueva criminalización, como también han argumentado DIEZ RIPOLLÉS, CEREZO y BENÍTEZ²⁰, ha comportado una mayor focalización de la justicia penal en conductas de menor gravedad que generan tasas bajas de condenas definitivas a prisión y con ello también contribuyen a la reducción de las entradas. El resultado, como se muestra en la figura IV, es que el gran incremento de la criminalización que se produce en la época democrática no parece haber conducido a aumentar las entradas a prisión, sino, por el contrario, más bien a reducirlas.

Hablar de declive de la prisión puede resultar extraño cuando la tasa de encarcelamiento española sigue siendo alta en el marco de la UE (116/100.000 personas de media en 2022) pero, como he explicado con detalle en otro lugar²¹, ello se debe fundamentalmente al hecho de que la duración del encarcelamiento en España se sitúa en el cuartil más alto de los países de la UE. Lógicamente, el seguimiento de la política criminal europea obliga a España a reducir las tasas de encarcelamiento no sólo a través de la promoción de las alternativas a la prisión sino también con políticas dirigidas a moderar la severidad de las penas de prisión. No obstante, el hecho de se haya producido esta gran reducción del uso de la prisión es importante en sí mismo y no debería pasar desapercibido por fijar la atención exclusivamente en la tasa de encarcelamiento.

¹⁷ CID/LARRAURI, *Jueces penales y penas en España*, 2002, p. 23.

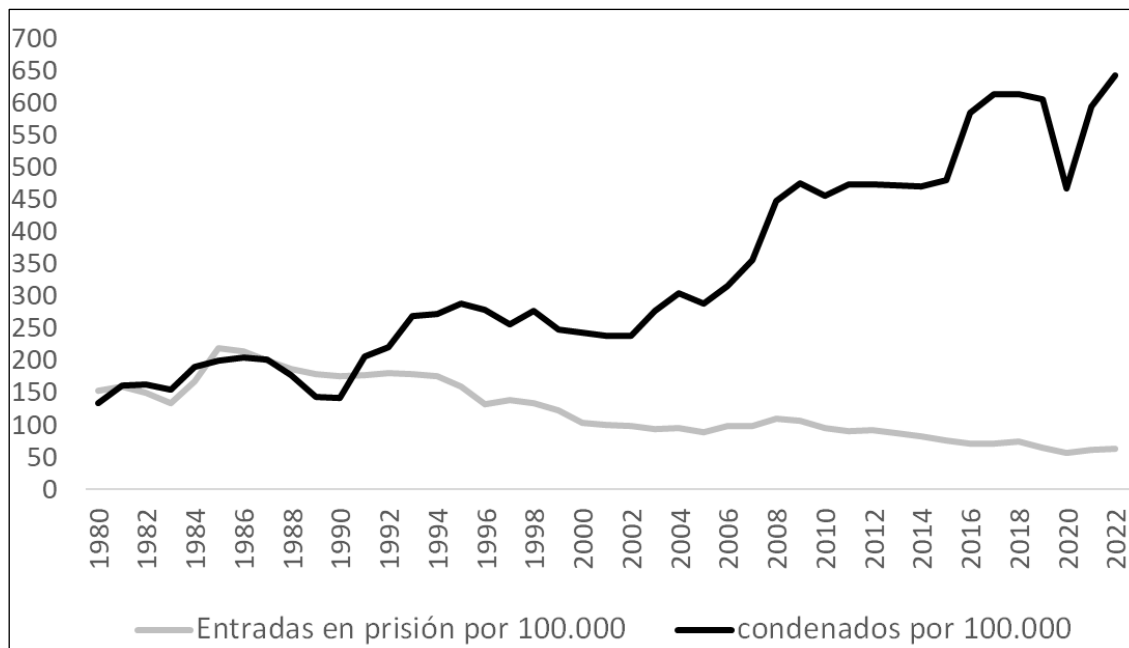
¹⁸ BLAY/VARONA, *Política criminal*, vol. 16, núm. 31, p. 130.

¹⁹ A partir del 2015, con la conversión de faltas en delitos leves, y su consiguiente inclusión en las estadísticas de delitos del INE, el porcentaje de estos delitos sobre el total se reduce, siendo de media de los años 2016-2002, un 40%.

²⁰ DIEZ RIPOLLÉS/CEREZO/BENÍTEZ, *La política criminal contra la mujer pareja*, 2017, p. 276.

²¹ CID, *REIC*, núm. 18, 2020, pp. 17 ss.

Figura IV. Evolución personas condenadas y entradas en prisión por 100.000 habitantes. España (1980-2022)



Fuente: INE (Condenados) e información suministrada por las administraciones penitenciarias españolas (Entradas en prisión)

2.2. Las consecuencias del declive

Como decía al comienzo de este trabajo, carecemos en España de una estadística que indique las penas definitivas (esto es: después de la decisión sobre la ejecución de la pena) que se imponen a las personas condenadas. Sólo existen dos formas de acercarse a esta realidad: a través de estudios que hayan investigado la ejecución de las penas y a partir de inferencias sobre los datos del INE relativos a sentencias combinados con los datos de entradas en prisión.

La primera opción es la que recientemente han acogido BLAY y VARONA, quienes toman los datos de las dos investigaciones antes referidas: la relativa a condenas en Barcelona en 1998 y la referida a condenas ejecutadas en Girona y Barcelona, en 2015 y 2016²². Los resultados se reflejan en la tabla III:

²² Los datos de la investigación de Barcelona de 1998 aparecen en CID/LARRAURI, *Jueces penales y penas en España*, 2002 y los de Barcelona y Girona de 2015/2016 en BLAY/VARONA, *Política criminal*, vol. 16, núm. 31, 2021, p. 138 y en VARONA, *El sistema punitivo español*, 2023, p. 142. He procedido a agrupar algunos datos que aparecen en los estudios para que sean totalmente comparables.

Tabla III. Penas definitivas impuestas. Muestras Barcelona (1998) y Barcelona y Girona (2015-2016)

	BARCELONA 1998		BARCELONA-GIRONA 2015-2016	
	N	%	N	%
Prisión	241	17,0	331	9,2
Arresto de Fin de Semana/ Localización/ Arresto domiciliario	35	2,5	37	1,0
Suspensión ordinaria	312	22,0	810	22,5
Suspensión con <i>probation</i>	21	1,5	192	5,3
Trabajo en Beneficio de la Comunidad	0	0	371	10,3
Multa	809	57,1	1826	50,7
Expulsión	0	0,0	32	0,9
Total personas condenadas	1418	100	3599	100

Fuente: Muestra Barcelona 1998: CID/LARRAURI, Jueces penales y penas en España, 2002, p. 24 y passim; Muestra Barcelona y Girona 2015-2016, BLAY/VARONA, Política criminal, vol. 16, núm. 31, p. 137.

Ciertamente como ha señalado la doctrina²³, las citadas investigaciones tienen dos problemas: por una parte, está referidas a Cataluña, y por tanto los datos podrán ser distintos en otras comunidades autónomas españolas, y, en segundo lugar, están referidas a los juzgados penales y, por tanto, no consideran los delitos juzgados en primera instancia por órganos judiciales superiores, como es el caso fundamentalmente de los delitos que son competencia de las audiencias provinciales²⁴.

La segunda estrategia para aproximarse a la realidad de cómo se condena en España es partir de los datos del INE. Como es sabido el problema de los datos del INE es que nos indican las penas de prisión impuestas, pero no sabemos cuántas de ellas fueron objeto de suspensión. Una forma de aproximarse al porcentaje de penas de prisión consiste en cruzar los datos de penas de prisión impuestas y de entradas en prisión. Sólo podemos hacer este cálculo a partir del 2007 (que es cuando el INE empieza a computar las penas de prisión impuestas). La tabla IV nos muestra con claridad que existe una tendencia a la reducción del número de penas de prisión que se ejecutan. Y los datos de esta tabla son coherentes con la diferencia que se observa en los porcentajes de ejecución de penas de prisión en las investigaciones de Barcelona con datos de 1998 y de Girona y Barcelona con datos de 2015/2016. Mientras que, en la primera investigación, el porcentaje de penas de prisión que se ejecutan era del 33,5%, en la segunda el porcentaje se había reducido al 20,9%²⁵.

²³ Véase en este sentido, GUARDIOLA, *RECPC*, núm. 26, 2024, pp. 13-14 (nota 64).

²⁴ La tasa de penas ejecutadas a prisión es con toda seguridad más grande en las audiencias provinciales, pues una parte de las penas que impongan serán superiores a dos años, por lo que, en principio, no admitirán suspensión. Sin embargo, del total de sentencias condenatorias dictadas por juzgados penales y audiencias provinciales en 2022, las audiencias dictan solo un 7,4%. Las audiencias dictaron en 2022, 9.725 sentencias condenatorias y los juzgados penales 121.435. Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Base de Datos de Estadística Judicial (PC-AXIS). Tampoco consideran estas investigaciones las condenas impuestas por faltas o, a partir del 2015, por delitos leves. Sin embargo, las faltas o delitos leves, no dan lugar, como forma de condena, a pena de prisión.

²⁵ Muestra de Barcelona de 1998 reportados en CID/LARRAURI, *Jueces penales y penas en España*, 2002, p. 58 y muestra de Barcelona y Girona de 2015/2016, reportados BLAY/VARONA, *Política criminal*, vol. 16, núm. 31, p. 137. En ambos casos se deben computar las penas de prisión impuestas y las penas de prisión ejecutadas, que se reportan en estos estudios.

Tabla IV. Relación entre penas de prisión impuestas y entradas en prisión. España (2007-2022)

Año	Penas de prisión impuestas	Entradas en prisión	Porcentaje de entradas en prisión sobre penas de prisión impuestas
2007	121217	44441	36,7
2008	147449	50177	34,0
2009	151269	49458	32,7
2010	141849	44932	31,7
2011	135713	42496	31,3
2012	142444	42644	29,9
2013	153950	40683	26,4
2014	156799	38494	24,5
2015	152937	34922	22,8
2016	145577	33328	22,9
2017	145494	33095	22,7
2018	142699	34456	24,1
2019	142513	30805	21,6
2020	109344	26580	24,3
2021	141066	29230	20,7
2022	151794	29872	19,7

Fuente: INE (Penas de prisión impuestas) e información suministrada por las administraciones penitenciarias españolas (Entradas en prisión)

Si aceptamos que el porcentaje de entradas en prisión sobre penas de prisión impuestas es un indicador en principio aceptable sobre las penas de prisión ejecutadas, podemos tratar de acercarnos a la realidad de cómo se castigan en España los delitos a partir de los datos del INE²⁶. Realizaremos este ejercicio en referencia al año 2022. Dado que el procedimiento es complejo, lo explicaremos por pasos:

1º) Partiremos del número de personas condenadas el año 2022 que son 308.442.

2ª) La primera operación consiste en saber cuántas de estas personas fueron condenadas a prisión. Disponemos del dato de penas de prisión impuestas en sentencia que fueron 151.794, pero el número de personas condenadas a penas de prisión se reduce a 114.657 pues existen personas que son condenadas a más de una pena de prisión²⁷.

3º) A continuación, estimamos que las condenas definitivas a prisión corresponden con las entradas en prisión, que son 29.827, pero reducidas en un 13% que consideramos que son las

²⁶ Se parte de los datos del INE publicados y se han hecho dos consultas específicas a esta institución para saber a cuántas personas distintas se impusieron las penas de prisión y cuántas de las penas de TBC fueron añadidas a una pena de prisión. Los datos se reportan en el texto.

²⁷ Este dato se ha obtenido con una consulta específica la INE, preguntándole las personas distintas a las que se les impusieron estas 151.794 penas de prisión.

entradas en prisión consecuencia de impago de multas²⁸. Esto nos lleva a un número de penas definitivas a prisión de 25.950.

4ª) En la medida en que tenemos 114.657 personas condenadas a pena de prisión y 25.950 entradas en prisión por cumplimiento de pena entendemos que las restantes 88.707 personas se beneficiaron de una suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

5ª) Las 88.707 suspensiones de ejecución de condena deben distinguirse entre las suspensiones ordinarias y las suspensiones con reglas de conducta (*probation*). Las suspensiones con reglas de conducta (*probation*) reportadas por las administraciones son 15.594²⁹, por lo que las restantes 73.113 consideramos que fueron suspensiones ordinarias.

6ª) Restando a las personas condenadas (308.442), las personas que fueron condenadas a prisión (ejecutada) o a suspensión de la pena de prisión (ordinaria o con *probation*) nos quedan 193.785 personas. Procedemos a calcular cuantas de estas personas lo fueron a la pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad (en adelante, TBC). El INE reporta que hubo 63.908 condenas a pena de TBC³⁰, pero tras una consulta específica al INE, se nos indica que 10.958 penas fueron acompañadas de pena de prisión, por lo que consideraremos que en 53.310 casos el TBC fue la pena más grave que se impuso a las personas condenadas.

7ª) Finalmente nos quedan 140.475 personas que no fueron condenadas ni a prisión, ni a suspensión (ordinaria o con *probation*), ni a TBC, por lo que consideramos que fueron condenadas a multa.

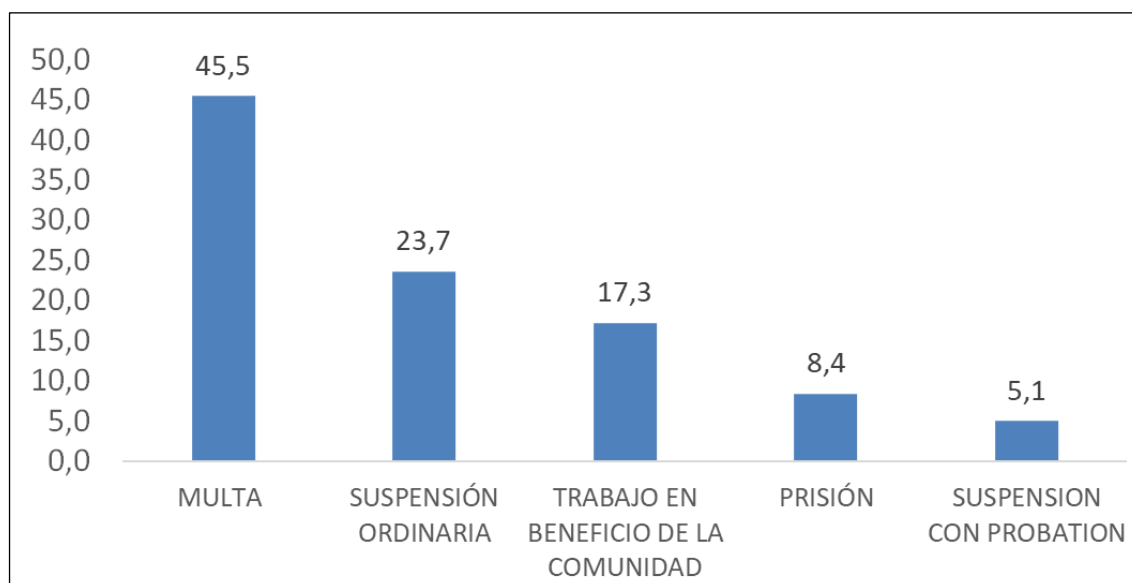
Visto en porcentajes de penas, los resultados aparecen en la figura V que expone a continuación³¹.

²⁸ Tomamos este dato del estudio de reincidencia de Cataluña del 2020 (población excarcelada en el año 2015), en el que se señala que un 13% de las entradas en prisión lo fueron por impago de multa (CAPEDEVILA, *Tasa de reincidencia penitenciaria 2020*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, 2023, p. 233).

²⁹ La distribución de las 15.594 suspensiones con *probation* impuestas en 2022 es la siguiente: 12.293 en la Administración General del Estado, 2.218 en Cataluña, y 1.083 en el País Vasco. Fuentes: Datos publicados por las administraciones penitenciarias españolas (los datos del País Vasco han sido suministrados al autor por la Administración Vasca).

³⁰ Los datos son coherentes con los mandamientos de Penas de Trabajo en Beneficio de la Comunidad reportadas por las Administraciones para el año 2022. La Administración General del Estado reporta 76.178 mandamientos (Fuente: Informe General SGIP, 2022) y la Administración catalana 5826 (Fuente: https://justicia.gencat.cat/ca/departament/Estadistiques/mesures_penals/descriptors-mpa/). Tiene sentido que haya más demandas que condenas, pues se ejecutan condenas impuestas en años anteriores.

³¹ A pesar de todas las correcciones utilizadas, el uso de las entradas en prisión para determinar las penas definitivas a prisión sigue teniendo importantes limitaciones. Por una parte puede sobredimensionar el uso de la pena de prisión como pena definitiva por tres posibles razones: primera, por personas que entran en prisión por incumplimiento de la suspensión o de la libertad condicional y no para cumplir una pena de prisión; segunda, porque si una persona entra en prisión preventiva, sale en libertad provisional y vuelve a entrar como condenado, se computarán dos entradas y en realidad habrá una sola pena privativa de libertad y, tercera, por los casos de personas que entran en prisión preventiva y luego no son condenadas a pena de prisión ejecutada. En sentido contrario, utilizar el criterio de las entradas infradimensiona los datos de penas de prisión ejecutadas, porque en los casos en que, estando una persona en prisión, se le van acumulando nuevas condenas, no se producirá una nueva entrada y por tanto no se computará como pena ejecutada. Estos factores, que sobredimensionan y que infradimensionan, el porcentaje de penas de prisión ejecutadas, podrían compensarse.

Figura V. Condenas definitivas en España (2022)

Nota: Estimación a partir de los datos del INE y de las entradas en prisión

Tomemos los datos reales que nos da la investigación de BLAY y VARONA³² relativos a los juzgados de Girona y Barcelona del año 2015/2016 o la aproximación que realizamos sobre la base de los datos del INE de condenas y los datos de entradas en prisión relativa al año 2022, creo que podemos extraer las siguientes conclusiones sobre nuestro sistema de penas.

La forma más común con la que castigamos son las penas alternativas sin contenido rehabilitador (como la suspensión ordinaria de la pena o la pena de multa). La segunda forma de castigo son las penas comunitarias con intervención rehabilitadora (incluyendo aquí la suspensión con *probation* y el TBC). Finalmente, la prisión es la respuesta más excepcional de nuestro sistema punitivo³³.

Admitido por tanto que nuestro sistema punitivo bascula sobre las penas alternativas conviene, a continuación, discutir cuáles son sus retos.

3. Retos de las alternativas a la prisión

Creo que nuestro sistema de alternativas a la prisión tiene estos tres retos: profundizar en la imposición de penas alternativas de acuerdo con el modelo punitivo rehabilitador; generalizar las prácticas más efectivas para la rehabilitación en la ejecución de las penas alternativas y ampliar el uso de las alternativas en la ejecución de la pena de prisión.

³² BLAY/VARONA, *Política criminal*, vol. 16, núm. 31, 2021, p. 138.

³³ Lógicamente la distribución de las condenas a España ha cambiado a partir de la reforma penal del 2015 en la medida que a partir de este año pasan a ser incluidas en la estadística del INE los delitos leves que antes no se incluían por ser faltas. Si aplicamos los mismos criterios del año 2022 a los datos del 2014, resulta, en porcentaje, el siguiente resultado: suspensión ordinaria (33,1%); multa (24,3%); TBC (22%); Prisión (15,3%) y suspensión con *probation* (5,4%).

3.1. Imposición de las penas alternativas de acuerdo con el modelo punitivo rehabilitador

En la penología se barajan diversos modelos punitivos para distribuir las penas alternativas³⁴.

El modelo punitivo proporcionalista considera que el criterio principal para determinar la sanción que imponer a una persona es la gravedad del delito cometido, de esta manera se deberá imponer penas alternativas a las conductas de gravedad baja y media y reservar la pena de prisión para las conductas más graves³⁵.

El modelo de prevención general negativa y de prevención especial negativa coinciden en defender que, ante la posibilidad de imponer castigos de diferente gravedad, los castigos más severos tendrán más capacidad de prevenir los delitos (tanto en la colectividad, como en la persona sancionada) que los menos severos³⁶.

El modelo rehabilitador parte de la premisa de que el castigo debe servir para que la persona no vuelva a delinquir en el futuro. Para conseguir este objetivo el castigo deberá orientarse y a combatir las causas que llevaron a la persona a delinquir y a fomentar su vinculación social para favorecer el desistimiento del delito. En atención a ello, los castigos deberán distribuirse (o individualizarse) de acuerdo con las necesidades de rehabilitación de la persona condenada³⁷.

El modelo incapacitador (o inocuidador) considera que, dado que los recursos son limitados, las sanciones más incapacitadoras, como la pena de prisión, deben reservarse para las personas con más riesgo de reincidencia en delitos graves y, las penas alternativas, que también deben tener un cierto contenido incapacitador, deben imponer a las personas de riesgo medio y bajo de reincidencia³⁸.

Finalmente, el modelo reparador, parte de que el principal objetivo que debe existir cuando se ha producido un delito es reparar el daño producido y restablecer la paz social. Para conseguir estos objetivos, las partes directamente afectadas deberán establecer un proceso de diálogo que pueda llevar a un acuerdo sobre la forma de restaurar el daño producido. Los castigos restauradores (como la reparación material, la petición de disculpas, el TBC), deberán estar orientados a la restauración de la víctima, el restablecimiento de la paz social y la reintegración de la persona que ha infringido la ley. De acuerdo con este modelo, la justicia restauradora debe ser la primera opción de la justicia, cuando las partes están de acuerdo en resolver el conflicto por esta vía³⁹.

³⁴ Sobre este tema véase con más de detalle, CID, *La elección del castigo*, 2009, pp. 29-48 y VARONA, *El sistema punitivo español*, 2023, pp. 191-231.

³⁵ Véase WASIK/VON HIRSCH, «Non-custodial penalties and the principles of desert», *The criminal law review*, 1988, pp. 555-572.

³⁶ Véase WILSON, *Thinking about crime*, 2ª ed., 1983, pp. 176-177.

³⁷ Sobre la justificación del modelo rehabilitador véase principalmente CULLEN/GILBERT, *Reaffirming rehabilitation*, 1981, pp. 247 ss.

³⁸ Véase una explicación de este modelo en FEELEY/SIMON, «Actuarial justice: the emerging new criminal law», en NELKEN (coord.), *The futures of criminology*, Sage, London, 1994, pp. 173-201 y en ZIMRING/HAWKINGS, *Incapacitation. Penal confinement and the control of crime*, 1995, pp. 61-75.

³⁹ Sobre la justicia restauradora, véase fundamentalmente BRAITHWAITE, *Restorative justice and responsive regulation*, 2002, p. 120, sobre la idea de que la justicia restauradora debe ser la primera mejor opción.

Considero que existen cuatro razones principales para optar por el modelo punitivo rehabilitador respecto del resto de modelos punitivos.

En primer lugar, en confrontación con el modelo proporcionalista, creo que el modelo punitivo rehabilitador está más comprometido con la efectividad del castigo. Si admitimos que un sistema punitivo es mejor cuando pretende que el castigo sirva para evitar nuevos delitos en el futuro, deberemos aceptar que, en esta dimensión del castigo, el modelo rehabilitador puntúa mejor que el modelo proporcionalista, cuyo objetivo primario no es la prevención de delitos.

La segunda razón es que el modelo rehabilitador tiene mejor evidencia empírica respecto de la efectividad de sus respuestas que el resto de los modelos punitivos orientados a la prevención. El modelo de prevención general negativa encuentra como debilidad que la mayor severidad de las penas no parece producir una disminución de los delitos⁴⁰ y el modelo de prevención especial negativa tampoco parece tener confirmación positiva, pues la investigación no muestra que, en general, el hecho de ser condenado a prisión, en comparación con la imposición de una pena alternativa, reduzca la reincidencia⁴¹. Tampoco los programas inspirados en el modelo incapacitador, como la supervisión intensiva en la comunidad, parecen haber dado los resultados esperados⁴². En cambio, diversas intervenciones inspiradas en el modelo rehabilitador, como después veremos con más detalle, muestran capacidad de reducir la reincidencia⁴³.

La tercera razón a favor del modelo rehabilitador es su buen encaje con los principios constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico. Nuestra constitución al establecer la libertad como valor superior y al proteger la libertad de movimiento como derecho fundamental, obliga a que los jueces y tribunales, en el ejercicio de su discrecionalidad, no impongan penas privativas de libertad si estas no son necesarias. En la medida en que nuestra Constitución establece que las penas de prisión deben orientarse a la reeducación y reinserción, parece razonable entender que la idea de necesidad debe entenderse fundamentalmente como necesidad para evitar la reincidencia. En este sentido, creo, que el modelo rehabilitador, que evidencia la capacidad de las alternativas a la prisión de conseguir mejores efectos que la prisión en la rehabilitación, resulta un buen marco para que los jueces y tribunales limiten el uso de la prisión, en sus decisiones discrecionales, a los casos en que no sea posible conseguir la rehabilitación a través de las alternativas. De esta manera, se estaría cumpliendo adecuadamente con la protección de la libertad personal, sacrificándola sólo en casos de necesidad.

Finalmente, el modelo rehabilitador puede ser integrado con el modelo reparador para garantizar que se toman en consideración las necesidades de reparación de la víctima, que también resulta una dimensión relevante del castigo. Existen dos formas de integración entre los dos modelos: en primer lugar, la justicia restauradora puede ser utilizada en los casos en que se considere que las necesidades de rehabilitación de la persona se pueden llevar a cabo en el marco de la justicia restauradora. En segundo lugar, se puede establecer, como ya se hace en nuestro ordenamiento,

⁴⁰ Véase NAGIN, «Deterrence in the twenty-first century», *Crime and justice*, vol. 42, núm. 1, 2013, pp. 199 ss.

⁴¹ Véase principalmente estas dos revisiones de la investigación: NAGIN/CULLEN/JONSON «Imprisonment and reoffending», *Crime and justice*, vol. 38, núm. 1, 2009, pp. 115-200 y VILLETIAZ/GILLIÉRON/KILLIAS, *The effects on re-offending of custodial versus non-custodial sanctions*, 2015, p. 46.

⁴² CULLEN/JONSON/MEARS, *Crime and justice*, vol. 46, 2017, p. 26. y BOUCHARD/WONG, «Examining the effects of intensive supervision and aftercare programs for at-risk youth: a systematic review and meta-analysis», *International journal of offender therapy and comparative criminology*, vol. 62, núm. 6, 2018, pp. 1509-1534.

⁴³ CULLEN/JONSON/MEARS, *Crime and justice*, vol. 46, 2017, pp. 55 ss.

que la reparación a la víctima sea una condición para que la persona que ha infringido la ley pueda ser sancionado con una alternativa a la prisión.

Si aceptamos que el modelo rehabilitador es el que debe orientar la imposición de las penas alternativas⁴⁴ entonces estamos en condiciones de valorar si nuestro sistema de penas alternativas está orientado en este modelo punitivo y, en su caso, qué reformas se requerirían.

Una primera cuestión que nos debemos preguntar es si el uso tan generalizado de las penas alternativas sin contenido rehabilitador, como la pena de multa o la suspensión ordinaria de la pena, resulta adecuado al modelo rehabilitador. Sobre esto, lo primero que debe señalarse es que, de acuerdo con este modelo, la intervención rehabilitadora debe reservarse a las personas que tiene un riesgo medio o alto de reincidencia y, en cambio, no resulta adecuada para las personas de bajo riesgo. Para personas con bajo riesgo de reincidencia, esto es con un bajo nivel de necesidades que promuevan la delincuencia, y que raramente volverán a delinquir, la intervención rehabilitadora no será necesaria y, por el contrario, podría ser incluso contraproducente, al percibir la persona que se le está imponiendo un tratamiento que no necesita⁴⁵. La idea de que estas personas no necesitan intervención rehabilitadora da sentido al extenso uso que se hace en España de las penas sin contenido rehabilitador, que es justo lo que reclaman los defensores del modelo rehabilitador, en referencia a países como EEUU en los que estas sanciones penales sin ningún contenido rehabilitador son poco frecuentes⁴⁶. No obstante, la pregunta que nos debemos hacer es si es cierto que todas las personas que reciben penas sin contenido rehabilitador tienen un bajo riesgo de reincidencia.

Comencemos con la suspensión de la pena. La actual regulación de la suspensión de la pena, después de la reforma del 2015 (LO 1/2015), resulta adecuada al modelo rehabilitador, pues el juez puede decidirse entre la suspensión ordinaria o la suspensión con *probation*, u otras modalidades de suspensión, atendiendo a las necesidades de rehabilitación de la persona. Si nos fijamos en su aplicación vemos que el porcentaje de suspensiones con *probation* se ha incrementado desde la investigación de Barcelona de 1998, que era del 6% y del que resulta de la investigación de Girona y Barcelona de 2015-2016, que se sitúa en el 17% del total de suspensiones⁴⁷. Este incremento parece deberse al hecho de que con la reforma de la LO 1/2004, relativa a la violencia de género, que establece que, en el caso de suspensión de la pena de prisión, el juez debe obligatoriamente imponer la obligación de participar en un programa de tratamiento para combatir las causas de esta conducta⁴⁸. Tómese en cuenta que de acuerdo con los datos de la Administración penitenciaria General del Estado, un 66% de las suspensiones de condena con *probation* se refieren a casos de violencia de género⁴⁹. La pregunta que nos debemos hacer es si

⁴⁴ Esta es creo la posición mayoritaria de la doctrina penal española. Véase al respecto, con cita de la bibliografía correspondiente, CID, *La elección del castigo*, 2009, p. 91 (nota 8).

⁴⁵ Véase al respecto, CULLEN/JONSON/MEARS, *Crime and justice*, vol. 46, 2017, pp-72-73 y la bibliografía allí citada.

⁴⁶ CULLEN/JONSON/MEARS, *Crime and justice*, vol. 46, 2017, p. 73.

⁴⁷ CID/LARRAURI, *Jueces penales y penas en España*, 2002, p. 67 y BLAY/VARONA, *Política criminal*, vol. 16, núm. 31, 2021, p. 137. Para el cálculo de las suspensiones con *probation* en la investigación de BLAY/VARONA en Barcelona y Girona, he excluido las suspensiones en que sólo se ha impuesto la condición de pago de la multa. Este porcentaje incluye los casos en que la suspensión con *probation* es obligatoria, como sucede en los delitos de violencia de género.

⁴⁸ Sobre la regulación de las penas realizada por ley integral de violencia de género, véase el análisis de LARRAURI, *Criminología crítica y violencia de género*, 2007, pp. 93-97.

⁴⁹ MINISTERIO DE INTERIOR (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias), *Informe General 2022*, p. 170.

este 80% de suspensiones sin reglas de conducta se están imponiendo a personas no necesitadas de intervención rehabilitadora. La respuesta es que no lo sabemos y que ello requiere ser investigado, pero sí tenemos razones para pensar que existe un porcentaje de personas que reciben la suspensión de la pena que reinciden y que posiblemente, de haber sido evaluados, se hubiera impuesto una suspensión con *probation*⁵⁰. Si queremos tener un sistema que aplique la distinción entre suspensión y *probation* de acuerdo con los criterios del modelo rehabilitador, resulta totalmente necesario que el juez adopte estas decisiones con un informe criminológico previo en el que se evalúen las necesidades criminógenas de la persona y que en el caso en que se detecte que existen importantes necesidades sobre las que intervenir se imponga una suspensión con *probation*⁵¹. La situación actual en España, si podemos tomar como representativas las ciudades de Barcelona y Girona, parecen muy alejadas de esta práctica, pues, de acuerdo con los datos reportados por BLAY y VARONA, solamente en un 2,2% de las ejecutorias que analizaron, el juez contó con un informe criminológico para tomar su decisión sobre la pena definitiva⁵².

Una segunda pena que nos debe interesar es la multa. La multa aparece en muchos delitos como pena opcional a otras penas alternativas y a la pena de prisión. Así sucede por ejemplo en el art. 379 del CP, relativo a delitos contra la seguridad vial. Esta penalidad en principio también resulta adecuada al modelo rehabilitador, pues el juez tiene a su disposición desde penas no rehabilitadoras, como la multa y la suspensión ordinaria, hasta penas de contenido rehabilitador como la suspensión con *probation* o el TBC. Lógicamente también puede recurrir a la pena de prisión si no fuera posible afrontar las necesidades de rehabilitación en libertad. Al igual que en la decisión sobre la suspensión, también aquí los jueces deberían contar con un informe criminológico previo para decidir la pena a imponer, que pudiera complementar la información relativa a la hoja de antecedentes penales, de la que sí disponen. Por lo menos, se debería disponer de este informe en los casos en que la persona condenada dispone de antecedentes penales y el juez debe decidir sobre si imponer una pena de contenido rehabilitador o incluso de si imponer prisión.

Finalmente nos encontramos con los casos en que la multa aparece como pena única, lo que sucede por ejemplo en muchos casos de delitos leves (como el delito leve de hurto). A mi juicio, esta regulación que prevé como única posibilidad una pena de contenido no rehabilitador no es adecuada, pues podrán existir casos en que la persona presente muchas necesidades criminógenas, que se deban afrontar con una pena rehabilitadora. La opción que considero mejor consistiría en reformar el sistema legal y establecer un modelo de penas opcionales, en la que junto a la multa aparezca una pena de contenido rehabilitador cuyo contenido podría ser semejante al de la libertad vigilada en la justicia juvenil. En los casos de personas de alto riesgo de reincidencia, que se basara no solo en la hoja histórico penal sino también en el informe criminológico, esta debería ser la pena adecuada.

⁵⁰ Véase la investigación de CID, «¿Es la prisión criminógena? Un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena», *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 19, 2007, p. 444, que muestra que un 14% de los sometidos a suspensión de la pena, fueron reencarcelados por nuevo delito, con un seguimiento de 8 años.

⁵¹ Para una explicación más detallada de esta inserción del informe criminológico en el proceso de decisión judicial, véase CID, *La elección del castigo*, 2009, pp. 94-100.

⁵² BLAY/VARONA, *Política criminal*, vol. 16, núm. 31, 2021, p. 134 (nota 59).

Una segunda cuestión que nos debemos plantear es si un sistema como el propuesto, que requeriría mayor dedicación a cada caso del sistema de justicia penal, resulta viable de acuerdo con los medios de los que se disponen. Lógicamente un sistema como el previsto requeriría dotar a los juzgados y tribunales de personal especializado en la emisión de informes criminológicos. Además, posiblemente, la justicia penal de adultos debería, como ya hizo la jurisdicción de menores, avanzar en la incorporación del principio de oportunidad, que diera vías para administrativizar ciertas conductas penales, esto es para dar el poder al fiscal de remitir el asunto a la administración, en los casos en que ésta también ejerce funciones de protección en el ámbito del que se trate (por ejemplo en las infracciones de seguridad vial) o para dar cabida a los procedimientos extrajudiciales de justicia restauradora, en aquellos casos en los que se valore que existe una necesidad de reparación de la víctima y que no existen necesidades de rehabilitación o que estas pueden ser debidamente afrontadas en el proceso de justicia restauradora.

3.2. Generalizar las prácticas más efectivas para la rehabilitación de las personas condenadas en el marco de las penas alternativas

El segundo reto al que se enfrenta el sistema de alternativas a la prisión en España es conseguir que se impongan y ejecuten de acuerdo con la evidencia científica que se dispone respecto de la efectividad de estas sanciones para el cumplimiento de sus finalidades. Aun cuando la evidencia a la que me referiré todavía requiere de más investigación en España que la reafirme, pienso que, en principio, tiene sentido orientarse en ella. Siguiendo la formulación realizada por CULLEN, JONSON, y MEARS⁵³, podemos indicar cuatro criterios que deberían ser seguidos en la ejecución de las penas alternativas.

El primer criterio consiste en aplicar los principios del modelo RNR (Riesgo, Necesidad y Responsividad), de acuerdo con el cual tanto la decisión sobre el tipo de pena alternativa a imponer -sanción rehabilitadora o sanción sin intervención- como, en el marco de las sanciones de contenido rehabilitador, el nivel de intervención al que la somete a la persona debe estar basado en el nivel de sus necesidades criminógenas. Someter a las personas con bajo riesgo de reincidencia a un programa de alta intervención podría ser iatrogénico⁵⁴.

El segundo criterio se basa en dar relevancia capital al estilo de supervisión. La investigación destaca que el estilo de supervisión que lleve a cabo el supervisor de la pena alternativa es esencial para conseguir incrementar la efectividad de las penas alternativas. DOWDEN y ANDREWS⁵⁵, han plantado los principios siguientes como constitutivos de la intervención efectiva:

⁵³ CULLEN/JONSON/MEARS, *Crime and justice*, vol. 46, 2017, *passim*.

⁵⁴ VIGLIONE/TAXMAN, «Low risk offenders under *probation* supervision: risk management and the risk-needs-responsivity framework», *Criminal justice and behavior*, vol. 45, núm. 12, 2018, p. 1811.

⁵⁵ DOWDEN/ANDREWS, «The importance of staff practice in delivering effective correctional treatment: a meta-analytic review of core correctional practice», *International journal of offender therapy and comparative criminology*, vol. 48, núm. 2, 2004, pp. 203-214. Traduzco «*core correctional practice*» por «principios de supervisión efectiva».

Tabla V. Principios de supervisión efectiva

1	Uso efectivo de la autoridad	El supervisor debe ser firme, pero justo, para guiar de manera respetuosa al usuario hacia el cumplimiento de la ley
2	Modelaje y refuerzo	El supervisor debe ser un modelo de conducta, una fuente de refuerzo, más que de castigo, debe desaprobar la conducta antisocial y ensayar con el usuario el comportamiento prosocial
3	Solución de problemas	El supervisor debe identificar problemas, ayudar a los usuarios a implementar un plan, clarificar fines, evaluar opciones, generar alternativas y monitorizar el progreso en relación con el contrato.
4	Uso efectivo de los recursos comunitarios	El supervisor debe conectar al usuario con los servicios comunitarios, como son los de inserción laboral, los servicios médicos, y las organizaciones comunitarias que puedan prestarle ayuda para la satisfacción de sus necesidades.
5	Relación de calidad	La relación entre el supervisor y el usuario debe basarse en la empatía, la confianza, la apertura, la autenticidad y el entusiasmo.

Nota: Se sintetizan en esta tabla los elementos que DOWDEN/ANDREWS en el artículo citado indican como ingredientes del modelo de supervisión efectiva

Si bien, mayoritariamente, la investigación sobre la efectividad de estos principios en la práctica profesional se ha centrado en programas grupales también se ha examinado su utilidad en las relaciones individuales de supervisión, como las que se dan en las penas de *probation* o de TBC⁵⁶. Estos estudios se han basado en la observación de los encuentros entre supervisores y usuarios, su grabación y el posterior análisis para verificar el nivel de cumplimiento de los principios de la supervisión efectiva. Una vez obtenidas las puntuaciones, se ha hecho un seguimiento de los usuarios para verificar la asociación entre el grado de seguimiento de los principios y la reincidencia. Los resultados principales que ha aportado esta investigación son los que se refieren a continuación.

Se destaca que los supervisores tienden a puntuar más alto en la implementación de las habilidades relaciones (la habilidad 5: establecer una relación de calidad con los usuarios) y en la capacidad de reforzar las conductas positivas (parte de la habilidad 2: modelaje y refuerzo), que en las habilidades dirigidas a la reestructuración cognitiva de los usuarios (parte de la habilidad 2: ensayo del comportamiento prosocial y habilidad 3, que los usuarios sepan entender lo que ha dado lugar a sus problemas legales y elaboren alternativas conductuales)⁵⁷.

⁵⁶ Recientemente, hemos testado en España si el seguimiento de los principios de intervención efectiva (*core correctional practice*) en la ejecución de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad influye en la efectividad de la medida. Y los resultados han sido positivos. Véase: CID *et al.*, «¿Es el estilo de supervisión relevante para la efectividad de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad?», *Revista española de investigación criminológica*, vol. 22, núm. 1, 2024, pp. 12-13.

⁵⁷ Sobre este punto, véase: BLAY, «El papel de los delegados de ejecución en la ejecución penal en la comunidad ¿gestores o agentes de rehabilitación?», *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-32; BONTA/RUGGE/SCOTT/BOURGON/YESSINE, «Exploring the black box of community supervision», *Journal of offender rehabilitation*, vol. 47, núm. 3, 2008, pp. 248-270; RAYNOR/UGWUDIKE/VANSTONE, «The impact of skills in probation work: a reconviction study», *Criminology and criminal justice*, vol. 14, núm. 2, 2014, pp. 235-249.

Se demuestra, por lo que hace al principio del uso efectivo de la autoridad, la utilidad que el desarrollo de este rol dual (control y cuidado) se lleve a cabo de manera respetuosa y mostrando preocupación por la persona. Es de esta manera que se conseguiría que los usuarios atribuyesen legitimidad al supervisor y quisieran cambiar para satisfacer al supervisor⁵⁸.

Se indica que la conclusión más consistente de los estudios es que los principios dirigidos a la reestructuración cognitiva y conductual (el principio 2, de modelaje y refuerzo, y el principio 3, de solución de problemas) son los que de manera más consistente se asocian a una reducción de la reincidencia⁵⁹.

Finalmente, la investigación respalda que la formación de los supervisores en los principios de la supervisión efectiva comporta una mejora de los resultados de reincidencia de los usuarios⁶⁰.

El tercer criterio que debería ser seguido en la supervisión de las penas alternativas con supervisión consiste en evitar lo que se ha llamado el modelo de prevención especial negativa en la supervisión. Este modelo, que alcanzó mucha difusión y popularidad en EEUU se conoce con el acrónimo HOPE⁶¹. Como explican CULLEN y colaboradores⁶², la filosofía de este programa consiste en garantizar en que las personas condenadas cumplan con las condiciones de la pena comunitaria (la *probation* en este caso) a través de un modelo rígido de supervisión, que comporta que, ante cualquier incumplimiento de las condiciones de supervisión, exista una respuesta (certeza), aplicada inmediatamente (celeridad) y suficientemente grave, como unos pocos días de reclusión (severidad). La premisa de la que se parte es de que los usuarios de las penas serán racionales, querrán evitar los castigos y ello llevará a corto plazo a un cumplimiento de las condiciones de la *probation* y a medio plazo a una reducción de la reincidencia, en comparación con los programas usuales de *probation*, que carecen de esta rigidez. Como explican CULLEN y colaboradores cuando el programa HOPE se sometió a evaluación experimental se concluyó que este programa no incrementa la efectividad sobre el modelo usual de *probation* y que, por tanto, no se debía tener confianza en la teoría de la prevención especial negativa, como una manera de mejorar la efectividad de la supervisión⁶³.

Finalmente, el cuarto criterio consiste en aprovechar las oportunidades que ofrece la tecnología para la supervisión de las personas. Aun cuando es cierto que la principal aplicación de la tecnología en la supervisión de los usuarios -el llamado control telemático- no ha recibido una

⁵⁸ Véase SKEEM/LOUDEN/POLASCHEK//CAMP, «Assessing relationship quality in mandated community treatment: blending care with control», *Psychological assessment*, núm. 19, 2007, pp. 397-410; y KENNEALY/SKEEM/MANCHAK/LOUDEN, «Firm, fair and caring officer-offender relationship protect against supervision failure», *Law and human behaviour*, vol. 36, núm. 6, 2012, pp. 496-505.

⁵⁹ Véase TROTTER, «The impact of different supervision practices in community corrections: cause for optimism», *Australian and New Zealand journal of criminology*, vol. 29, núm. 1, 1996, pp. 29-45; TROTTER, «Reducing recidivism through probation supervision: what we know and don't know from four decades of research», *Federal probation*, vol. 77, núm. 2, 2013, pp. 43-48.

⁶⁰ Véase CHADWICK/DEWOLF/SERIN, «Effectively training community supervision officers: a meta-analytic review of the impact on offender outcome», *Criminal justice and behavior*, vol. 42, núm. 10, 2015, pp 977-989.

⁶¹ *Hawaii's Opportunity Probation with Enforcement Program*.

⁶² CULLEN/PRATT/TURANOVIC/BUTLER, «When bad news arrives: Project HOPE in a post-factual world», *Journal of contemporary criminal justice*, vol. 34, núm. 1, 2018, pp. 3-34.

⁶³ CULLEN/PRATT/TURANOVIC/BUTLER, *Journal of contemporary criminal justice*, vol. 34, núm. 1, 2018, p. 20.

clara valoración positiva⁶⁴, sin embargo CULLEN, JONSON y MEARS, destacan las posibilidades que proporciona el control telefónico, a partir de los teléfonos inteligentes, para reforzar el cumplimiento positivo de las obligaciones de la medida y para que el usuario pueda contactar más rápidamente con el supervisor para ayudarlo a resolver problemas en momentos de dificultad⁶⁵.

Como antes he indicado, no sólo es importante que nuestra práctica de imposición y ejecución de penas alternativas esté adaptada a estos criterios sino también que exista evaluación sobre si su seguimiento permite mejorar la efectividad de estas penas. La investigación es totalmente necesaria, pues existen aspectos contextuales que pueden alterar la eficacia de las intervenciones, que sólo la investigación puede detectar, y que deben ser tenidos en cuenta en la revisión de los programas que se aplican para ejecutar las penas alternativas.

3.3. Ampliar el uso de las alternativas en la ejecución de la pena de prisión

Como decía al principio de este trabajo, las alternativas a la prisión no incluyen sólo las penas alternativas que se imponen como sanción por la comisión de un delito, sino también las formas de cumplimiento en la comunidad de una pena de prisión. Hablamos por tanto de las instituciones del régimen abierto y de la libertad condicional. A pesar de tienen muchos puntos en común, existe una diferencia importante entre las penas alternativas de contenido rehabilitador y el cumplimiento comunitario de una pena de prisión. En las penas alternativas se trabaja desde el principio en la comunidad y, por tanto, no se deberá confrontar la posible ruptura o debilitamiento de los vínculos sociales que haya podido producir el encarcelamiento. Lo que hace, por tanto, peculiares a las alternativas al cumplimiento en la comunidad de la pena de prisión es la necesidad de que se afronte a través de ellas la reinserción a la comunidad.

Nuestro artículo 25.2 de la Constitución nos proporciona el marco con el que realizar la intervención en las penas de prisión. Nos dice que las penas privativas de libertad deben ir orientadas a la reeducación y a la reinserción social. La Constitución como se advierte no sólo fija como objetivo de la pena de prisión la reeducación, que, en términos criminológicos, equivale a la evitación de la reincidencia, sino que, además, incluye como objetivo, la reinserción, esto es la reintegración de la persona en la comunidad. Aun cuando lógicamente el periodo de cumplimiento penitenciario de la pena de prisión debe buscar esta preparación para la vida en libertad, fundamentalmente a partir de la participación de las personas en los diversos programas de tratamiento, es el periodo de cumplimiento extrapenitenciario, en el marco del régimen abierto y de la libertad condicional, aquel en el que preferentemente se deberá trabajar para la reintegración.

En los últimos años se ha acumulado una evidencia, proveniente de diversos países, que nos indica que el paso por estos programas de régimen abierto y de libertad condicional genera una reducción de la reincidencia, en comparación con las personas que son liberadas directamente desde los centros penitenciarios. En general, estos programas que se muestran efectivos para prevenir la reincidencia se caracterizan por dos aspectos. En primer lugar, se consiguen mejores resultados en la prevención de la reincidencia cuando los agentes conciben su rol como

⁶⁴ BONTA/WALLACE-CAPRETTA/ROONEY, «Can electronic monitoring make a difference? An evaluation of three Canadian programs», *Crime & delinquency*, vol. 46, núm. 1, 2000, pp. 61-75.

⁶⁵ CULLEN/JONSON/MEARS, *Crime and justice*, vol. 46, 2017, pp. 63-64.

provisores de ayuda a los usuarios para solucionar sus problemas sociales⁶⁶, ejercen su rol con profesionalidad⁶⁷ y adecúan la ayuda a las necesidades de las personas⁶⁸. En segundo lugar, estos programas efectivos se caracterizan por orientar la supervisión tanto a la superación de necesidades criminógenas como a la promoción de la integración social, facilitando el acceso a los servicios sociales y ayudando en la búsqueda de empleo y vivienda⁶⁹.

También en España, investigación realizada con poblaciones excarceladas de las prisiones catalanas, nos muestran que la salida en libertad condicional, en comparación con la salida en libertad definitiva, es factor que ayuda a prevenir la reincidencia y que este efecto positivo se produce en particular con las personas de mayor riesgo de reincidencia⁷⁰. Aunque todavía se carece de investigación suficiente sobre la forma en que se ejercita la supervisión en el marco del régimen abierto y de la libertad condicional, la hipótesis de la que creo que puede partirse es que la ejecución de estas alternativas debe estar bastante acompañada al modelo anteriormente descrito⁷¹.

Si tenemos evidencia positiva de que el paso por el régimen abierto y de la libertad condicional ayuda a evitar la reincidencia y a promover la reinserción, la pregunta que nos debemos hacer es por qué en España todavía seguimos usando estas instituciones de forma minoritaria. Los últimos datos de los que disponemos referidos al año 2016, y relativos sólo a la administración penitenciaria catalana, nos indican, como se muestra en la figura VI, que la finalización de condena desde el tercer grado y la libertad condicional no es la forma más habitual de liberación, sino que una mayoría de personas finalizan su condena en los centros penitenciarios ordinarios.

⁶⁶ CHAMBERLAIN/GRICIUS/WALLACE/BORJAS/WARE, «Parolee–parole officer rapport: does it impact recidivism?», *International journal of offender therapy and comparative criminology*, vol. 62, núm. 11, 2018, pp. 3581–3602.

⁶⁷ Véase ANDERSEN/WILDEMAN, «Measuring the effect of probation and parole officers on labor market outcomes and recidivism», *Journal of quantitative criminology*, vol. 31, 2015, pp. 629–652 y BARES/MOWEN, «Examining the parole officer as a mechanism of social support during reentry from prison», *Crime & delinquency*, vol. 66, núm. 6–7, 2020, pp. 1023–1051.

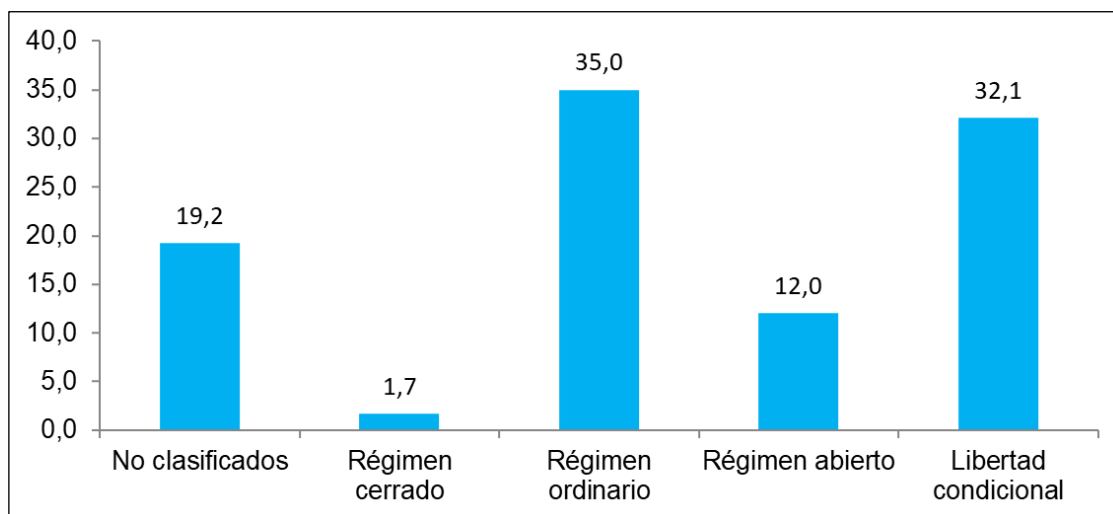
⁶⁸ BRAGA/PIEHL/HUREAU, «Controlling violent offenders released to the community: an evaluation of the Boston reentry initiative», *Journal of research in crime and delinquency*, vol. 46, núm. 4, 2009, pp. 411–436.

⁶⁹ BRAGA/PIEHL/HUREAU, *JRCD*, vol. 46, núm. 4, 2009, PELED-LASKOV/SHOHAM/COJOCARU, «Work-related intervention programs: desistance from criminality and occupational integration among released prisoners on parole», *International journal of offender therapy and comparative criminology*, vol. 63, núm. 13, 2019, pp. 2264–2290; VEYSEY/OSTERMANN/LANTERMAN, «The effectiveness of enhanced parole supervision and community services: new jersey’s serious and violent offender reentry initiative», *The prison journal*, vol. 94, núm. 4, 2014, pp. 435–453; ZHANG/ROBERTS/CALLANAN, «Preventing parolees from returning to prison through community-based reintegration», *Crime & delinquency*, vol. 52, núm. 4, 2006, pp. 551–571.

⁷⁰ KARIMI-HAGHIGHI/CASTILLO/TOLAN/LUM, «Effect of conditional release on violent and general recidivism: A causal inference study», *Journal of experimental criminology*, 2023; Ya anteriormente, el mismo resultado relativo al efecto reductor de la reincidencia del paso por la libertad condicional en LUQUE/FERRER/CAPDEVILA, *La reincidència penitenciària a Catalunya*, 2005, p. 145.

⁷¹ Véase al respecto CID/IBÁÑEZ, «Prisoner resettlement in Spain: Good practices for early-released prisoners and prisoners lost in transition that fully serve their sentence», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER, *Prisoner Resettlement in Europe*, 2019, pp. 313–327.

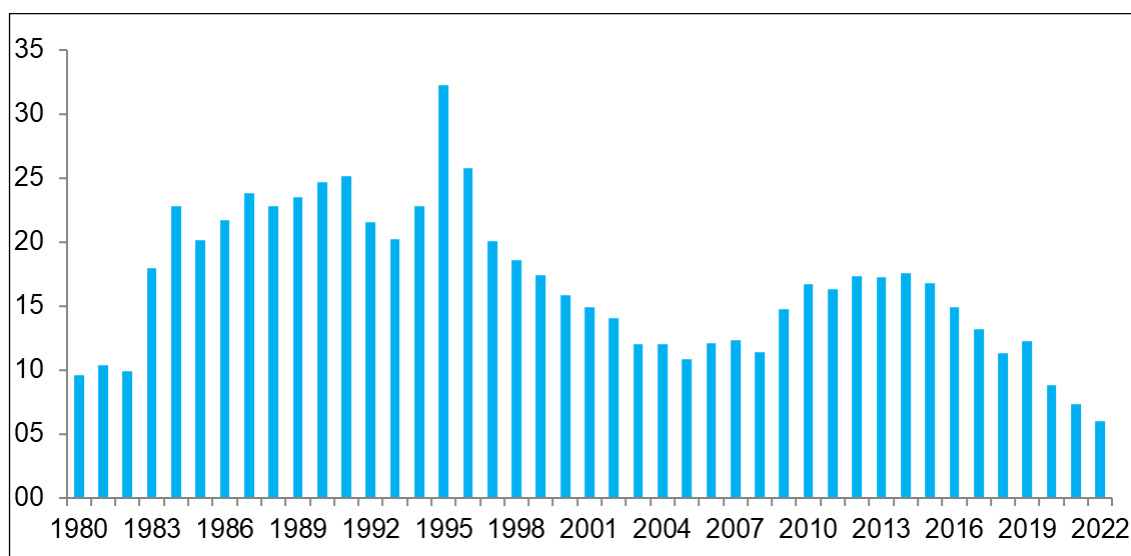
Figura VI. Forma de finalización de condena. Población que finaliza condena en Cataluña en 2016



Fuente: Datos suministrados por la Administración penitenciaria catalana

Si esta era la situación (en Cataluña) en 2016, es posible que los porcentajes de persona que finalizan la condena desde el tercer grado o la libertad condicional hayan disminuido, pues, como es sabido, la reforma debida a la LO 1/2015, de reforma del Código penal, al transformar la naturaleza de la libertad condicional, de una forma de cumplimiento del resto de la pena, a una modalidad de suspensión del resto de la pena, que puede alargar el periodo en que la persona se encuentra bajo supervisión penal, ha llevado a que muchas personas renuncien a la libertad condicional, tal como se muestra en la figura VII, que muestra una reducción del 65% en el uso de la libertad condicional entre 2015 y 2022.

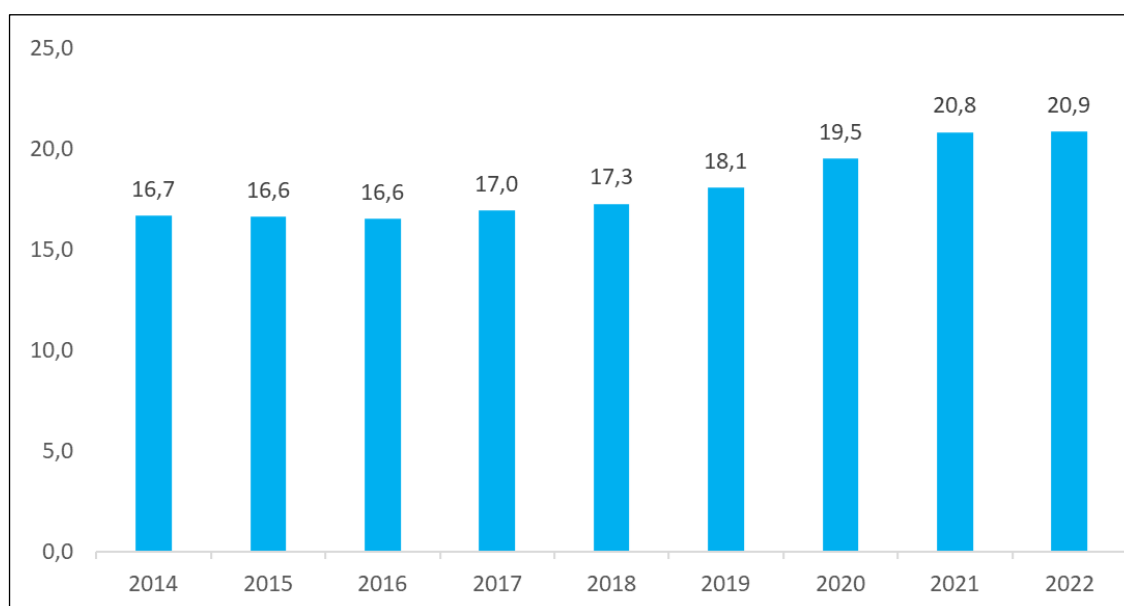
Figura VII. Concesiones de libertad condicional por 100 personas condenadas. España (1980-2022)



Fuente: Datos facilitados bajo petición por las administraciones penitenciarias españolas

Podría pensarse que esta reducción del uso de la libertad condicional entre 2015 y 2022 ha venido compensada por un incremento de las personas que finalizan su condena en tercer grado. Aun cuando es cierto como muestra la figura VIII, que se ha producido un incremento en el uso del tercer grado ente 2014 y 2022, se trata solo de un incremento del 25%, por lo que, considerados los datos de la reducción del uso de la libertad condicional, la tasa de personas que se benefician de una alternativa al encarcelamiento en la fase final de la condena podría haberse incluso reducido en los últimos años.

Figura VIII. Clasificación en tercer grado. España (2014-2022). Datos a 31 de diciembre de cada año. Porcentajes sobre población clasificada



Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

Creo que el reto que tenemos en referencia al sistema de alternativas al cumplimiento penitenciario de la pena de prisión consiste en entender las causas que explican este uso reducido de estas alternativas y tratar de establecer remedios. Aun a riesgo de simplificar, creo que existen dos situaciones distintas que originan este uso reducido de la finalización de la condena en tercer grado o libertad condicional.

Por una parte, nos encontramos con los casos en que existen dificultades para que la persona ingrese en el sistema progresivo. Se trata de supuestos de cumplimiento de penas cortas (normalmente por imago de multas), de personas que cumplen buena parte de la pena en situación de preso preventivo o finalmente de personas que el tener causas pendientes dificulta su progresión. Todos estos casos requieren soluciones previas al ingreso en prisión. Ya anteriormente se ha recomendado dar posibilidades de uso de penas alternativas para los casos de delitos leves cometidos por personas de alto riesgo de reincidencia y cuando la entrada en prisión no pueda evitarse se debe pensar en la posibilidad, ya implementada por las administraciones penitenciarias, del cumplimiento inicial en tercer grado⁷². Respecto de la prisión preventiva, además de seguir profundizando en su uso excepcional, creo que sería razonable que a la persona se le diera la posibilidad de participar en los programas de tratamiento

⁷² Opción defendida por MARTÍ/LARRAURI, «Una defensa de la clasificación inicial de las penas cortas en régimen abierto», *Revista española de investigación criminológica*, vol. 18, núm. 1, 2020, pp. 1-34.

para que, una vez condenado, pudiera progresar con mayor rapidez. Finalmente, el caso de las personas con causas pendientes de ejecución requeriría, como ha sido planteado por CAPDEVILA, de una coordinación entre los servicios judiciales y penitenciarios para aligerar la ejecución de estas causas y que la persona pudiera cumplir su condena sin el temor de las causas pendientes que, de acuerdo con la investigación de estos autores, no sólo dificulta la progresión, sino que además aumenta el riesgo de reincidencia⁷³.

En segundo lugar, nos encontramos con los factores propios del sistema progresivo que dificultan el acceso al régimen abierto. Recientemente PEDROSA ha mostrado los factores que dificultan la finalización de la condena en tercer grado o en libertad condicional, entre los que destacan, la condición de extranjería, los problemas con las drogas, el historial delictivo, la condena por delito violento, el haber sufrido sanciones frecuentes, el haber sufrido victimización en prisión, la revocación de un tercer grado previo y, entre los que lo favorecen, el apoyo familiar y el contar con una persona de referencia en el centro⁷⁴. De alguna manera lo que muestra esta investigación es que algunas personas quizás con más riesgo de reincidencia (piénsese en las variables de historial delictivo y de abuso de drogas) o con menor adaptación al sistema penitenciario (existencia de sanciones, revocación del tercer grado) tendrán más dificultad de finalizar la condena en régimen abierto o en libertad condicional. El problema de estas políticas es que, si finalmente estas personas son liberadas sin el paso previo por estas instituciones, no beneficiándose de la ayuda que ellas proporcionan a la reinserción, entonces el riesgo de reincidencia aumentará. Existen países que, para superar este problema, establecen sistemas semiautomáticos de libertad condicional, a los que se accedería con independencia de la evolución tenida durante el cumplimiento de la pena de prisión⁷⁵. La objeción principal de estos modelos es el que podría disminuir los estímulos a la participación en el tratamiento que suponen los sistemas progresivos. Hace años, junto a Beatriz TÉBAR, nos planteamos que sería bueno llegar a un consenso entre los dos modelos y defendimos un sistema mixto que mantuviera todos los estímulos para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional, pero que estableciera una modalidad de libertad condicional residual al que todas las personas debieran poder acceder al final de la condena⁷⁶.

En todo caso podemos concluir este apartado indicando que el reto pendiente consiste en seguir avanzando en el análisis de las causas de este uso reducido de estas alternativas al cumplimiento penitenciario de la pena de prisión que parecen tener una gran potencialidad de reducir la reincidencia y ayudar a la reinserción.

4. Conclusión

He hablado en el título del futuro de las alternativas a la prisión para referirme a sus retos, aunque creo que penalistas y criminólogos deberíamos ya en el presente ocuparnos más de ellas. A pesar

⁷³ CAPDEVILA, *Tasa de reincidencia penitenciaria 2020, 2023*, pp. 306-307.

⁷⁴ PEDROSA, «¿A quién dejamos atrás? Explorando los obstáculos de la progresión penitenciaria», *Revista española de investigación criminológica*, vol. 17, 2019, pp. 15-17. Esta investigación explota los datos del proyecto «Encarcelamiento y Reincidencia», que ha sido realizado por el grupo de investigación en «Desistimiento y Políticas de Reinserción», de la Universidad Autónoma de Barcelona.

⁷⁵ Véase Información al respecto en CID, «La libertad condicional. ¿Está en Europa la solución?», *Indret*, núm. 4, 2021, pp. 280-308.

⁷⁶ CID/TÉBAR, «Libertad condicional y delinquentes de alto riesgo», *Revista española de investigación criminológica*, núm. 8, 2010, pp. 1-23.

de la importancia de la pena de prisión, que no discuto, la realidad es que la inmensa mayoría de las personas que son condenadas por el sistema penal lo son a penas alternativas y que una parte de los que son condenadas a prisión, cumplen su pena, o una parte de ella, en la comunidad. Aunque las alternativas a la prisión no suscitan los temas de humanidad que plantea la pena de prisión sí plantean importantes cuestiones de efectividad. Debemos pensar que una parte muy importante de la delincuencia será realizada por personas que ya han sido condenadas con anterioridad y que respecto de ellas el sistema penal ha fracasado. Pensando sobre todo en la cuestión de la efectividad de las penas alternativas, en este trabajo he planteado tres retos: adecuar nuestro sistema de penas alternativas a los principios del modelo punitivo rehabilitador; implementar las prácticas de ejecución de las penas que tienen mayor respaldo empírico internacional y evaluarlas en nuestro contexto y, finalmente, incrementar el uso del cumplimiento extrapenitenciario de la pena de prisión, pues se demuestra que el régimen abierto y la libertad condicional, cuando están orientadas en un modelo de apoyo social, contribuyen de manera importante a la reeducación y reinserción de las personas.

5. Bibliografía

ANDERSEN, Lars/WILDEMAN, Cristopher, «Measuring the effect of probation and parole officers on labor market outcomes and recidivism», *Journal of quantitative criminology*, vol. 31, 2015, pp. 629–652.

ANTÓN, Lorena/LARRAURI, Elena, «Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas». *Revista española de investigación criminológica*, núm. 7, 2009, pp. 1-26.

BARES, Kyle/MOWEN, Thomas, «Examining the parole officer as a mechanism of social support during reentry from prison», *Crime & delinquency*, vol. 66, núm. 6–7, 2020, pp. 1023-1051.

BLAY, Ester, «El papel de los delegados de ejecución en la ejecución penal en la comunidad ¿gestores o agentes de rehabilitación?», *Indret*, núm. 4, 2019. pp. 1-32.

BLAY, Ester/VARONA, Daniel, «El castigo en la España del siglo XXI: cartografiando el iceberg de la penalidad», *Política criminal*, vol. 16, núm. 31, 2021, pp. 115-145.

BONTA, James/RUGGE, Tanya/SCOTT, Terry Lynne/BOURGON, Guy/YESSINE, Annie, «Exploring the black box of community supervision», *Journal of offender rehabilitation*, vol. 47, núm. 3, 2008, pp. 248-270.

BONTA, James/WALLACE-CAPRETTA, Suzanne/ROONEY, Jennifer, «Can electronic monitoring make a difference? An evaluation of three Canadian programs», *Crime & delinquency*, vol. 46, núm 1, 2000, pp. 61-75.

BOUCHARD, Jessica/WONG, Jennifer, «Examining the effects of intensive supervision and aftercare programs for at-risk youth: a systematic review and meta-analysis», *International journal of offender therapy and comparative criminology*, vol. 62, núm. 6, 2018, pp. 1509-1534.

BRAGA, Anthony/PIEHL, Anne/HUREAU, David, «Controlling violent offenders released to the community: an evaluation of the Boston reentry initiative», *Journal of research in crime and delinquency*, vol. 46, núm. 4, 2009, pp. 411–436.

BRAITHWAITE, John, *Restorative justice and responsive regulation*, Oxford University Press, New York, 2002.

CAPDEVILA, Manel (coord.), *Tasa de reincidència penitenciària 2020*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Barcelona, 2023.

CHADWICK, Nick/DEWOLF, Angela/SERIN, Ralph, «Effectively training community supervision officers: a meta-analytic review of the impact on offender outcome», *Criminal justice and behavior*, vol. 42, núm. 10, 2015, pp. 977–989.

CHAMBERLAIN, Alissa/GRICIUS, Matthew/WALLACE, Danielle/BORJAS, Diana/WARE, Vincent, «Parolee–parole officer rapport: does it impact recidivism?», *International journal of offender therapy and comparative criminology*, vol. 62, núm. 11, 2018, pp. 3581–3602.

CID, José, «El futuro de la prisión en España», *Revista española de investigación criminológica*, núm. 18, 2020, pp. 1–32.

CID, José, «La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española; una brecha que debe superarse», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 30, 2010, pp. 55–84.

CID, José, *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión*. Bosch, Barcelona, 2009.

CID, José, «¿Es la prisión criminógena? Un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena», *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 19, 2007, pp. 427–456.

CID, José/IBÁÑEZ, Aina, «Prisoner resettlement in Spain: Good practices for early-released prisoners and prisoners lost in transition that fully serve their sentence», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 313–327.

CID, José/MELÉNDEZ, Anna/BUSQUETS, Constanza/NAVARRO, Carmen/XUFRÉ, Judit/EL KABIRI, Iman/RAMÍREZ, Tania/PEDROSA, Albert/MARTÍ, Joel, «¿Es el estilo de supervisión relevante para la efectividad de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad?». *Revista española de investigación criminológica*, vol. 22, núm. 1, 2024, pp. 1–21.

CID, José (coord.)/LARRAURI, Elena (coord.)/ESCOBAR, Gonzalo/LAHOZ, Jennifer/LÓPEZ, Marayca/TÉBAR, Beatriz/VARONA, Daniel, *Jueces penales y penas en España. La aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CID, José/TÉBAR, Beatriz, «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo», *Revista española de investigación criminológica*, núm. 8, 2010, pp. 1–23.

CULLEN, Francis/ GILBERT, Karen, *Reaffirming rehabilitation*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1981.

CULLEN, Francis/JONSON, Cheryl/MEARS, Daniel, «Reinventing community corrections», *Crime and justice*, vol. 46, 2017, pp. 27–69.

CULLEN, Francis/PRATT, Travis/TURANOVIC, Jillian/BUTLER, Leah, «When Bad News Arrives: Project HOPE in a Post-Factual World», *Journal of contemporary criminal justice*, vol. 34, núm. 1, 2018, pp. 3-34.

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás, «Scott c. España (STEDH de 24 de octubre de 1996): El derecho del sujeto en prisión preventiva a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento», en ALCÁCER, Rafael/BELADÍEZ, Margarita/SÁNCHEZ, José Miguel (coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cívitas, Madrid, 2013, pp. 87-112.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis/CEREZO, Anabel/BENITEZ, María José, *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DOWDEN, Craig/ANDREWS, Donald, «The importance of staff practice in delivering effective correctional treatment: a meta-analytic review of core correctional practice», *International journal of offender therapy and comparative criminology*, vol. 48, núm. 2, 2004, pp. 203-214.

FEELEY, Malcolm/SIMON, Jonathan, «Actuarial justice: the emerging new criminal law», en NELKEN, David (coord.), *The futures of criminology*, Sage, London, pp. 173-201.

GUARDIOLA, Javier, «Las penas comunitarias en el sistema español: sobre las “alternativas a la prisión”», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 26, 2024, pp. 1-41.

KARIMI-HAGHIGHI, Marzieh/CASTILLO, Carlos/TOLAN, Songül/LUM, Kristian, «Effect of conditional release on violent and general recidivism: A causal inference study», *Journal of experimental criminology*, Publicado en línea, 2023.

KENNEALY, Patrick/SKEEM, Jennifer/MANCHAK, Sarah/LOUDEN, Jennifer, «Firm, fair and caring officer-offender relationship protect against supervision failure», *Law and human behaviour*, vol. 36, núm. 6, 2012, pp. 496-505.

LARRAURI, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.

LUQUE, Eulalia/FERRER, Marta/CAPDEVILA, Manel, *La reincidència penitenciària a Catalunya*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Barcelona, 2005.

MARTÍ, Marta/LARRAURI, Elena, «Una defensa de la clasificación inicial de las penas cortas en régimen abierto», *Revista española de investigación criminológica*, vol. 18, núm. 1, 2020, pp. 1-34.

NAGIN, Daniel, «Deterrence in the twenty-first century», *Crime and justice*, vol. 42, núm. 1, 2013, pp. 199-263.

NAGIN, Daniel/CULLEN, Francis/JONSON, Cheryl, «Imprisonment and reoffending», *Crime and justice*, vol. 38, núm. 1, 2009, pp. 115-200.

PEDROSA, Albert, «¿A quién dejamos atrás? Explorando los obstáculos de la progresión penitenciaria», *Revista española de investigación criminológica*, vol. 17, 2019, pp. 1-26.

PELED-LASKOV, Ronit/SHOHAM, Efrat/COJOCARU, Lutz, «Work-related intervention programs: desistance from criminality and occupational integration among released prisoners on parole», *International journal of offender therapy and comparative criminology*, vol. 63, núm. 13, 2019, pp. 2264-2290.

RAYNOR, Peter/UGWUDIKE, Pamela/VANSTONE, Maurice, «The impact of skills in probation work: a reconviction study», *Criminology and criminal justice*, vol. 14, núm. 2, 2014, pp. 235-249.

SKEEM, Jennifer/LOUDEN, Jennifer/POLASCHEK, Devon/CAMP, Jacqueline, «Assessing relationship quality in mandated community treatment: blending care with control», *Psychological assessment*, vol. 19, núm. 4, 2007, pp. 397-410.

TROTTER, Christopher, «Reducing recidivism through probation supervision: what we know and don't know from four decades of research», *Federal probation*, vol. 77, núm. 2, 2013, pp. 43-48.

TROTTER, Christopher, «The impact of different supervision practices in community corrections: cause for optimism», *Australian and New Zealand journal of criminology*, vol. 29, núm. 1, 1996, pp. 29-45.

VAN ZYL SMIT, Dirk/SNACKEN, Sonja, *Principles of European prison law and policy. Penology and human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

VARONA, Daniel, *El sistema punitivo español*, Atelier, Barcelona, 2023.

VARONA, Daniel, «La suspensión de la pena de prisión en España. Razones de una historia de éxito». *Revista española de investigación criminológica*, 17, 2019, pp. 1-36.

VEYSEY, Bonita/OSTERMANN, Michael/LANTERMAN, Jennifer, «The effectiveness of enhanced parole supervision and community services: new jersey's serious and violent offender reentry initiative», *The prison journal*, vol. 94, núm. 4, 2014, pp. 435-453.

VIGLIONE, Jill/TAXMAN, Faye, «Low risk offenders under probation supervision: risk management and the risk-needs-responsivity framework», *Criminal justice and behavior*, vol. 45, núm. 12, 2018, pp. 1809-1831.

VILLETZ, Patrice/GILLIÉRON, Gwladys/KILLIAS, Martin, *The Effects on Re-Offending of Custodial Versus Non-Custodial Sanctions*, Swedish Council for Crime Prevention, Stockholm, 2015.

WASIK, Martin/VON HIRSCH, Andrew, «Non-custodial penalties and the principles of desert», *The criminal law review*, 1988, pp. 555-572.

WILSON, James Q., *Thinking about Crime*, 2ª ed., Vintage Books, New York, 1983.

ZHANG, Sheldon/ROBERTS, Robert/CALLANAN, Valerie, «Preventing parolees from returning to prison through community-based reintegration», *Crime & delinquency*, vol. 52, núm. 4, 2006, pp. 551-571.

ZIMRING, Francis/HAWKINGS, Gordon, *Incapacitation. Penal confinement and the control of crime*, Oxford University Press, New York, 1995.

Jon-Mirena Landa Gorostiza
Universidad del País
Vasco/Euskal Herriko
Unibertsitatea (UPV/EHU)

Andrea Giménez-Salinas Framis
Universidad Pontificia Comillas
-

Sumario

-

La estadística judicial en materia de delitos de odio está lejos de poder presentar registros oficiales regulares y solventes. La presente investigación viene a cubrir en parte el vacío de información sobre cómo está evolucionando la maquinaria judicial en esta materia. Se estudia una muestra representativa de casos judicializados entre los años 2018 y 2022 a partir de la información proporcionada por el CENDOJ. Además de los múltiples resultados que arroja el estudio (sobre las conductas, autores, víctimas...) se constata la tendencia a un crecimiento exponencial de los delitos de expresión de incitación al odio (artículo 510 Código Penal) y el notable – e inquietante – crecimiento de los casos relativos a razones de género.

Abstract

-

Court statistics on hate crimes are far from being able to present regular and reliable official records. The present research comes to fill in part the information gap on how the judicial machinery is evolving in this matter. A representative sample of cases prosecuted between 2018 and 2022 is studied based on the information provided by the CENDOJ. In addition to the multiple results that the study yields (on behaviors, perpetrators, victims...), the trend towards an exponential growth of hate speech crimes (article 510 Spanish Criminal Code) and the remarkable – and disturbing – growth of cases related to gender reasons is noted.

Title: Hate Crime Court Decisions in Spain: a Case Study from 2018 to 2022.

-

Palabras clave: delitos de odio, discurso de odio, incidente de odio, violencia de género, estadística judicial, fallo judicial

Keywords: hate crime, hate speech, hate incident, gender violence, court statistics, sentencing

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.09

-

1.2025

Recepción
12/06/2024

Aceptación
17/01/2025

Índice

-

1. Introducción

2. Objetivos y metodología

2.1. Muestra

2.2. Procedimiento y análisis de datos

3. Resultados

3.1. Hechos

3.2. Acusados

3.3. Víctimas

3.4. Contenido jurídico de las resoluciones judiciales

4. Conclusiones

4.1. Colectivos diana prevalentes

4.2. Conductas delictivas prevalentes

4.3. Impacto de la reforma del Código Penal de 2015 (LO 1/2015)

5. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Los delitos de odio, además del daño individual que causan a los sujetos pasivos directos, tienen un fuerte impacto divisivo en la convivencia por su enorme potencial de envenenamiento de la coexistencia pacífica entre grupos diferentes. Debido a ese particular daño colectivo de amenaza y de incitación al enfrentamiento, un Estado social y democrático de Derecho debe mantener una vocación preventiva especialmente intensa para evitar su proliferación y disminuir su comisión con la mayor eficacia posible. Para ello resulta imprescindible – y preceptivo según los estándares internacionales vinculantes de los derechos humanos – disponer del conocimiento preciso de la realidad empírica¹ de tales comportamientos delictivos y de cómo están funcionando los diferentes mecanismos de prevención y punición. De forma particular resulta clave tener un conocimiento real de cómo están desenvolviéndose – y de hasta qué punto están bien coordinadas – la actuación policial, la intervención de la Fiscalía y la del Poder Judicial. Coordinación entre los agentes estratégicos para ir asentando una visión conjunta del circuito que permita la trazabilidad de los incidentes desde que son denunciados y/o conocidos por la instancia policial hasta que, eventualmente, pueda recaer una condena judicial firme.

La denominada trazabilidad afecta a la manera en que los cuerpos policiales perciben y tratan los incidentes²; a la forma en que posteriormente la Fiscalía impulsa los procedimientos penales; y, finalmente, al Poder Judicial como único habilitado y legitimado para establecer la interpretación de la legislación vigente e imponer, en su caso, las condenas después de un proceso con todas las garantías. Desde el incidente policial al delito según registro oficial por sentencia firme hay todo

* Autores de contacto: Jon-Mirena Landa Gorostiza (jonmirena.landa@ehu.eus) y Andrea Giménez-Salinas Framis (agimenezsalinas@comillas.edu). La presente contribución está relacionada directamente con un estudio más amplio realizado conjuntamente por ambos autores y financiado por el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) dependiente de la Secretaría de Estado de Migraciones (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Gobierno de España) denominado «Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBifobia y otras formas de intolerancia 2018-2022». Es también resultado del (y está financiada por el) Proyecto I+d+i PGC Tipo B, PID2020-115320GB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación (MICIN/FEDER UE), «Delitos de odio en España: retos pendientes». Asimismo se ha beneficiado de una estancia científica de investigación como *visiting scholar* de Jon-Mirena Landa en el centro AC4 (*Advanced Consortium for Cooperation, Conflict and Complexity*) *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.

¹ Realidad que en el caso de los delitos de odio es especialmente propensa a la cifra negra con porcentajes de hasta un 80-90% según colectivos: FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Encouraging Hate Crime Reporting. The Role of Law Enforcement and Other Authorities*, 2021, pp. 5 y 19 ss. Las especiales dificultades para desvelar y reportar la cifra negra de los delitos de odio – tanto en general como por grupos diana – son doctrina asentada en la literatura: por todos, NOLA/AKIYAMA, «An analysis of factors that affect law enforcement participation in hate crime reporting», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 15, 1999, pp.111 ss.; TORRENTE/GALLO/OLTRA, «Comparing crime reporting factors in EU countries», *European Journal of Criminal Policy and Research*, 23(2), 2005, pp. 153 ss.; STERNBERG, «Understanding and Combating Hate» en STERNBERG (ed.), *The Psychology of hate*, American Psychological Association, 2005, pp. 37 ss.; SIN, «Making disablist hate crime visible: Addressing the challenges of improving reporting», en ROULSTONE/MASON-BISH (eds.), *Disability, hate crime and violence*, Routledge, London, 2013, pp.147 ss.; WILLIAMS/TREGIDGA, «Hate Crime Victimization in Wales. Psychological and Physical Impact Across Seven Hate Crime Victim Types», *British Journal of Criminology*, 54, 2014, pp. 946 ss.; XIE/BAUMER, «Crime victims' decisions to call the police: Past research and new directions», *Annual Review of Criminology*, 2(1), 2019, pp. 217 ss.; ZAYKOWSKI/ALLAIN/CAMPAGNA, «Examining the paradox of crime reporting: Are disadvantaged victims more likely to report to the police?», *Law & Society Review*, 53(4), 2019, pp. 1305 ss.; y VERGANI/NAVARRO, «Hate Crime Reporting: The Relationship Between Types of Barriers and Perceived Severity», *European Journal of Crime Policy and Research*, 29, 2021, pp. 111 ss.

² Véase la conceptualización del incidente (o microagresión) – en la línea en la que se usará en esta contribución – más allá de un visión estricta de lo que acabe por determinarse como un delito de odio según condena judicial firme, por todos, SCHWEPPE, «What is a hate crime?», *Cogent Social Sciences*, 7, 2021, p. 7.

un circuito que debe recorrerse de forma armónica y bien trenzada. Desde una visión criminológica, la trazabilidad de los hechos delictivos sería la habilidad de trazar la historia de los hechos delictivos, identificar sus transformaciones y vicisitudes, proceder a su localización y determinar su estado a lo largo del proceso penal. En la actualidad, la gestión de las fuentes de datos principales en Criminología (policiales, judiciales y penitenciarios) depende de organismos que difieren en la recogida de datos, la metodología empleada, la selección de variables y el análisis y presentación de los mismos. Así, en el estado actual de los datos oficiales, tal como se gestionan o publican, no es posible la trazabilidad de los hechos delictivos³.

En el caso concreto de los delitos de odio, se produce el mismo problema que en el resto de delitos, y las discrepancias que se producen entre los datos cuantitativos procedentes de las distintas fuentes no sólo se debe a la latencia o lapso temporal entre el inicio de la identificación de un posible delito de odio hasta su enjuiciamiento final, sino que además se producen discrepancias en la gestión de cada entidad que afectan directamente a la trazabilidad. Concretamente, el Informe de evolución de los delitos de odio del Ministerio del Interior da cuenta de que los hechos conocidos ascienden a 1.802 en 2021; 1.869 en 2022 y 2.268 en 2023. En los años 2021 y 2022 las cifras de la Memoria de la Fiscalía General del Estado muestran la existencia de 92 y 152 sentencias dictadas sobre estos delitos. Dichos datos ofrecen una realidad muy dispar, difícilmente comprensible para los desconocedores de los detalles del procedimiento penal y la medición de los datos policiales y judiciales. Esta disparidad se debe principalmente a la propia arquitectura de los datos de cada institución, al lapso de tiempo que pasa entre el conocimiento del caso y su sentencia final (que no corresponden a momentos temporales iguales) y a las siguientes cuestiones procedimentales: por un lado, la definición de los delitos de odio y los protocolos de actuación son distintos entre las fuentes judiciales y policiales a pesar del esfuerzo realizado en los últimos años. Concretamente la definición del Ministerio del Interior es más amplia que la de la Fiscalía General del Estado ya que incluye además de los delitos recogidos en el Código Penal, infracciones administrativas. Por otro lado, cuando los incidentes de odio recogidos por la policía deben pasar a la Fiscalía delegada de delitos de odio, existe un filtrado importante ya que un gran porcentaje (80-90%) no consiguen llegar por los siguientes motivos: por ser delitos leves o faltas, por existir un sobreseimiento o archivo por falta de autor conocido, por no constituir delito o delito de odio, o por la prescripción del delito⁴.

Por el contrario, cuando esa trazabilidad está bien articulada y puede seguirse – con datos – de forma transparente, homogeniza y ajusta de forma dinámica lo que debe entenderse por delito de odio permitiendo que todos los involucrados vayan aproximando su comprensión del fenómeno y sus estrategias de afrontamiento preventivo y punitivo del mismo. En los últimos años ha mejorado la estadística de incidentes policiales a través de los Informes oficiales del Ministerio del Interior o los informes en otras comunidades autónomas como los del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco⁵. También es creciente la preocupación por

³ GIMÉNEZ-SALINAS/PÉREZ RAMÍREZ, «La trazabilidad de los datos oficiales sobre delincuencia en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 19-2, 2021, pp. 1-23.

⁴ GIMÉNEZ-SALINAS/PÉREZ RAMÍREZ, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 19-2, 2021.

⁵ Los últimos publicados: 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, 2023; y CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022*, Eusko Jaurlaritz-Gobierno Vasco, 2023. Sobre los informes oficiales que publica anualmente la Ertzaintza (Policía autonómica Vasca) véase LANDA GOROSTIZA, «El mapa de odio en el País Vasco. A la vez una reflexión sobre los

mejorar la estadística judicial si nos atenemos a la información y las dificultades que reconocen las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado o del Consejo General del Poder Judicial⁶. Tal preocupación ha encontrado un punto de inflexión en el mandato contenido en la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación* que dispone, 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 definitoria 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. (...)».

A tenor de lo señalado el futuro de la estadística judicial necesariamente debería experimentar un salto cualitativo indispensable, pero mientras tales disposiciones legales se despliegan y armonizan con la estadística policial, son imprescindibles estudios – como el presente – que puedan eventualmente contribuir al estudio del funcionamiento de la selectividad del poder judicial a la hora de filtrar aquellas constelaciones de casos que tienen relevancia penal. Por todo ello, la única forma actual de conocer la realidad del enjuiciamiento de los delitos de odio es a través de la recogida sistemática de sentencias judiciales de diferentes instancias, un trabajo altamente laborioso pero esencial para el conocimiento empírico de la realidad criminal y el funcionamiento del aparato judicial-penal.

El estudio de las resoluciones judiciales que abarca en el informe base de esta contribución desde el año 2018 hasta el año 2022⁷ pero que, al mismo tiempo, integra en su esfera de valoración

delitos de odio y la violencia política en Euskadi, Catalunya e Irlanda del Norte», *InDret Criminología y Sistema de Justicia Penal*, 4, 2018, pp. 1 ss.

⁶ 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. 984; 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; 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. Respecto de este último 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 7 junio 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.

⁷ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.)/ FERNÁNDEZ OGALLAR/GORDON BENITO/MARTÍN SILVA/MONTOYA BAÑOS, *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023. La presente contribución viene a ser una presentación en parte resumida y en parte ampliada de dicho informe.

informes anteriores que cubren los años 2014 hasta el 2017⁸, pretende arrojar luz sobre cómo se está utilizando el arsenal jurídico-penal en el combate de las conductas más graves de intolerancia: qué normas jurídico-penales se usan con más habitualidad en los fallos judiciales, cuántas resoluciones son condenatorias y absolutorias, cuáles son los grupos diana más agredidos a la luz de la tutela judicial desplegada, cuál es el perfil de los agresores, de las víctimas, qué tipo de condenas se imponen, con qué circunstancias y un largo etcétera de variables sobre la etiología registrada judicialmente de este tipo de conductas penales de odio.

La estructura de este estudio se ordena en lo que sigue en tres partes diferenciadas: en la primera, se asientan los objetivos, las definiciones de partida y se describe la metodología seguida y sus limitaciones. La segunda parte, describe los resultados atendiendo a factores geográficos, temporales, de motivaciones discriminatorias o factores de polarización de los supuestos contemplados para, a continuación, abordar los perfiles de acusados y víctimas, cerrando con un volcado de datos penológicos y relativos a otras cuestiones jurídicas de las resoluciones. La tercera parte, final, sintetiza las principales conclusiones y tendencias que se derivan del conjunto del proyecto.

El estudio, más allá de la multitud de variables sobre el que se proyecta, y más allá también de la riqueza de información que se desprende fruto de la amplia base de datos confeccionada al efecto, tiene una doble virtualidad que se refleja en sus conclusiones y que debe ahora adelantarse. En primer lugar, permite visualizar a día de hoy el mapa de odio según los tipos delictivos más habituales en las resoluciones judiciales y también el mapa de colectivos diana haciendo emerger la foto judicial registrada de la agresividad según grupos prevalentes de este tipo de criminalidad. Con otras palabras, permite rastrear qué conductas castigan mayoritariamente los tribunales y qué grupos son los más afectados. En segundo lugar, ayuda a visibilizar y evaluar los efectos de la Reforma del Código Penal que se produjo en el año 2015 (LO 1/2015) que, al modificar, esencialmente, tanto la agravante del artículo 22.4 CP como el artículo 510 CP (discurso de odio criminalizado), ha tenido, como se verá, el efecto de hacer variar sustancialmente tanto los tipos penales más recurrentes como la distribución de los fallos según los propios colectivos victimizados.

2. Objetivos y metodología

El principal propósito del estudio⁹ que se presenta constituye el análisis de una muestra de resoluciones judiciales publicadas entre los años 2018 y 2022 en relación con hechos constitutivos de delitos odio. Con ello se pretende ofrecer una fotografía sobre las resoluciones judiciales publicadas en el periodo de estudio y no tanto un análisis de una muestra

⁸ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/PÉREZ MANZANO/CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ/JORDÁ SANZ/DÍAZ IZQUIERDO, *Análisis de casos y sentencias en materia de Racismo, Xenofobia, LGTBifobia y otras formas de intolerancia 2014-2017*, 2019.

⁹ Los resultados presentados en este estudio forman parte, como ya se ha indicado, de un estudio más amplio financiado por el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) dependiente de la Secretaría de Estado de Migraciones denominado «Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBifobia y otras formas de intolerancia 2018-2022» que también ha sido publicado en la página web del OBERAXE: https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/publicaciones/documentos/documento_0159.htm (último acceso 7 junio 2024).

representativa de los delitos de odio en nuestro país¹⁰. Concretamente, se pretendía profundizar en cuatro dimensiones: a) los aspectos generales con los hechos delictivos descritos; b) el perfil y las características de las personas acusadas por dichos hechos; c) el perfil y las características de las víctimas que han sufrido directamente las consecuencias de los hechos analizados y d) otras cuestiones jurídicas principalmente relacionadas con las penas impuestas.

Para proceder con el estudio y profundizar en el análisis de las resoluciones judiciales relacionadas con delitos de odio se han establecido una serie de definiciones operativas y criterios de exclusión e inclusión que han permitido recopilar una muestra de casos de odio enjuiciados entre los años 2018-2022.

En primer lugar y como definición operativa de delito de odio se han incluido en el estudio los siguientes artículos del Código Penal:

- El artículo 170.1 CP referido al delito de amenazas dirigidas a aterrorizar un grupo étnico, cultural o religioso, o un colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas.
- El artículo 173.1 CP referido al trato degradante y menoscabo de la integridad moral, sólo en los casos revisados en los que se constatará un motivo de odio.
- El artículo 174 CP que castiga la tortura cuando ésta se produzca por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación.
- El artículo 314 CP relacionado con el delito de discriminación en el ámbito laboral.
- El artículo 510 y 510.bis CP sobre el delito de incitación al odio, la violencia o la discriminación.
- El artículo 511 CP referido al delito de denegación de una prestación por el particular encargado de un servicio público o por el funcionario público.
- El artículo 512 CP de denegación de prestaciones en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales.
- El artículo 515.4 CP referido al delito de asociación ilícita para promover el odio, la violencia o la discriminación.
- Del artículo 522 al 526 CP relacionados con los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos.
- Los artículos 607 y 607 bis CP referidos a delitos de genocidio y lesa humanidad.
- Finalmente, todos los delitos en los que se haya aplicado la circunstancia agravante del artículo 22.4 CP.

Además de que versaran sobre alguno de los delitos de odio del elenco previamente mencionado y que se hubieran dictado en el periodo de estudio, se establecieron los siguientes criterios de inclusión en la muestra final:

- Que el delito integrara un elemento de odio o la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4 CP.
- Que existiera una mención explícita al odio en la argumentación jurídica de la sentencia o auto.

¹⁰ Por este motivo se han seleccionado todas las resoluciones judiciales que cumplieran los criterios de admisión definidos en el estudio no sólo las sentencias condenatorias. El objetivo era proceder a un análisis criminológico y jurídico de los hechos judicializados en el periodo de estudio.

- Que se constatará discurso de odio¹¹ en los hechos objeto de acusación o declarados probados.

Los delitos de terrorismo no son estrictamente delitos de odio, pero se ha considerado su inclusión en determinadas circunstancias y estableciendo los criterios específicos siguientes:

- Se han considerado como conductas de comunicación tipificadas como de apoyo o apología (del ideario) de un grupo terrorista las siguientes: en el delito de colaboración (artículo 577.2 CP): «adoctrinamiento»; en el delito de exaltación (artículo 578 CP): «exaltación» o «justificación» del terrorismo; en el delito de pre-provocación (artículo 579.1 CP): «difusión de mensajes o consignas»; y en la provocación a delitos de terrorismo (artículo 579.2 y 3 CP): «incitar» o «provocar».
- Se ha considerado la conducta tipificada en el artículo 578 CP junto con la exaltación de delitos o autores terroristas, la de humillación de las víctimas. En estos supuestos, cabe suponer que toda conducta típica de humillación de las víctimas implica un discurso del odio hacia ellas.
- Que en los supuestos mencionados en los apartados anteriores, a la luz de los hechos contemplados se dé una base para que la tipificación no fuera de delito de terrorismo sino delito de odio.

Finalmente, la irrupción del género ha tenido, sin duda, un impacto cualitativo, pero también cuantitativo en los casos judicializados por conductas de odio. Dicho impacto se ha manifestado en una elevadísima cifra de casos en que se producía la aplicación de la agravante de género a tipos delictivos como homicidios, asesinatos, lesiones, o delitos contra la libertad sexual y un largo listado de tipos penales¹² en los que se acumulaban fallos tanto de violencia de género en sentido estricto, como de supuestos dirigidos contra mujeres que carecían de la condición de pareja o expareja. Un criterio, por tanto, sería el de identificar todos los supuestos de aplicación de la agravante en el entendido de que, *per se*, implica una adscripción estadística a los delitos de odio. Otro criterio hubiera sido el de intentar discriminar delitos de odio contra la mujer como una categoría distinta y separada de la violencia de género en sentido estricto. Ahora bien, no hay un criterio ni jurisprudencial ni doctrinal claro y definitivo sobre cuál debe ser dicha clave de distinción en la medida en la que hay una discusión abierta sobre el fundamento de diferenciación de ambos¹³. Tomar sólo los supuestos de violencia contra la mujer que no esté

¹¹ Este criterio se ha aplicado en dos constelaciones de casos: a) cuando se ha constatado un ataque genérico a un colectivo específico al que pertenece la víctima, como, por ejemplo, la etnia, el género, la religión, la discapacidad, etc.; y b) cuando se han proferido insultos contra la víctima motivados por su pertenencia a los colectivos mencionados.

¹² Delitos del artículo 153, 171, 172, 172ter CP; pero también de tipo expresivo (artículo 510 CP); contra los sentimientos religiosos (artículo 526 CP) u otros de índole muy variada (artículo 163, 169, 202, 263, 468 CP...).

¹³ En efecto en la actualidad es objeto de controversia y está lejos de alcanzarse un estado de discusión pacífico, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina, respecto de la cuestión de cuándo – y sobre la base de qué fundamento – debe aplicarse la agravante (por razones y/o identidad) de género tanto dentro como fuera de lo que pueda considerarse el círculo de delitos de violencia de género en sentido estricto. Véase, por todos, con ulteriores referencias, sólo LANDA GOROSTIZA, «Capítulo IV. Derecho penal sustantivo: la violencia sexual», en ETXEBERRIA GURIDI (dir.)/OTAZUA ZABALA (coord.)/ETXEBARRIA ESTANKONA coord.), *La mujer víctima de violencia. Análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul*, IVAP, Oñati, 2022, p. 246 ss.; también 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, p. 9 ss.; y 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?*, Bosch,

inmersa en una relación de pareja o ex pareja, sería, a nuestro juicio, una decisión que no posibilitaría una visión global real de la violencia de «género» en un sentido amplio. Pero una consideración de todos los supuestos hubiera supuesto una distorsión respecto del conjunto de variables del estudio por el enorme número de casos, ya que la violencia de género tiene unas características criminológicas muy determinadas con patrones de gravedad sustancialmente diferentes respecto de otros grupos (piénsese, por ejemplo, en los perfiles del autor o de la víctima o en la gravedad de los casos – por ejemplo, con decenas de homicidios, asesinatos...). Por ello se ha tomado la decisión de segregar estos datos del conjunto de la muestra salvo alguna mención final en las conclusiones finales. Como veremos, conviene ajustar el foco de estudio a un mapa de odio que abarque tres franjas fundamentales con exclusión de la violencia contra la mujer: los colectivos étnicos, los colectivos sexuales (esencialmente homofobia y transfobia) y otros grupos.

2.1. Muestra

La muestra de sentencias seleccionada fue proporcionada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), a partir del repositorio de resoluciones del CENDOJ. Al respecto de la disponibilidad de las resoluciones judiciales incluidas en el CENDOJ debemos hacer una precisión que supone, a su vez, una limitación de la representatividad de la muestra seleccionada. Debemos advertir que la selección obtenida incluye principalmente las sentencias dictadas por órganos colegiados, tal como se comentará en los resultados. Estos órganos tienen la obligación de remitir todas las sentencias por ellos dictadas, lo que no obsta para que en el CENDOJ existan resoluciones de órganos unipersonales. Sin embargo, en el conjunto de resoluciones judiciales suministradas existe una infrarrepresentación importante de resoluciones de los Juzgados de lo Penal ya que solo suponen el 6,2% de la muestra final.

La muestra final de hechos calificados como delitos de odio ha quedado finalmente en 177 casos (Tabla I). De las 2.400 resoluciones judiciales enviadas, solamente 177 de los hechos enjuiciados cumplían los requisitos de inclusión establecidos para el estudio. Las razones que explican que se hayan seleccionado tan pocos casos son las siguientes:

- La muestra suministrada incluía muchas sentencias y autos de delitos ajenos al objeto de estudio.

Barcelona, 2019, p. 91 ss.; y la reflexión de fondo, muy crítica, con la punición de colectivos identitarios (aunque excluyendo de su reflexión precisamente el artículo 22.4 CP) incluyendo delitos por razones de género de Díez RIPOLLÉS, «Los colectivos identitarios y la tutela penal», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26-01, 2024, pp. 39 ss. (p. 42 en particular respecto de la tutela de la mujer y su equiparación a un colectivo identitario) y *passim*.

Parece ir también en la línea de una política criminal autónoma, y no mezclada con otros colectivos, la nueva Directiva UE 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica al incluir en su artículo 8, de forma específica, la obligación de incriminar la incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos con mención exclusiva a los grupos definidos por el género, con el siguiente tenor: «1. Los Estados miembros garantizarán que sea punible como delito incitar intencionadamente a la violencia o al odio contra un grupo de personas o un miembro de dicho grupo, definido por referencia al género, publicando, mediante TIC, material que contenga esa incitación. 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 sea probable que perturben el orden público, o bien sean amenazantes, abusivas o insultantes».

- Dado que en la muestra se encontraron varias resoluciones judiciales referidas al mismo caso, se decidió establecer como unidad de análisis el suceso o caso ocurrido. Por este motivo, siempre el número de casos es inferior al de resoluciones judiciales.
- Como ya se ha indicado, el amplio conjunto de resoluciones relativas a la discriminación por motivos de género ha quedado esencialmente fuera del análisis.

A continuación, se muestra en la Tabla I, los casos que finalmente se incorporaron a la muestra final después de haber recibido casi 2.400 resoluciones judiciales.

Tabla I. Distribución de la muestra de casos seleccionados para el análisis

Muestra inicial sin seleccionar	Muestra final seleccionada (N=177)	
	Tipo de delitos	n (%)
2.400 resoluciones judiciales	Delitos de odio	36 (20,3%)
	Agravante 22.4 CP	28 (15,8%)
	Delito de odio y agravante 22.4 CP	3 (1,7%)
	Discurso de odio ¹⁴	110 (62,1%)
Acusados		296
Víctimas		206

2.2. Procedimiento y análisis de datos

Al inicio de la investigación se generó una lista de variables que debían recogerse de los hechos considerados delitos de odio en el periodo de estudio. Dichas variables y sus categorías respondían a las dimensiones relacionadas con anterioridad coincidentes con los objetivos de la investigación:

a) Cuestiones genéricas relacionadas con los hechos: número y fecha de la sentencia, fecha de los hechos, lugar de los hechos, fallo de la sentencia (absolutorio, condenatorio o ambos), órgano que dicta la sentencia (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Nacional, Juzgado de menores y Juzgado de lo penal), delito principal objeto de condena, motivo de la discriminación (racista o étnico, antisemita, gitanismo, ideología política, religión o creencias, nacionalidad, orientación e identidad sexual, discapacidad, aporofobia, varios y otros), factores de polarización (los 13 indicadores que se encuentran definidos en el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) y los medios de acometimiento (presencial o virtual);

b) El perfil de los acusados incluidos en la resolución judicial como el número de acusados por caso, el sexo, la nacionalidad (regiones geográficas: Europa, América Latina y Centroamérica, África y Asia), la edad y la pertenencia a un grupo identificable (extrema derecha o izquierda, independentismo catalán o vasco, islamista y ultras de fútbol);

c) El perfil y características de las víctimas recogidas en la resolución judicial como el número, el sexo, la nacionalidad (regiones geográficas: Europa, América Latina y Centroamérica, África y

¹⁴ Se incluyen en esta categoría, principalmente el artículo 510 CP y otros delitos en los que se constate un discurso de odio en los hechos objeto de acusación o declarados probados. Se han incluido finalmente también hechos referidos a los artículos 577 y 578, 197 y 169 CP.

Asia), la edad, su pertenencia a un grupo (minoría étnica, religiosa o colectivo vulnerable, extranjero, tendencia política clara y miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad) y su relación con el acusado (conocido o desconocido), el motivo de la relación de conocimiento entre la víctima y agresor (relación laboral, de amistad, pareja o expareja);

d) Aspectos relativos a las penas impuestas en las resoluciones como el número y tipo de penas por acusado, la duración de las mismas, la aplicación de circunstancias agravantes, atenuantes y eximentes; la existencia de denuncias previas y otras cuestiones jurídicas como la adopción de medidas cautelares, la existencia y motivos de las absoluciones, la existencia de testigos, la condena a responsabilidad civil o nulidades. A continuación, se creó una base de datos con el paquete estadístico SPSS (versión 24) que incluyó 305 variables.

Respecto al procedimiento de revisión y volcado de información se procedió de la siguiente forma. Se hizo una primera revisión de las resoluciones enviadas por el CENDOJ como resultado de la búsqueda inicial (n=2.400) y se descartaron aquellas que no respondían a los criterios de inclusión en la muestra final. A continuación, se procedió a una segunda revisión de la muestra final para incluir la información en la base de datos creada *ad hoc* para el estudio.

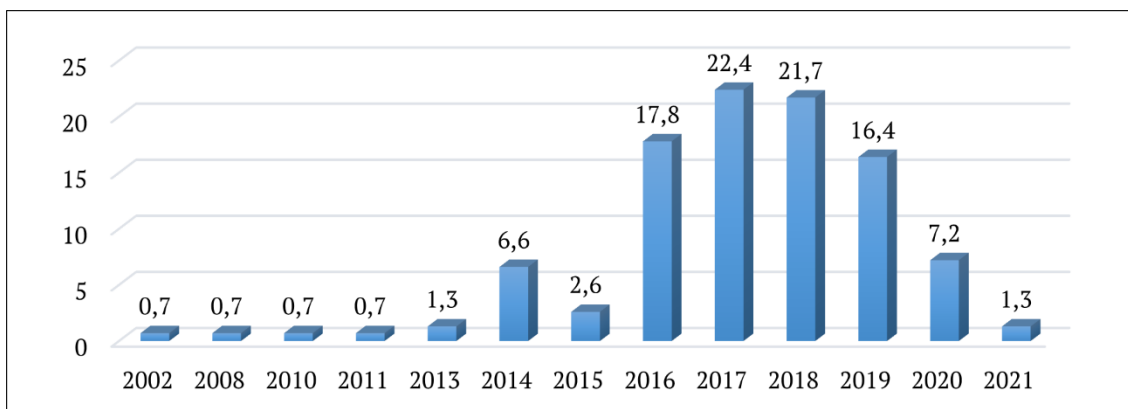
Finalmente, en el análisis de los datos se han empleado estadísticos descriptivos y tablas de contingencia sobre la muestra de las resoluciones judiciales de delitos de odio.

3. Resultados

3.1. Hechos

Los hechos delictivos analizados en la muestra se produjeron en el intervalo entre los años 2002 y 2021, a pesar de que las resoluciones judiciales se publicaron en el periodo comprendido entre 2018 y 2022. Como se advierte en la Figura I, los casos ocurrieron mayoritariamente entre los años 2016 y 2020 (61,9%). En este sentido y teniendo en cuenta las fechas de producción del delito y de las sentencias, se calculó la media en la demora en el enjuiciamiento, siendo ésta de 2,81 años (1033,39 días).

Figura I. Distribución anual de los casos de odio analizados en la muestra (N=152)

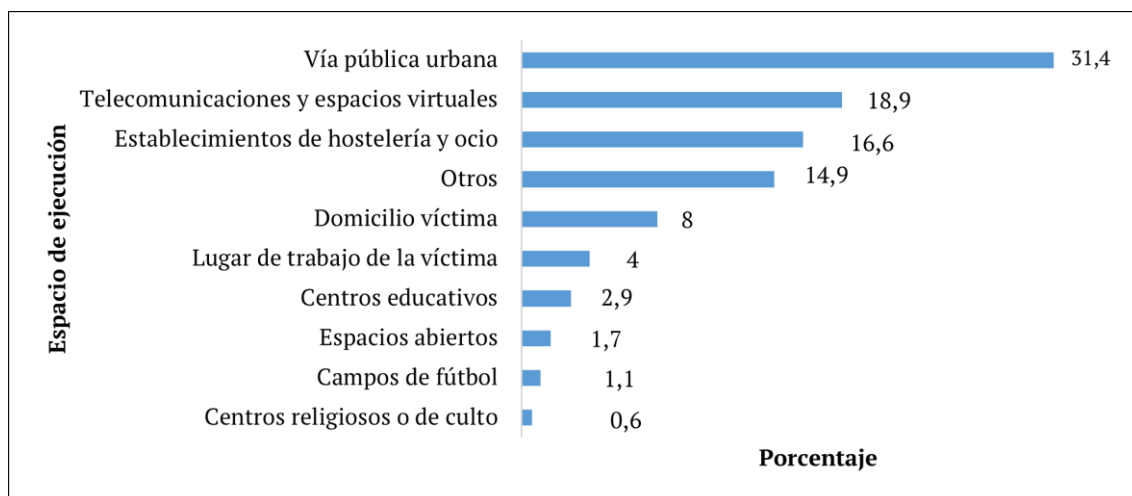


En referencia a las características de los hechos, el tiempo y lugar de ocurrencia, los meses de mayor incidencia de los hechos constitutivos de delitos de odio son octubre (16%), junio (12%),

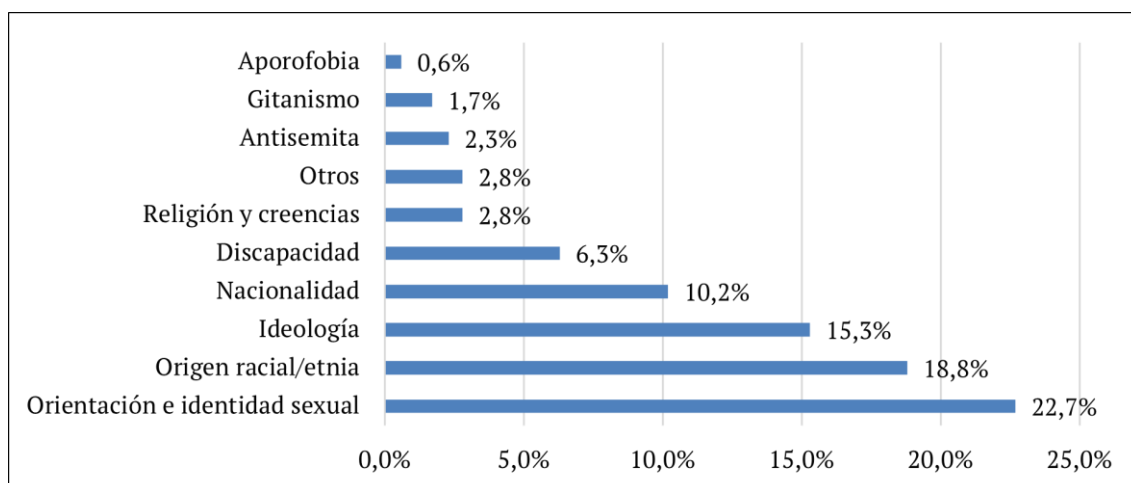
marzo (11,3%) y julio (9,3%), no viéndose en dichos datos un patrón de incidencia estacional claro. Lo que sí se aprecia en la referencia temporal semanal es que los hechos analizados se concentran principalmente en los fines de semana ya que ocurrieron el 33,1% de los mismos, y la franja horaria más frecuente durante el día es la tarde, que acumula el 41% de los casos, seguida de la noche (30%) y la mañana (29%). Por otro lado, en cuanto a la temporalidad de la acción, también abundan mayoritariamente los hechos que han sido puntuales y ocasionales (70%) y son más excepcionales los que se producen de forma continuada (30%).

La forma de acometimiento de los hechos es mayoritariamente presencial, ocurriendo así en el 79% de los casos. Solo un cuarto de los casos analizados se desarrolla completamente en el espacio virtual y el 3% en forma presencial y virtual al mismo tiempo. Cuando analizamos pormenorizadamente el lugar de ocurrencia de los hechos, tal y como se muestra en la Figura II, comprobamos que el espacio prioritario de ejecución de los hechos es de carácter público y no privado. Concretamente, el 50,3% se producen en espacios públicos: en la vía pública (31,1%); en establecimientos de hostelería y ocio (16,4%), campos de fútbol o espacios abiertos (2,8%). El resto (39%) se produce en espacios de carácter privado ya sea a través de internet o a través de las redes sociales (18,6%), en el domicilio de la víctima (7,9%), en lugares de trabajo de la víctima o en centros educativos o religiosos (12,5%). Existe un 14,9% de otros lugares de ocurrencia que no se han clasificado en las categorías anteriores.

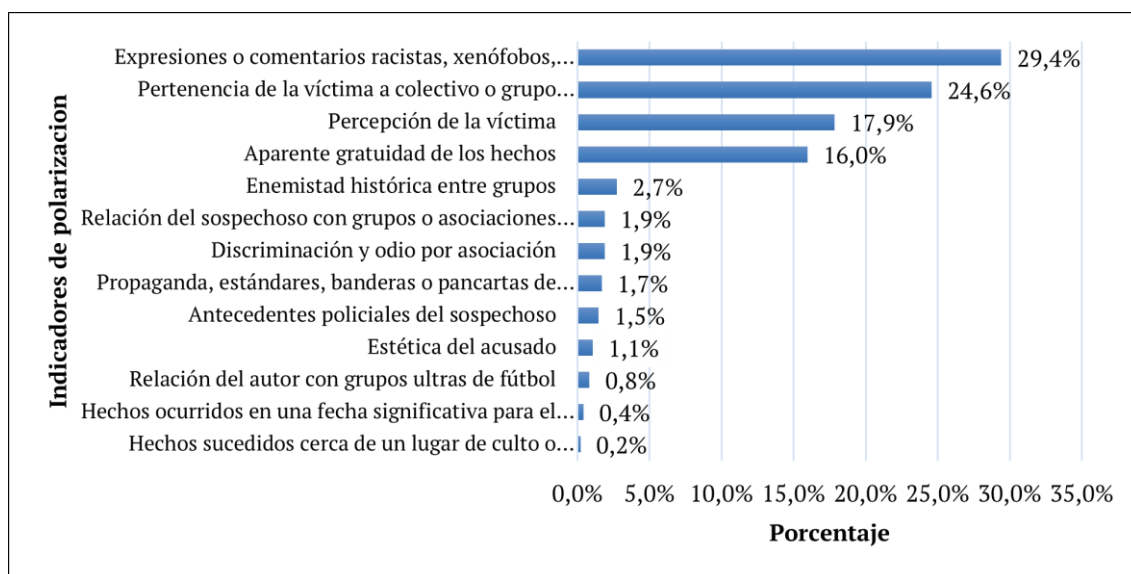
Figura II. Distribución del espacio de ejecución de los hechos analizados



Otra información relevante la constituye el motivo de discriminación por el que se ha producido el hecho enjuiciado. A continuación, en la Figura III, podemos observar la distribución de dichos motivos donde se puede comprobar que el motivo discriminatorio por la orientación e identidad sexual es el más frecuentemente encontrado en las resoluciones judiciales (22,7%), seguido de la discriminación por motivos raciales o étnicos (22,8%, incluyendo el antisemitismo y el gitanismo), de la motivación ideológica (15,3%) y de la discriminación por la nacionalidad (10,2%). En menor proporción se han identificado las motivaciones discriminatorias por discapacidad (6,3%), por creencias religiosas (2,8%) y aporofobia (0,6%).

Figura III. Distribución de los casos por motivos discriminatorios

El análisis de los motivos discriminatorios se complementa también con el que se refiere a los indicadores de polarización que se incluyen en las resoluciones judiciales y que hacen referencia a una lista tasada de indicios cuya inclusión es recomendada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Concretamente, en el *Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de odio y Conductas que vulneran las Normas legales de Discriminación del Ministerio del Interior de 2020*¹⁵ se definen estos indicadores como una serie de elementos que deben ser recopilados e incorporados al atestado policial con el fin de dotar a fiscales y jueces de indicios racionales de criminalidad que permitan formular cargos de imputación y, en su caso, condenas. De los análisis realizados en torno a estos indicios, se refleja que cuantitativamente, lo más habitual es que el número de indicadores presentes en los casos sea uno (27,1%) seguido de cuatro (23,7%), tres (22,6%) y dos (18,6%).

Figura IV. Distribución de la presencia de indicadores de polarización (n=476)

¹⁵ Disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/Delitos-de-odio/descargas/PROTOCOLO-DE-ACTUACION-DE-LAS-FUERZAS-Y-CUERPOS-DE-SEGURIDAD-PARA-LOS-DELITOS-DE-ODIO-Y-CONDUCTAS-QUE-VULNERAN-LAS-NORMAS-LEGALES-SOBRE-DISCRIMINACION.pdf> (último acceso 7 junio 2024).

Por otro lado, respecto a qué tipo de indicadores son los más frecuentes, dentro de los 476 identificados en todas las resoluciones judiciales, la Figura IV nos muestra que el indicador con mayor presencia es el referido a las expresiones o comentarios racistas, xenófobos, homófobos o vejatorios (29%), seguido del de pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo minoritario (25%). Con menor frecuencia se han identificado los indicadores referidos a la percepción de la víctima (18%) y la aparente gratuidad de los hechos (16%). El resto de ellos apenas tienen presencia en las resoluciones judiciales analizadas.

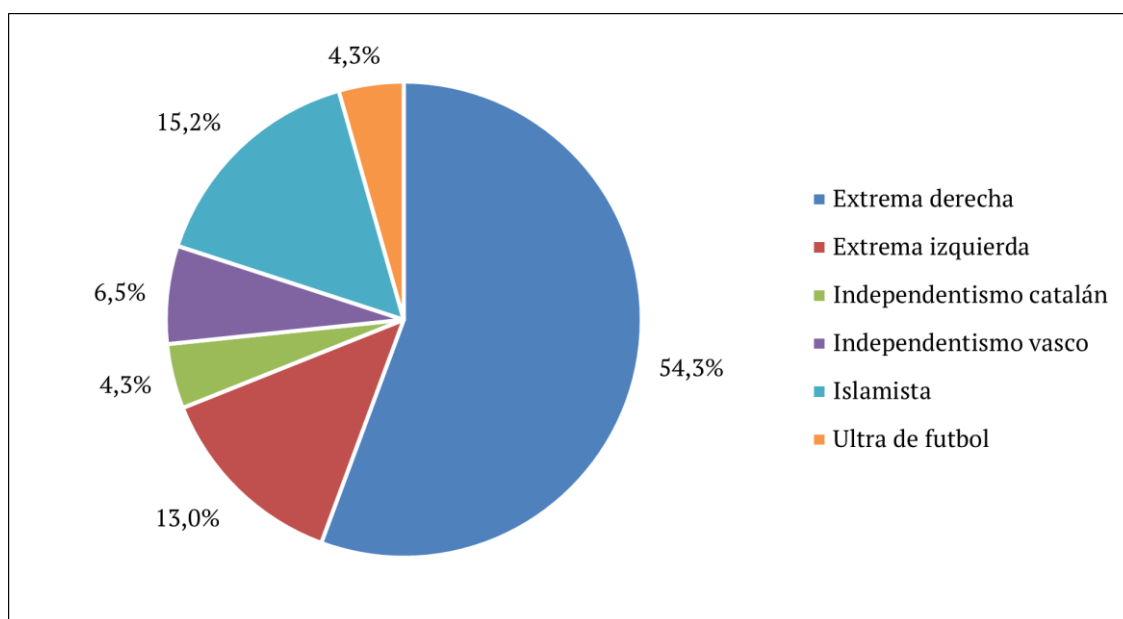
3.2. Acusados

Del análisis de los 288 acusados que ha protagonizado nuestros casos, podemos identificar un perfil característico. Los acusados son mayoritariamente hombres (86%), mayores de edad preferentemente (79,9%), y de nacionalidad española (79,9%). Cuando éstos son extranjeros (20,3%) proceden de países africanos o latinoamericanos.

Por otro lado, la mayoría de los acusados actúa en nombre propio y no pertenece a un grupo identificado como colectivo particular. De hecho, los casos analizados suelen estar mayoritariamente protagonizados por un solo acusado (70%) y cuando son más de uno, lo más frecuente es que sean tres o más (17%), seguido de dos (13%). Cuando existe más de un acusado la motivación discriminatoria identificada suele estar relacionada con el origen racial o étnico, la ideología política o la orientación e identidad sexual.

Lo hechos en los que los acusados no actúan en nombre propio sino que se infiere que pertenecen o tienen alguna vinculación a un colectivo o grupo no son muy frecuentes (15,3%), sin embargo, es interesante analizar qué grupo está detrás de esta actuación como fuente de la motivación discriminatoria.

Figura V. Grupo de pertenencia de los acusados (N=46)



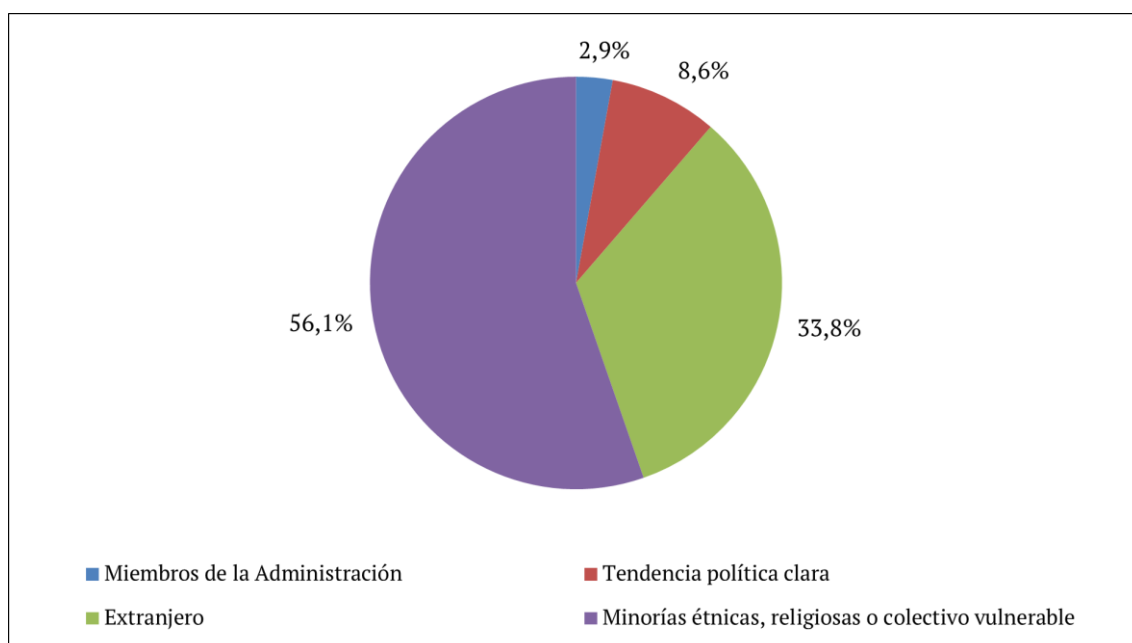
En la Figura V, aparece la distribución de los casos en los que los acusados pueden estar vinculados a un grupo que puede identificarse por su ideología, etnia u otra característica. En este sentido, destacan mayoritariamente los acusados que se asocian con grupos caracterizados por una ideología concreta. Concretamente, de forma mayoritaria aquellos relacionados con un colectivo con una ideología de extrema derecha (54,3%), en menos proporción nos encontramos con acusados vinculados a grupos de ideología de izquierdas (13%) y de forma minoritaria, aquellos vinculados con grupos independentistas catalanes (4,3%) o vascos (6,5%). Menos representativa es la pertenencia de los acusados a grupos caracterizados por su etnia, como el colectivo étnico islámico (15,2%) o por su seguimiento deportivo como los grupos ultras de fútbol (4,3%).

Finalmente, en referencia a la violencia empleada en los hechos analizados, se advierte que la violencia extrema o letal es algo sumamente excepcional como se produce en la mayoría de los hechos delictivos en España. Se ha identificado el uso o empleo de arma u objeto peligroso en solo 7% de los casos, lo que indica que las agresiones físicas como manifestación del odio discriminatorio son minoritarias frente una mayoría de casos manifestados por delitos de expresión a través de un mero discurso discriminatorio.

3.3. Víctimas

El análisis de las 139 víctimas incluidas en la muestra ofrece un perfil algo diferente al de los acusados. En mayor proporción son hombres (64%), pero con una proporción de mujeres superior a la de los acusados (36%). También son mayoritariamente mayores de edad (89%) y, en su gran mayoría, extranjeras (83,3%). Estas víctimas extranjeras proceden principalmente de países latinoamericanos (Ecuador, Venezuela y Colombia), y africanos (Marruecos y Senegal).

Figura VI. Grupo de pertenencia de las víctimas (N=139)



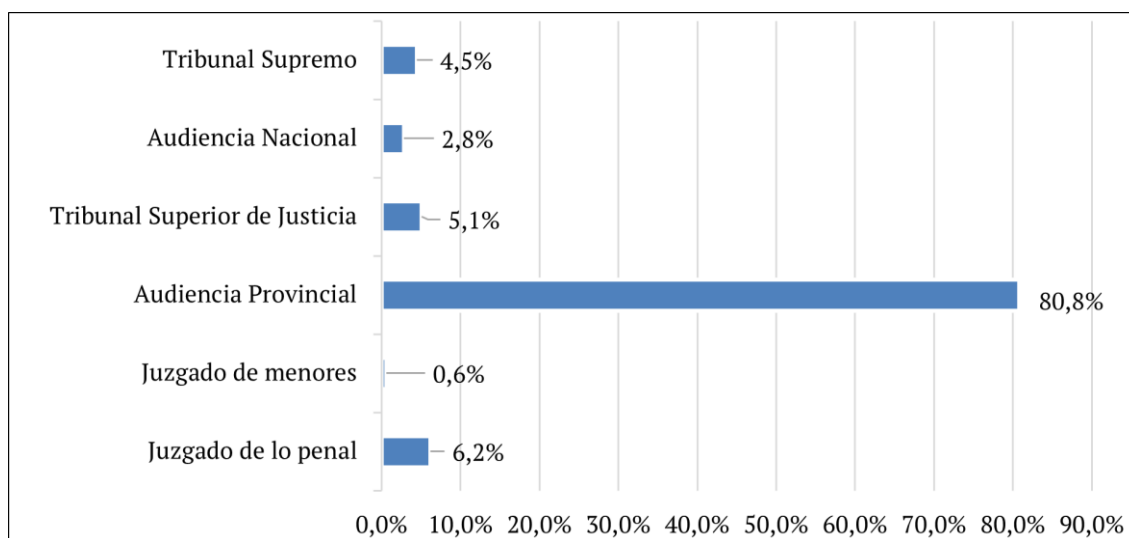
Al igual que se ha mostrado con los acusados, se pretendió clasificar las víctimas según su pertenencia a un colectivo étnico o nacional o teniendo en cuenta algún elemento común o identificador. Se puede ver en la Figura VI, que la mayoría de ellas pertenece a una minoría étnica o colectivo religioso o vulnerable (56,1%), en segundo lugar nos encontramos aquellas víctimas que son extranjeras y no nacionales (33,8%). En mucha menor proporción se han identificado las víctimas que sí pertenecen a algún grupo con tendencias políticas de algún tipo (8,6%) y aquellas víctimas pertenecientes a las fuerzas y cuerpos de seguridad (2,9%).

Finalmente, respecto a las víctimas y los acusados se ha analizado la existencia o no de una relación ocasional o permanente entre ellos/as para identificar si es más frecuente que se produzcan los hechos motivados por el odio entre conocidos o desconocidos. Pues bien, los casos analizados se producen mayoritariamente entre personas desconocidas, siendo la motivación ideológica la más habitual cuando no existe una relación entre la víctima y el agresor. Únicamente en un 33% de los casos se advirtió un conocimiento entre ellos previo a la comisión del delito. En estos casos, lo más habitual es que este previo conocimiento no implique una relación identificable o permanente sino que sea casual (66,7%). Y menos habitual (27,3%) es que exista una relación, ya sea laboral o escolar (21%), de pareja (4,2%) o de amistad (2,1%).

3.4. Contenido jurídico de las resoluciones judiciales

Como comentábamos en la parte metodológica, la selección de las resoluciones judiciales a través del CENDOJ conlleva limitaciones a la representatividad de las mismas ya que, como se advierte en la Figura VII, el 81% de las sentencias corresponden a hechos enjuiciados por la Audiencia Provincial, lo cual influye considerablemente en los casos que finalmente han sido objeto de estudio en la muestra. En muy escasa proporción tenemos resoluciones originadas en los Juzgados de lo Penal (6,2%). El resto proceden del Tribunal Supremo (4,5%), Audiencia Nacional (2,8%) y Juzgados de menores (0,6%).

Figura VII. Órgano judicial que dictó la sentencia (N=177)



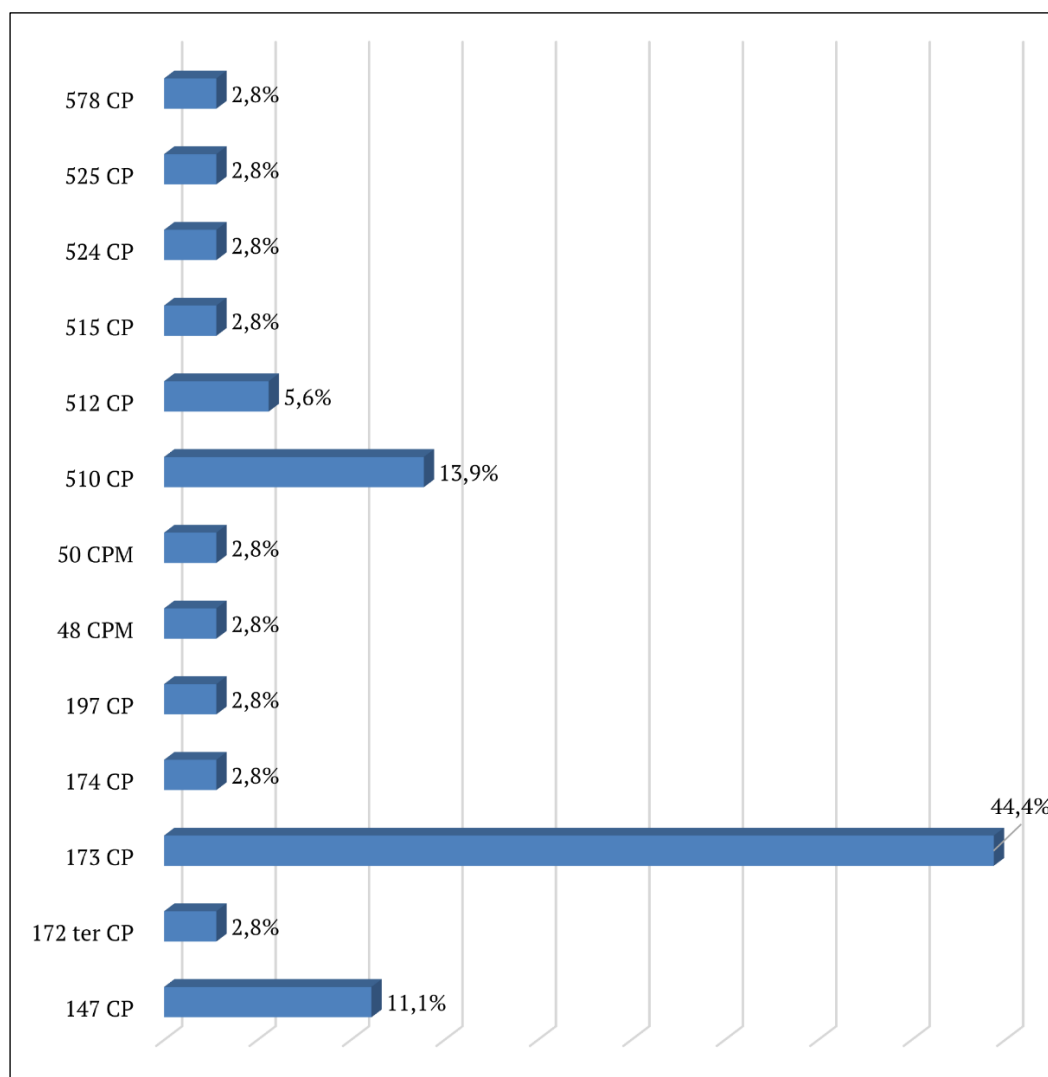
La mayoría de los fallos de los casos analizados son condenatorios (65%), el 24% son absolutorios y el resto son mixtos (11%). Respecto a los fallos condenatorios, podríamos destacar que la ideología política (18,4%) es la motivación discriminatoria más habitual. En cambio, en los fallos

absolutorios la motivación más frecuente es la discriminación por la orientación e identidad sexual (26,2%), seguida de la de origen racista/étnica (23,8%).

El análisis de la distribución en la aplicación de los delitos incluidos como delitos de odio en los casos analizados nos muestra que, por un lado, los delitos más frecuentes encontrados en la muestra son los delitos de discurso de odio del artículo 510 CP (62%), los de lesiones de los artículos 147-148 CP (10,6%) y los de trato degradante del artículo 173.1 CP (10,2%). Entre los «delitos de odio» propiamente dichos, dejando a un lado la agravante del artículo 22.4 CP y el discurso de odio, se dan preferentemente los delitos contra la integridad moral del artículo 173.1 CP (44,4%).

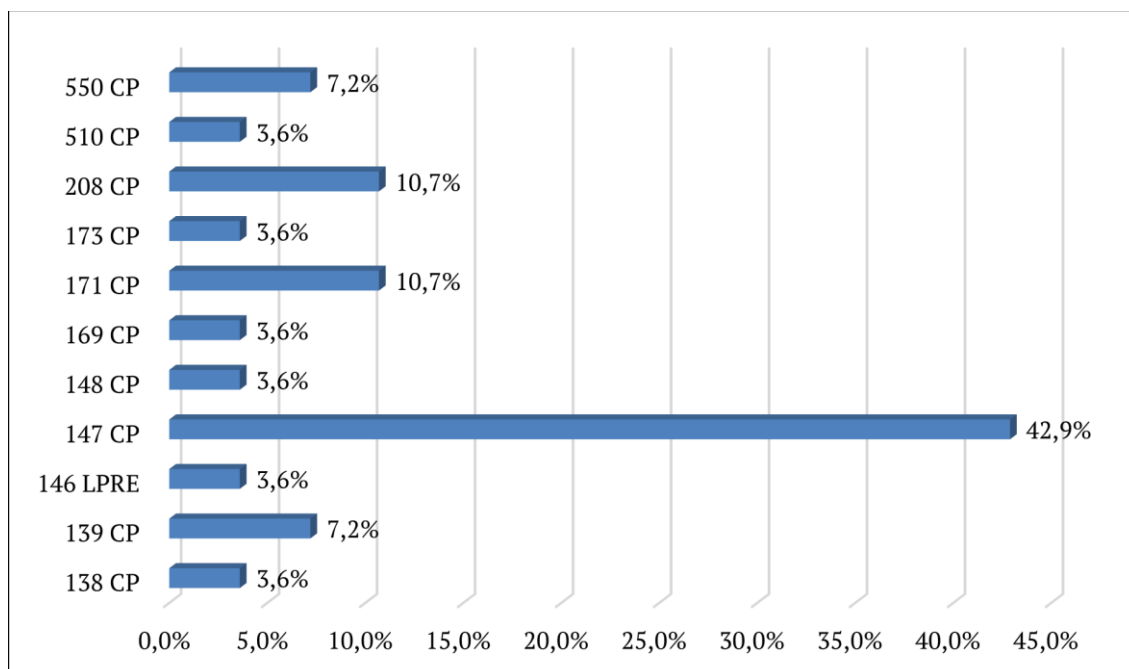
Al realizar un análisis en mayor profundidad de los delitos incluidos en tres sub-muestras de foma dividida (delitos de odio, aplicación de la agravante del artículo 22.4 CP y casos de discurso de odio) podemos reconocer cuál es la distribución pormenorizada. Los delitos más prevalentes dentro de los calificados como delitos de odio (Figura VIII) son el artículo 173 CP – trato degradante – (44,4%), seguido del artículo 510 CP – delito de incitación al odio, la violencia o la discriminación – (13,9%) y el artículo 147 CP – delito de lesiones – (11,1%).

Figura VIII. Distribución por calificación jurídica de los delitos en la submuestra de delitos de odio (N= 36)



Por otro lado, la circunstancia agravante del artículo 22.4 CP solo se ha aplicado en el 16% de los casos, preferentemente en casos de odio por orientación e identidad sexual (22,7%), origen racial/étnico (18,7%) e ideología política (15,3%). En el 16,5% de los casos se trataba de una motivación múltiple. En la Figura IX se puede apreciar la calificación jurídica de los hechos a los que se les aplica la circunstancia agravante del artículo 22.4 CP. Los más frecuentes son el artículo 147 CP (42,9%), el artículo 171 CP (10,7%), el artículo 208 CP (10,7%), en menor proporción el artículo 550 CP y el artículo 139 CP (7,2%), y finalmente los artículos 510, 173, 169, 148 CP y 146 LPRE (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General), con un porcentaje del 3,6%. Sólo hay tres casos en los que se califica con un delito de odio además de la agravante del artículo 22.4 CP: en ellos se aplicó el artículo 173, 147 y 138 CP junto con la agravante del artículo 22.4 CP.

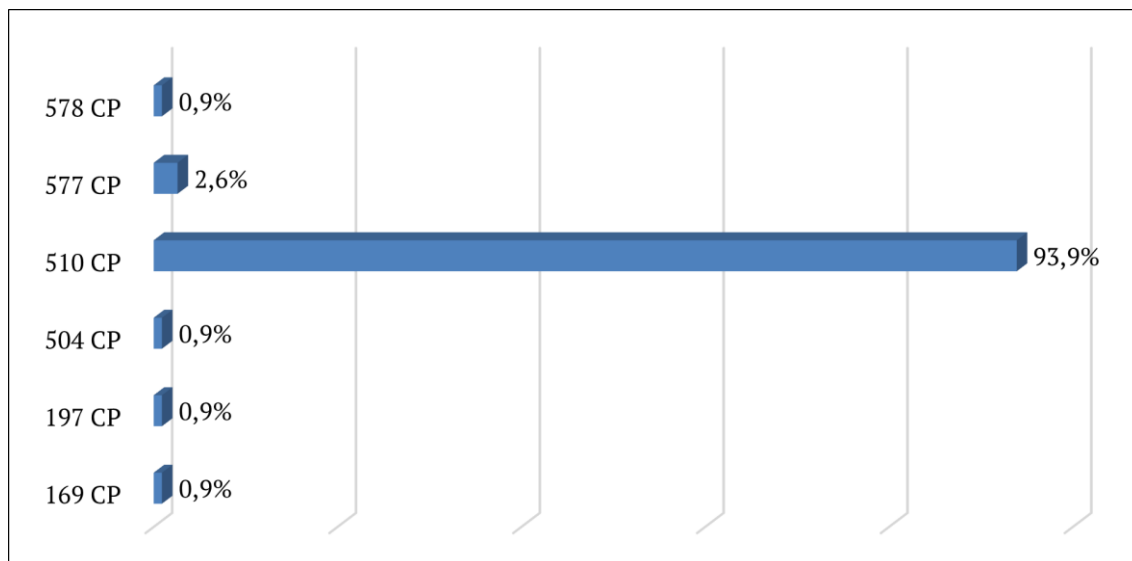
Figura IX. Calificación jurídica de los delitos en la sub-muestra de aplicación de la agravante 22.4 CP (N=28)



Entre los casos calificados en la categoría de discurso de odio, encontramos mayoritariamente los delitos del artículo 510 CP y, en muy pequeña proporción, los delitos de los artículos 577, 578, 504, 197 y 169 CP.

En cuanto a las penas impuestas, el número de penas más frecuentemente impuestas a cada acusado (rango de 0 a 9 penas) ha sido de tres (22,3%), cuatro (18,2%) y dos (17,4%). Si analizamos la muestra por el tipo de pena impuesta, nos encontramos que la pena de prisión es la más frecuente (33,3%), con una duración media de poco más de un año (en concreto: 1 año, 1 mes y 4 días). Seguidamente se imponen penas de multa (23%) y de la inhabilitación especial para el sufragio pasivo (20,3%). En menor proporción se aplican otras penas de inhabilitación especial (12,5%) y la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima o los perjudicados (7,7%), entre otras.

Figura X. Calificación jurídica de los delitos en la sub-muestra de discurso de odio (N=110)



En la aplicación de estas penas no se advierten diferencias según la nacionalidad de los acusados ya que entre españoles y extranjeros no hay prácticamente diferencias. En cambio, sí se han advertido diferencias en función del género. Por un lado, el porcentaje de imposición de pena de prisión a hombres es superior (36,5%) al de las mujeres (30%). De forma coincidente ocurre con el porcentaje de imposición de la inhabilitación especial para el sufragio pasivo que es superior para los hombres (25,6%) que para las mujeres (10%). En el caso de las multas, la diferencia se invierte de sentido entre mujeres y hombres ya que el porcentaje de imposición de pena de multa a los hombres es inferior (16,3%) al de las mujeres (32%).

El examen de las circunstancias agravantes y atenuantes aplicadas muestra que la circunstancia agravante más aplicada, como es lógico, es la del artículo 22.4 CP. De entre las circunstancias agravantes obtenidas en la muestra, la del artículo 22.4 CP concentra la totalidad de casos de antigitanismo y el 66,7% de todos los casos relativos a la motivación por origen racial/étnico. La circunstancia agravante del artículo 22.2 CP (disfraz, abuso de superioridad), en cambio, concentra el 75% de todos los casos relativos al odio por la nacionalidad de la víctima. Por otro lado, de entre las circunstancias atenuantes aplicadas, destaca la de dilaciones indebidas (34%) y la de reparación del daño a la víctima (24%), siendo aplicadas varias circunstancias atenuantes en el 24% de los casos.

En referencia a los antecedentes por hechos similares o diferentes, existen denuncias previas en el 24% de los casos de la muestra, concentrándose preferentemente en los hechos calificados como discurso de odio (61,9%), y destaca sobre todo en los casos de odio debido a la nacionalidad de la víctima (33,3%) y en los de odio por origen racial/étnico (31,2%).

Por otro lado, la medida cautelar aplicada con más frecuencia es la de la libertad provisional para el acusado (47,1%), seguida de la prisión preventiva (20,6%) y la prohibición para los acusados de aproximarse y/o comunicarse con la víctima (20,6%). Por último, se destaca la orden de alejamiento impuesta al acusado, que se aplica en el 11,8% de los casos. La duración de estas

medidas suele ser, mayoritariamente, de hasta un año (46% de los casos). Si relacionamos la adopción de medidas cautelares con los motivos discriminatorios, éstas se aplican preferentemente entre los casos de ideología política (29,6%).

Finalmente, en referencia a la responsabilidad civil para el acusado, se ha solicitado en el 55% de los casos y en un 49% se ha impuesto.

4. Conclusiones

El estudio, más allá de la pluralidad de datos sectoriales que arroja, permite establecer una serie de conclusiones de índole más general sobre determinados aspectos de la respuesta penal que, en el periodo considerado (2018-2022), parece perfilarse. Son conclusiones que apuntan, en primer lugar, a qué tipo de colectivos agredidos son los más prevalentes. En segundo lugar, se pondrá el foco en la clase de conductas y la tipificación jurídico-penal que las resoluciones judiciales estudiadas contienen de forma mayoritaria. Por último esta investigación permite respaldar la hipótesis que se cifra en que la reforma legislativa del Código penal de 2015 (LO 1/2015) ha influido en una redirección de la maquinaria jurídico-penal en el sentido de activar determinados tipos penales – relativos sobre todo al nuevo artículo 510 CP – que previamente parecían condenados al ostracismo. Expongamos a continuación, con cierta detención, estos tres apartados ilustrando los mismos con referencias al derecho comparado e incorporando, al mismo tiempo, información crítica sobre algunas de las líneas de jurisprudencia más relevantes.

4.1. Colectivos diana prevalentes

La muestra analizada arroja, siquiera de forma preliminar¹⁶, un particular mapa del odio desde el punto de vista de los colectivos-diana más prevalentes. La descripción de dicho mapa pretende, por tanto, dar en forma de conclusión o síntesis una visión global de cómo impactan en términos cuantitativos las conductas sobre las que recae un fallo judicial (condenatorio en su mayoría) y precisamente en atención al tipo de colectivo contra el que se dirigen aquéllas. Su función es visualizar en porcentajes cómo opera la selectividad de la maquinaria judicial colectivo por colectivo. Y es que las cifras porcentuales más elevadas de asuntos fallados respecto de un colectivo pueden tomarse como termómetro relativo de la intensidad de la agresividad de las conductas registradas en sede judicial o, si se prefiere, como punto de referencia de la necesidad tendencial de despliegue de tutela penal respecto de cada grupo.

Una consideración de conjunto de las sentencias y resoluciones de los casos analizados (N=176) arroja un mapa, como enseguida vamos a precisar, en el que se destacan fundamentalmente tres

¹⁶ Las limitaciones resultan evidentes en la medida en que se maneja, como ya se señalaba al principio de este trabajo, una muestra de resoluciones de una fuente (el CENDOJ) que, de partida, prioriza un tipo de documentos (el de órganos judiciales colegiados frente a – aunque sin excluir – los unipersonales). A ello se añade que las resoluciones consideradas pueden ser condenatorias (mayoritariamente) o absolutorias. Y, por último, no en todas las resoluciones de la muestra se ha podido identificar con precisión el grupo diana (así al menos en 29 supuestos de 176: véase supra la tabla de distribución de casos por motivaciones discriminatorias), siendo de ello la razón, en una parte significativa de los casos, que se trataba de discriminación múltiple pero en los que no se ha podido adscribir con un criterio homogéneo el grupo-diana dominante y, por tanto, han quedado segregados del cálculo general de tendencia que se va a indicar en lo que sigue. En todo caso, las tendencias pueden ser válidas dentro – y en función de – estas limitaciones.

franj¹⁷: la primera y mayoritaria que comprende lo que vamos a denominar como colectivos «étnicos» (más de la mitad del total); en segundo lugar se encontraría la franja de los grupos atacados por su orientación y/o identidad sexual (en torno a un cuarto del total); y, finalmente, una tercera franja que identifica otro tipo de colectivos (discapacidad, aporofobia...) con porcentajes mucho más reducidos. Una tal distribución¹⁸ resulta homologable si la comparamos con algunos de los países más relevantes de nuestro círculo de cultura jurídica¹⁹. Y es que los

¹⁷ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4 CP 1995*, 2018, p. 15 s.

¹⁸ Deben también mencionarse, aunque no se trate de referencias homologables (incidentes policiales *versus* resoluciones judiciales), los datos tanto del último informe disponible del Ministerio del Interior como de los informes del País Vasco o Navarra y que arrojan las siguientes cifras:

En España, durante 2022 se registraron 1.869 delitos e incidentes de odio, de los cuales 73 se corresponden con infracciones administrativas. De los 1.796 delitos de odio restantes, 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%).

En Euskadi, durante el año 2022 se registraron 438 incidentes de odio potencialmente delictivos, de los cuales 3 se corresponden con infracciones administrativas. De los 435 delitos de odio restantes (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%).

En Navarra, entre los años 2016-2020 se registraron 137 incidentes de odio, de los cuales 6 se corresponden con infracciones administrativas. De los 131 delitos de odio restantes, en función del colectivo protegido, obtenemos la siguiente distribución: ideología (41,98%), racismo/xenofobia (22,14%), orientación o identidad sexual (15,27%), creencias o prácticas religiosas (9,92%), sexo/género (4,58%), antigitanismo (4,58%), discapacidad (1,53%), enfermedad (0,76%) y discriminación generacional (0,76%).

Las cifras señaladas, aunque incluyen también datos de sexo-género (que no se contabilizaron, sin embargo, en la muestra de este estudio) traslucen, en términos estructurales, un mapa del odio – aproximado – de 2/3 de colectivos étnicos frente a 1/4 de colectivos sexuales y una franja más residual de otros colectivos, estos últimos con porcentajes mucho más reducidos. A mayor abundamiento, véase MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España 2022*, 2023, pp. 10 y 36; CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022*, 2023, pp. 8-12; CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/GOBIERNO DE NAVARRA, *Informe de incidentes de odio de Navarra 2016-2020*, 2021, pp. 6-8.

¹⁹ De conformidad con los datos recogidos por la CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022*, 2023, pp. 44-67, en Inglaterra y Gales, constan 155.841 delitos de odio registrados en 2021/22. A su vez, constan 163.322 factores motivacionales involucrados en los delitos referidos. En función del colectivo protegido, obtenemos la siguiente distribución: origen racial (67,25%), orientación sexual (16,01%), diversidad funcional (8,72%), religión (5,34%) e identidad transgénero (2,67%).

En Escocia, constan 6.927 delitos de odio registrados en 2021/22. Si bien pueden existir múltiples marcas de odio vinculadas a un único delito de odio, obtenemos la siguiente distribución por colectivos: origen racial (58,13%), orientación sexual (25,30%), diversidad funcional (7,53%), religión (6,52%) e identidad transgénero (2,52%).

En Irlanda del Norte, constan 3.157 incidentes de odio registrados en 2021/22, siendo 2.285 los delitos vinculados a tales incidentes. En función del colectivo protegido, obtenemos la siguiente distribución: origen racial (39,56%), sectarismo (37,46%), orientación sexual (14,88%), diversidad funcional (4,94%), identidad transgénero (1,62%) y religión (1,53%).

Según datos extraídos de la OSCE, la distribución por colectivos en Reino Unido (en concreto, en Inglaterra/Gales e Irlanda del Norte, habiéndose excluido Escocia) en 2021 sería la siguiente: racismo/xenofobia (56,94%), anti-LGTBI (17,05%), diversidad funcional (7,59%), anti-musulmán (6,82%), otras religiones o creencias (4,98%), antisemitismo (3,78%), sin especificar (1,46%) y anticristiano (1,38%).

En Francia, constan 12.449 infracciones delictivas (crímenes, delitos y contravenciones) cometidas por odio en 2021. Entre otras, se registraron 3.790 infracciones de índole homófoba o tránsfoba, 589 antisemitas y 339 islamófobas. Según datos extraídos de la OSCE, la distribución por colectivos en Francia en 2021 sería la siguiente:

colectivos diana se pueden presentar agrupados en tres franjas principales definidas de la siguiente manera. En primer lugar, se encontrarían los grupos «étnicos» que aceptan, al mismo tiempo, una versión más restrictiva o una más expandida y omnicomprendiva. El colectivo étnico, en sentido estricto, incluye a aquellos grupos cuyo factor identitario se construye en términos sociales en torno al color de la piel («raza») o factores definitorios de una cultura, lengua, historia e identidad propias (al margen de – pero incluyendo – que éstos se materialicen en la conformación jurídico-política de una nación o Estado). A tal colectivo étnico en sentido material estricto pertenecerían los grupos clasificados en este estudio como relativos a la «raza» (racismo), los sub-grupos semitas (antisemitismo), gitano (antigitanismo) y también los definidos según el origen nacional o la nacionalidad. Lo «étnico» en muchos países de nuestro entorno no comprende ni incluye, sin embargo, en las previsiones legales la referencia a grupos puramente ideológicos. Además se tiende a diferenciar y a segregar de forma más expresa los grupos religiosos de aquellos otros grupos étnicos en sentido estricto ya mencionados.

Sin embargo, un entendimiento amplio de lo que supone la etnicidad podría incluir también a esos sub-grupos de tipo puramente ideológico y a los grupos religiosos o identificados por sus creencias. De esa manera podríamos distinguir un concepto más amplio o expandido de lo étnico (49,1%) en el que se incluyen todos los grupos mencionados en primer lugar (raza, origen semita, pertenencia a etnia gitana o nacionalidad) y además los grupos de tipo religioso (o según las creencias) y los de carácter puramente ideológico: lo étnico en sentido amplio, por tanto, incluiría también los motivos «religión/creencias» e «ideología (política)» (50,9%).

El container étnico, en sentido amplio, constituye por tanto un suelo fértil de configuración de identidades – una primera franja – que tiene una lógica común y que supone en este estudio más de la mitad de los supuestos sobre los que recaen los fallos judiciales (50,9%). En un sentido estricto, lo étnico desciende a porcentajes del 32,8% (motivación racista, antisemita, gitanismo, etnia y nacionalidad) con un porcentaje restante de constelaciones de casos por ideología política del 15,3% y de la religión (o creencias) del 2,8%.

La ideología política es una categoría *sui generis* cuyos casos tienden a estar integrados o diluidos en las dinámicas agresivas de delincuencia por odio contra los grupos diana por racismo o xenofobia. Así sucede, paradigmáticamente, con las constelaciones de casos con perpetradores de inspiración neonazi como ejemplo histórico más evidente del racismo y supremacismo ario. En tales supuestos las agresiones motivadas por ideología del espectro nazi o neo-nazi no se clasifican legalmente como delitos de odio «ideológicos» sino, más bien, como conductas de odio

racismo/xenofobia (40,30%), anti-LGBTI (27,18%), anti-cristiano (16,80%), antisemitismo (11,54%) y anti-musulmán (4,17%).

En Alemania, constan 10.501 incidentes relacionados con los delitos de odio (Hasskriminalität) en 2021. En función del colectivo protegido, si bien contabilizando motivaciones múltiples, obtenemos la siguiente distribución: xenofobia (40,60%), anti-extranjero (20,81%), antisemitismo (13,30%), racismo (12,23%), orientación sexual (3,82%), islamofobia (3,22%), identidad sexual y de género (1,49%), delitos de odio (0,93%), anti-alemán (0,92%), estatus social (0,66%), diversidad funcional (0,52%), anticristianismo (0,48%), antigitanismo (0,48%), otra pertenencia étnica (0,36%), y otra religión (0,17%).

Según datos extraídos de la OSCE, la distribución por colectivos en Alemania en 2021 sería la siguiente: racismo/xenofobia (63,35%), antisemitismo (20,76%), anti-LGBTI (5,97%), anti-musulmán (5,02%), género (2,33%), diversidad funcional (0,81%), anticristiano (0,75%), anti-romaníes (0,75%) y otras religiones o creencias (0,26%).

Los datos indicados constatan la dominancia clara (sobre los 2/3 o sustancialmente más según los países) de la franja étnica, colocándose igualmente la franja de colectivos sexuales en segundo lugar.

xenófobo o racista. La consideración, por el contrario, de constelaciones de casos en el contexto de enfrentamiento dialéctico «agresivo» a partir de ideologías partidistas no necesariamente minoritarias e incluso con amplia representación parlamentaria (por ejemplo, insultos incluso agresiones entre miembros de partidos legales de derecha o de izquierda más o menos «extrema»), es un fenómeno diferente que suele quedar excluido de su tipificación como delito de odio en nuestro entorno jurídico (no se incluye la categoría «ideología» en el tipo penal). La discusión con cierto grado de hostilidad o el enfrentamiento agresivo entre grupos políticos tiende, por tanto, a segregarse del registro de los delitos de odio. Sólo países como Alemania (más atenta a la clasificación de las conductas según los perpetradores y no las víctimas²⁰) o Irlanda del Norte²¹ (con la categoría de violencia sectaria²²) representan en este sentido una excepción que confirma la regla. En el caso de España la alta cifra de grupos de casos sobre los que recaen fallos judiciales por aplicación de la normativa de delitos de odio por razones ideológicas resulta, por ello, muy llamativa²³.

²⁰ En Alemania durante el año 2021 se constatan 33.476 hechos delictivos con un trasfondo extremista dentro de la categoría general de delitos de motivación política y dentro de lo mismos cabe el siguiente desglose: 20.201 se adscriben a la criminalidad políticamente motivada de derechas (60,34%; caída del 9,64% respecto al año anterior), 6.142 a la criminalidad políticamente motivada de izquierdas (18,35%; caída del 7,39%), 409 a la criminalidad políticamente motivada por ideología religiosa (1,22%; sin variación) y 776 a la criminalidad políticamente motivada por ideología extranjera (2,32%; incremento del 17,40%); por último, 5.948 hechos con trasfondo extremista (17,77%; incremento del 107,61%) no habrían podido ser adscritos a ninguna de las categorías anteriores. CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022, 2023*, p. 63. En el año 2022 el número total de delitos con trasfondo extremista se incrementó ligeramente hasta la cifra de 35.452 y con una estructura de desglose muy similar a la expuesta del año 2021 (aunque con una bajada en el extremismo de izquierda y una subida del de ideología extranjera). BUNDESMINISTERIUM DES INNERN UND FÜR HEIMAT, *Verfassungsschutzbericht 2022, 2023*, p. 25. Más recientemente, sin embargo, en el año 2023, se ha producido un significativo incremento tanto de los delitos motivados políticamente, en general, incluido el aumento de su categoría mayoritaria relativa a la criminalidad de extrema derecha como, en particular, a partir del ataque de Hamas y la guerra en Gaza (octubre 2023), de la de tipo antisemita (5164). En conjunto en el año 2023 se han incrementado los delitos motivados políticamente un 1,89% (60.028) alcanzando el máximo histórico desde que se tienen registros (año 2001). Los delitos motivados por extremismo de derecha han subido un 23% (28.945 hechos delictivos) y los delitos de odio en sentido estricto (*Hasskriminalität*) aumentan un 48% (hasta casi los 17.000). También sube la criminalidad políticamente motivada de ideología extranjera (33%; 5170), de ideología religiosa (200%; 1458), o la de ideología de izquierdas (11%; 7777): BUNDESMINISTERIUM DES INNERN UND FÜR HEIMAT, *Pressemitteilung, 21. Mai 2024*.

²¹ Ya hemos indicado que en Irlanda del Norte constan 3.157 incidentes de odio registrados en 2021/22, siendo 2.285 los delitos vinculados a tales incidentes: pues bien de ellos, según el colectivo protegido, la raza representa el 39,56% pero la categoría sectarismo – diferenciada de la anterior y que no se incluye como tal en la estadística de Inglaterra y Gales – asciende nada menos que a un 37,46%. CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022, 2023*, p. 56 ss. En el año 2022/23 el número total de incidentes asciende a 3151 siendo los delitos vinculados a dichos incidentes 2265 con una estructura del mapa de colectivos esencialmente similar y en particular con 1238 incidentes (39,28%) de tipo sectario (y 921 delitos asociados a aquéllos). POLICE SERVICE OF NORTHERN IRELAND, *Trends in Hate Motivated Incidents and Crimes Recorded by the Police in Northern Ireland 2004/05 to 2022/23*, 2023, p. 6.

²² Definida por el servicio de estadística de la siguiente manera: «The term “sectarian”, whilst not clearly defined, is a term almost exclusively used in Northern Ireland to describe incidents of bigoted dislike or hatred of members of a different religious or political group. It is broadly accepted that within the Northern Ireland context an individual or group must be perceived to be Catholic or Protestant, Nationalist or Unionist, or Loyalist or Republican. However sectarianism can also relate to other religious denominations, for example, Sunni and Shi’ite in Islam.» POLICE SERVICE OF NORTHERN IRELAND, *Trends in Hate Motivated Incidents and Crimes Recorded by the Police in Northern Ireland 2004/05 to 2022/23*, 2023, p. 4.

²³ 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.

El segundo referente grupal en el mapa de colectivos lo representan los colectivos sexuales. En este estudio una consideración amplia de la muestra recibida que incluyera la aplicación de la agravante del artículo 22.4º en supuestos de «género» cambiaría radicalmente la visión global. Y es que, en el periodo considerado, de los 418 casos, 241 se clasificarían como de violencia de género: un 57,8%. En tal caso los colectivos étnicos representarían no el grupo diana mayoritario, sino el segundo lugar con porcentajes entonces del 21,1% (colectivos étnicos en sentido amplio) o del 13,7% (colectivos étnicos en sentido estricto).

Si no se consideran los casos de violencia de género, como hemos venido sosteniendo en el estudio (n=177), el resultado de peso relativo de los colectivos sexuales nos remite únicamente a aquellos supuestos de «orientación e identidad sexual» que representarían el 22,7%.

El resto de colectivos, como una tercera franja, agruparía a sectores sociales que responden a factores constitutivos como la enfermedad, diversidad funcional/discapacidad, edad, situación familiar, exclusión social, o aporofobia. Esta tercera franja registra únicamente un 6,3% de los casos registrados en la categoría de personas con discapacidad y un 0,6% en la de aporofobia.

En síntesis: este estudio arroja un mapa de colectivos-diana homologable con las tendencias de nuestro entorno y con los datos de incidentes policiales en la medida en que se distinguen tres franjas de colectivos: la de grupos étnicos (incluidos religión o creencias e ideología) que representaría más de la mitad del conjunto de casos; la de los colectivos sexuales (transfobia y homofobia, excluido el género y toda violencia contra la mujer) que representarían casi un cuarto de la muestra; y, en tercer lugar, una franja de otros grupos (esencialmente discapacidad y aporofobia) con porcentajes muy reducidos.

4.2. Conductas delictivas prevalentes

Este mapa delictivo pretende visualizar de forma global cuál es la tipología de delitos dominante entre los fallos judiciales objeto de la muestra. Al igual que señalábamos en el mapa de colectivos, en la medida en que la mayoría de los fallos son de tipo condenatorio, este apartado contribuirá a hacer visibles las tendencias de registro según las conductas criminales más prevalentes y su gravedad.

Como criterio principal de clasificación vamos a partir de una aproximación «binaria» según se trate de delitos de expresión (delitos de odio *con palabras*) frente a delitos de odio en sentido estricto (o delitos de odio *con hechos*)²⁴. En los primeros se incluyen aquellas conductas agresivas que consisten, esencialmente, en manifestaciones de pura expresión, sean verbales o a través de otros soportes comunicativos. Se trata, en definitiva, de la «agresión con palabras» como son los casos de incitación al odio, la violencia o la discriminación (artículo 510), amenazas y (un amplio conjunto de casos de) coacciones (artículo 169 ss.), injurias (artículos 208 y 504), delitos contra los sentimientos religiosos (artículo 524 ss.) y apología del terrorismo (artículo 578)²⁵. También

²⁴ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4 CP 1995*, 2018, pp. 49 ss. y 117 ss.

²⁵ En el estudio desarrollado GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.)/FERNÁNDEZ OGALLAR/GORDON BENITO/MARTÍN SILVA/MONTOYA BAÑOS, *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, p. 23, aunque se parte de que los delitos de terrorismo no son estrictamente delitos de odio, se ha considerado, sin embargo, que era posible incluirlos en determinadas circunstancias y estableciendo criterios muy claros y específicos (véase *supra* apartado 2) dirigidos a favorecer una aproximación inclusiva.

se pueden considerar en este primer bloque la mayoría de las conductas que se incardinan en el delito de trato degradante del artículo 173 CP como categoría inespecífica que tiende a desplegar una función de recogida de supuestos frontera²⁶. Su fuerza expresiva reconduce la antijuricidad de la conducta y su daño potencial al nivel simbólico y de movilización de hostilidad entre grupos a través del envenenamiento comunicativo. En términos comparados responde en esencia a la tendencia político-criminal de los delitos de propaganda²⁷ y se corresponde con el estándar universal que se desprende del artículo 4 de la Convención Internacional sobre todas las formas de discriminación racial de 1965²⁸.

El segundo bloque, sin embargo, consiste esencialmente en conductas base que terminan por agravarse (o que incorporan por inherencia tal factor) en la medida en que el delito se dirige también contra todo un colectivo conectando así la antijuricidad y el daño individual de partida (homicidios, lesiones, daños, etc.) con otro más de índole colectivo por cuanto instrumentalizan los hechos para la propaganda contra el grupo. Esta dinámica agresiva por vía fáctica, por medio de los hechos, responde más a la evolución político-criminal de los países del *common law* y particularmente a la de los Estados Unidos de América²⁹. Los delitos de odio con hechos

Para un certero análisis de la situación jurisprudencial y del debate doctrinal sobre la interferencia entre los delitos de odio y terrorismo con propuestas de criterios de delimitación entre discurso de odio en sentido estricto (artículo 510) y apología del terrorismo (artículo 578) véase, por todos, CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, 2019, *passim*.

²⁶ E incluso como calificación alternativa a la de incitación al odio, la discriminación y la violencia del artículo 510: como botón de muestra véase el fallo de la STS 437/2022, Penal (Sección 1ª), 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, en la que se califican los hechos como integrantes de un delito del artículo 510.2.a (por el que se condena en concurso de leyes con el artículo 173.1 CP pero con aplicación del principio de especialidad – artículo 8.1 – en favor del primero).

²⁷ Véanse los antecedentes históricos que ligán esta tendencia desde la Ley de Prensa francesa de 1819 hasta el párrafo 130 (Volksverhetzung) del Código penal alemán en GARRO CARRERA, «Los discursos de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en LANDA GOROSTIZA/GARRO CARRERA (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 29 ss.

²⁸ «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.»

Véase al respecto solo THORNBERRY, *The International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A Commentary*, 2016, pp. 267 ss.

²⁹ BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6th ed., 2023, pp. 224 y 221 ss.; LEVIN, «La legislación sobre los delitos de odio en Estados Unidos: un análisis histórico y contemporáneo», en LANDA GOROSTIZA/GARRO CARRERA (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 166.

incorporan en su núcleo los delitos más graves o de «eliminación» (palizas, muertes, agresiones sexuales...). Comprende, según los datos registrados en este estudio, los delitos contra la vida (artículo 138 ss.), las lesiones (artículo 147 ss.), la tortura (artículo 174), revelación de secretos (artículo 197), delito de discriminación (artículo 512), delitos de asociación (artículo 515), terrorismo (artículo 577), y delito de atentado y resistencia (artículo 550)³⁰.

Podría partirse de la hipótesis de que tanto los incidentes policiales registrados oficialmente en España como los estudios sobre los fallos judiciales apuntan a una sobrerrepresentación de la detección y posterior enjuiciamiento y fallo de los delitos de expresión en detrimento de los delitos más graves con hechos. Tal estructura se refleja de forma muy acusada en este estudio hasta el punto de que los delitos con hechos representarían el 18,6% (entre los que las lesiones ascienden a un total del 10,2% y si se añaden homicidios hasta un 12,4%) frente a un 79,6% de delitos de expresión, con un porcentaje de delitos fallados con base en el artículo 510 de nada menos que del 61,6%. Sin duda, la reforma del Código Penal por LO 1/2015 que transformó radicalmente el tenor literal de este precepto central (artículo 510) que criminaliza amplios sectores del discurso del odio, parece haber abierto definitivamente la puerta a una aplicación³¹ de este tipo penal³².

Una consideración integrada de los delitos de género recogidos inicialmente en la muestra de este estudio³³, por el contrario, generaría un mapa delictivo de conjunto en el que los delitos con hechos escalarían hasta el 56,8% frente a los delitos con palabras que se reducirían correlativamente hasta el 40,4%.

En cualquiera de los dos escenarios se confirma una sobrerrepresentación de los delitos de expresión frente a los delitos agravados cuando estos últimos vienen, sin embargo, a concentrar tendencialmente las conductas más graves como pueden ser agresiones físicas (lesiones), homicidios o asesinatos, agresiones contra la libertad sexual, o delitos de daños como vehículo de transmisión de amenazas individuales y colectivas. La fotografía de la actividad judicial estaría reflejando una judicialización de conductas materialmente preparatorias si se interpreta que los delitos expresivos – y en particular el artículo 510 CP – son una suerte de adelantamiento de la barrera de protección para evitar una escalada a mayores cuotas de violencia.

³⁰ No se considerarán en este contraste de delitos con palabras y con hechos los correspondientes al Código penal Militar ni al delito – único – incardinado en el artículo 146 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Los delitos militares no son única y específicamente de odio y representan supuestos mixtos en que se prevén tenores típicos genéricos de abuso que incluyen conductas con marca específica de odio y sin ella; conductas expresivas y con hechos. El delito de la LO 5/1985 también es específico de su ámbito y recoge conductas mixtas de coacción, violencia, intimidación o corrupción. Ello desaconseja un tratamiento integrado con los demás datos para evitar distorsiones. GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.)/FERNÁNDEZ OGALLAR/GORDON BENITO/MARTÍN SILVA/MONTOYA BAÑOS, *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, p. 87.

³¹ En su mayoría de índole condenatoria: de las 117 resoluciones relativas al 510, 38 serían absolutorias frente a 66 condenas y 13 mixtas.

³² Véase la situación jurisprudencial antes de la Reforma por LO 1/2015 y las dificultades para aplicar este tipo penal en 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, pp. 301 ss.

³³ N=418, que integra los datos de aplicación del artículo 22.4 que podrían obedecer a «razones de género» que se solapan con conductas de odio y que afectan, esencialmente, a delitos contra la libertad sexual -artículo 178 ss.-, de marca de género -artículos 153, 149, 150, 172; allanamiento de morada -artículo 202; daños -artículo 263; o quebrantamiento de condena -artículo 468.

Si el escenario aquí aventurado tuviera una correspondencia estructural con el mapa real de agresiones en la sociedad, podría afirmarse que dicho estado de la situación apunta a una fase actual en España de relativa menor gravedad de este tipo de conductas si se compara con países como, por ejemplo, Alemania³⁴ o Inglaterra y Gales³⁵, donde el núcleo duro de conductas graves agravadas – delitos de eliminación – responde a un patrón de mucha mayor severidad.

4.3. Impacto de la reforma del Código Penal de 2015 (LO 1/2015)

El estudio de la muestra de decisiones judiciales relativas a delitos de odio para el periodo de tiempo entre 2018 y 2022 ha sido la continuación de otro previo que cubría con una metodología en parte similar un tramo temporal que se remonta hasta el intervalo 2014-2017³⁶. El hecho de que se haya tomado la decisión de segregar los casos de violencia de género del conjunto del estudio más reciente, introduce dificultades para interpretar algunas diferencias en el histórico global (2014-2022) como significativas en términos estadísticos en lo que al perfil de víctimas, acusados o características de los casos se refiere. Pero, por el contrario, sí que se desprende del estudio con nitidez una evolución doble de tendencia que parece ser el resultado directo, por un lado, de ampliar la agravante genérica de la responsabilidad criminal específicamente a «razones de género» y, por otro lado, de la reforma en profundidad del tenor literal y modalidades delictivas prohibidas en el artículo 510 CP. Veámoslo.

La primera tendencia, es el incremento notorio de constelaciones de casos por razones de género ligadas a los delitos de odio, que representaban en nuestra primera selección el 57,8% de los casos.

La inclusión a raíz de la Reforma de 2015 (LO 1/2015) de las «razones de género» ha cruzado los instrumentos específicamente dirigidos a combatir penalmente las violencias machistas contra las mujeres con el arsenal de los delitos de odio. Las conductas agresivas típicamente dirigidas contra las minorías (étnicas o de colectivos LGTBIQ+) y que están en el núcleo originario de la legislación penal antididio, se solapan así con parte de un fenómeno mayor: la violencia de género más allá de las circunscrita a las relaciones de pareja. Se generó así un nuevo registro estadístico

³⁴ Según los últimos datos disponibles y correspondientes al año 2023 en Alemania de un total de 60.028 delitos de motivación política, los delitos calificados como violentos (*Gewalttaten*) ascienden a 3.561 de los cuales 2.351 serían delitos de lesiones. Se produjeron asimismo 17 tentativas de homicidio y 3 homicidios consumados. Los delitos de daños suman un total de 9.304. Los delitos mayoritarios son los de propaganda (19.905) y representan un 33,16%. Sólo los delitos expresivos del parágrafo 130 *Voksverhetzung* (equivalente al artículo 510 CP) ascienden a un total de 7.665 (12,77% del total de delitos motivados políticamente). BUNDESMINISTERIUM DES INNERN UND FÜR HEIMAT. BUNDESKRIMINALAMT, *Bundesweite Fallzahlen 2023 Politisch motivierte Kriminalität. Fact Sheet 21.05.2024*, 2024, pp. 4 ss. Como se puede observar, a pesar de que Alemania con un modelo muy particular de democracia militante es un país especialmente atento (legislativa, judicial y policialmente) a las conductas expresivas y de propaganda, los delitos más graves se registran también en un volumen muy notable con un seguimiento específico en la estadística de los delitos violentos y, en particular, con casi una veintena de homicidios en diverso grado. El estado de registro refleja así un mapa del odio según tipos penales muy grave y avanzado en la escala de agresión si lo comparamos con un panorama que fuera dominado por delitos de expresión sin correlato de criminalidad grave.

³⁵ En el informe de la policía que recoge los datos del periodo desde 2022-2023 (hasta marzo de 2023) para Inglaterra y Gales se alcanzó la cifra de 145.214 incidentes con un porcentaje de casi el 70% referidos a una motivación racial. Del conjunto de los incidentes un 51% eran delitos contra el orden público, un 41% representaban violencia contra las personas y un 5% constituían daños y delitos de incendio. HOME OFFICE, *Hate Crime, England and Wales, 2022 to 2023*, 2nd edition, 2023, pp. 9 s.

³⁶ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/PÉREZ MANZANO/CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ/JORDÁ SANZ/DÍAZ IZQUIERDO, *Análisis de casos y sentencias en materia de Racismo, Xenofobia, LGTIfobia y otras formas de intolerancia 2014-2017*, 2019.

que complementa, según el espíritu transpuesto del Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011) el cuadro global de violencias contra la mujer. Este estudio demuestra que la irrupción de las constelaciones de casos de género vía la ampliación del artículo 22.4 CP es un hecho. Estos casos han crecido exponencialmente³⁷ y no dejarán de hacerlo a la

³⁷ Tras la reforma de 2015 se va acumulando un volumen de pronunciamientos del Tribunal Supremo por razones de género (más de 30 fallos en apenas 6 años) muy superior al número global conjunto del resto de aplicaciones que se habían ido produciendo por otras razones desde 1995 (Véase una relación de 14 sentencias y dos Autos del TS relativos al artículo 22.4ª CP entre 2001 y 2016 en LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4 CP* 1995, 2018, pp. 128 s.). 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 (Sección 1ª), de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3164), primera sentencia condenatoria con la agravante por lesiones; STS 565/2018, Penal (Sección 1ª), de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3757), condena por homicidio intentado contra la pareja; STS 707/2019, Penal (Sección 1ª), de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2019:67), condena por asesinato de la pareja; STS 99/2019, Penal (Sección 1ª), 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 (Sección 1ª), 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 (Sección 1ª), 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 (Sección 1ª), de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3975), condena por asesinato de la expareja; STS 59/2021, Penal (Sección 1ª), de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2021:458), condena por asesinato intentado de la pareja; STS 114/2021, Penal (Sección 1ª), de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:457), condena por asesinato de la pareja; STS 300/2021, Penal (Sección 1ª), 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 (Sección 1ª), 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 (Sección 1ª), de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2547), condena por asesinato de la pareja; STS 650/2021, Penal (Sección 1ª), 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 sustentarlos; STS 662/2021, Penal (Sección 1ª), de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3301), condena por el asesinato de la pareja; STS 666/2021, Penal (Sección 1ª), de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3302), condena por el asesinato de la pareja; STS 687/2021, Penal (Sección 1ª), 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 (Sección 1ª), de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4599), no se aprecia en condena por homicidio de la pareja; STS 23/2022, Penal (Sección 1ª), de 13 de enero (ECLI:ES:TS:2022:14), condena por asesinato intentado de la pareja; STS 66/2022, Penal (Sección 1ª), 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 (Sección 1ª), de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1645), condena por asesinato de expareja; STS 615/2022, Penal (Sección 1ª), de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2625), condena por asesinato intentado de la expareja; STS 887/2022, Penal (Sección 1ª), de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4134), condena por asesinato intentado de la expareja; STS 883/2022, Penal (Sección 1ª), de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022: 4141), condena por agresión sexual con penetración de la expareja; STS 986/2022, Penal (Sección 1ª), de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4840), condena por asesinato intentado de la pareja; STS 66/2023, Penal (Sección 1ª), 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 (Sección 1ª), de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1284), condena por asesinato de la pareja; STS 337/2023, Penal (Sección 1ª), de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2100), condena por el asesinato de la pareja; STS 357/2023, Penal (Sección 1ª), de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2250), condena por homicidio de la pareja; STS 595/2023, Penal (Sección 1ª), 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 (Sección 1ª), de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3364), condena por agresión sexual en el contexto

espera de que haya una decisión clarificadora de los criterios de registro estadístico³⁸ que, a nuestro juicio, debería orientarse a contemplar de forma unitaria todas las violencias machistas contra la mujer³⁹: esto es, tanto las que son competencia estricta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer como las que puedan quedar fuera de aquélla a partir de la reforma por LO 1/2015.

Una segunda tendencia evidenciada en la muestra analizada es que la controvertida figura del discurso de odio criminalizado vía, esencialmente, el artículo 510 CP ha comenzado ya de forma definitiva a ser utilizado de forma más profusa por los tribunales arrumbándose las reticencias a imponer condenas.

En tal sentido, el porcentaje de delitos de expresión alcanza la cifra del 79,6% (con una mayoría abrumadora de éstos relativos a casos del artículo 510 CP: 61,6%) 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 CP tras la reforma de 2015 (LO 1/2015).

Más allá de una valoración positiva o negativa de una tal evolución, sí que debe constataarse que la apertura y ajuste legislativo de los tipos penales que se conjugan en el renovado artículo 510 CP, ha permitido estrenar una jurisprudencia in crescendo que antes no acababa de sacudirse un

de otro delito de explotación sexual del artículo 187.1 respecto de su pareja; STS 626/2023, Penal (Sección 1ª), 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 (Sección 1ª), de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3768), condena por asesinato de la pareja; STS 825/2023, Penal (Sección 1ª), de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4682), condena por asesinato de la pareja; y STS 917/2023, Penal (Sección 1ª), 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.

³⁸ Esto es lo que han llevado a cabo las autoridades del Reino Unido ante la recomendación (número 8) formulada en un informe final de la Comisión de Derecho relativo a una reforma (*Police, Crime, Sentencing and Courts Act 2022*) que afectaba a los delitos de odio (*Law Commission's final report on hate crime laws*) y que instaba a no incluir ni el sexo ni el género como categorías a proteger a efectos de los delitos agravados y las sentencias que incrementarían la pena sobre esa base. El gobierno acoge una tal recomendación porque considera que incluir y mezclar el sexo y el género con otras categorías protegidas traería más inconvenientes que beneficios. Se pone énfasis, por ejemplo, en las dificultades probatorias que acarrearía tener que identificar una motivación misógina en contextos de violencia contra la mujer que suceden en espacios privados; también se insiste en que considerar unos delitos de violencia contra la mujer como de odio y otros no, generaría una jerarquización perniciosa (y banalizadora de la gravedad para los no tildados como de odio) en términos de la percepción del público ante este tipo de delitos: ello mandaría una señal incorrecta y equivocada a las víctimas de la violencia contra la mujer; además resalta las dificultades de aplicar una motivación de odio en casos de violencia en parejas del mismo sexo. En definitiva, una violencia contra la mujer, añadimos nosotros, a «dos velocidades» – una agravada por odio y otra no – sería contraproducente y aumentaría el nivel de complejidad a la ya de por sí difícil de manejar legislación de odio. Se aboga por tanto en favor de tratar la violencia contra la mujer en su carril legislativo y al margen de la legislación de odio. HOME OFFICE, *Government response to recommendation 8 of the Law Commission's review of hate crime legislation*, 25 April 2023.

³⁹ Ya hemos indicado *supra* que parece ir en esta línea la nueva Directiva UE 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica que incluye en su artículo 8, de forma específica, la obligación de incriminar la incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos con mención exclusiva a los grupos definidos por el género y sin mención a otros colectivos (étnicos, nacionales...). Esta línea de política-criminal se concentra y sugiere una tipificación ad hoc y sectorial para las razones de género dentro de un conjunto de instrumentos más amplio dirigido a ese colectivo. Se trata, adecuadamente a nuestro juicio, de un diseño sectorial antes de un «café para todos» los grupos sin distinguos entre sus especificidades.

estatus de paralización ante la eventualidad de su invasión de ámbitos esenciales para el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión⁴⁰.

El estudio presentado es el primero en España que ofrece una fotografía de los hechos judicializados en España sobre delitos de odio. Sus resultados constituyen un avance fundamental en la mejora del conocimiento de la realidad en tales comportamientos delictivos y de cómo están funcionando los diferentes mecanismos de prevención y punición. De los resultados aquí presentados se derivan múltiples implicaciones de política criminal y recomendaciones de mejora en la gestión de los datos.

La primera implicación político-criminal se cifra en la necesidad de que el legislador penal homogeneice los colectivos protegidos en los distintos tipos penales. Sin ello se resiente la interpretación sistemática y se dificulta que la instancia policial, la Fiscalía y la actividad judicial pueda a su vez evolucionar a consolidar criterios de cierta coherencia y unificación. Esa unificación, además, facilitará la gestión de datos a la que en seguida se aludirá y es, además, presupuesto de posibilidad de la trazabilidad misma. En segundo lugar, la normativa penal en el medio plazo deberá corregir el tenor y alcance de los tipos penales si sigue creciendo la confusión respecto de la frontera entre lo que es violencia contra las mujeres, y lo que debe considerarse como delito de odio por «razones de género». Urge, a estos efectos, una clarificación y armonización legislativa para que la actuación judicial de lucha penal contra las violencias machistas no adolezca de la incoherencia de que los «delitos de odio» contra la mujeres tengan un registro estadístico separado y ajeno al cuerpo principal de aquella. En tercer lugar, el Consejo General del Poder Judicial debería tomar cartas en el asunto para impulsar una estadística judicial específica, completa y sin limitaciones respecto de estos tipos delictivos. Lo mismo que ya existe una estadística en materias estratégicas y de capital importancia como el homicidio intencional o la violencia de género (y doméstica), también en delitos de odio es necesaria y especialmente demandada por los estándares internacionales o la propia *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*. Sólo así se podrá entonces recalibrar si la función de ultima ratio del instrumento penal se cumple adecuadamente en el sentido de coordinarse de forma adecuada con la intervención administrativa. Y es que un reto político-criminal mayor es el de revisar hasta qué punto la intervención administrativa tanto del Estado central como de las Comunidades Autónomas está bien diseñada y se aplica de forma adecuada. Este último es un aspecto que excede el objeto de este estudio pero, sin duda, es el corolario que se derivaría de una situación ideal – todavía lejana – en la que se dispusiera de una estadística judicial jurídico-penal sobre la base de unos protocolos policiales y de la fiscalía coherentes con la misma. Sería entonces el momento de demandar también una revisión simultánea del funcionamiento de la intervención administrativa y de su incidencia cuantitativa y cualitativa respecto de la intervención penal. Ya que en un Estado social no caben diseños aislados de los instrumentos jurídicos sino una comprensión holística de su funcionamiento en interacción conjunta para

⁴⁰ Deben recordarse las dudas de constitucionalidad surgidas en torno a lo que hoy es una parte de las constelaciones de casos prohibidos en el artículo 510 y que dio lugar a la STC (Pleno) 235/2007, de 7 de Noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007), que se enmarcaba en una situación jurisprudencial de cierto bloqueo de estos tipos penales de propaganda. 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*. Después de la Reforma de 2015 se va conformando, por el contrario, un cuerpo creciente de jurisprudencia del TS de aplicación más fluida del artículo 510: así, la STS 72/2018, Penal (Sección 1ª), de 9 de febrero (ECLI: ES:TS:2018:396); STS 675/2020, Penal (Sección 1ª), de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4283); STS 437/2022, Penal (Sección 1ª), de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1644); y la STS 488/2022, Penal (Sección 1ª), de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2085).

determinar las estrategias preventivas con respeto del principio de subsidiariedad. Con ello, en definitiva, se tendrían asentadas las bases para una revisión de la normativa administrativa, de la política antidiscriminatoria y de índole político-criminal colectivo por colectivo ajustando los instrumentos jurídicos a las necesidades de tutela de las propias víctimas según sus particularidades.

En referencia a la gestión de los datos, un reto importante de futuro es conseguir como se viene insistiendo que las instancias que ofrecen datos oficiales relativos a los delitos de odio homogenicen al máximo sus criterios de recogida y tratamiento de los mismos, y que permitan identificar los casos a lo largo del proceso penal. Ello redundaría en una mayor transparencia que mejoraría de forma fundamental el rigor científico de las mediciones y descripciones actuales y, por ende, la comprensión del fenómeno; y, de forma complementaria contribuiría a generar una mayor confianza de los ciudadanos en las instituciones de política criminal al hacer más comprensible y cercana su gestión.

Concretamente, en referencia a los datos judiciales, sería también recomendable que la Fiscalía General del Estado, a través de los fiscales delegados de delitos de Odio utilizara un sistema de recogida de datos más detallado, con más variables descriptivas para mejorar la comprensión de los mismos y su comparación con las estadísticas policiales. Ello redundaría en la mejora de la transparencia y trazabilidad de los casos de odio.

5. Bibliografía

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «¿Es el feminicidio un delito de odio?», *Revista Penal*, 50, 2022, pp. 9 ss.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (dir.)/PARRILLA VERGARA, Javier (coord.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 91 ss.

BARRON, Jerome A./DIENES, C. Thomas, *First Amendment Law in a nutshell*, 6th ed., West Academic Publishing, St. Paul Minnesota, 2023.

BUNDESMINISTERIUM DES INNERN UND FÜR HEIMAT, *Pressemitteilung 21. Mai 2024*, https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2024/Presse2024/240521_PM_Fallzahlen_PMK2023.html (último acceso 22 mayo 2024).

BUNDESMINISTERIUM DES INNERN UND FÜR HEIMAT. BUNDESKRIMINALAMT, *Bundesweite Fallzahlen 2023 Politisch motivierte Kriminalität. Fact Sheet 21.05.2024*, Berlin, 2024.

BUNDESMINISTERIUM DES INNERN UND FÜR HEIMAT, *Verfassungsschutzbericht 2022*, Berlin, 2023.

CANCIO MELIÁ, Manuel/DÍAZ LÓPEZ, Alberto, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiños 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, <http://katedraddhh.eus/es/informes/detalle.php?id=51&type=1> (último acceso 8 junio 2024).

CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/GOBIERNO DE NAVARRA, *Informe de incidentes de odio de Navarra 2016-2020, Gobierno de Navarra*, 2021.

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.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «Los colectivos identitarios y la tutela penal», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26-01, 2024, pp. 1-46.

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.

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, 2022.

FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Encouraging Hate Crime Reporting. The Role of Law Enforcement and Other Authorities*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2021, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-hate-crime-reporting_en.pdf (último acceso 7 junio 2024).

GARRO CARRERA, Enara, «Los discursos de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena/GARRO CARRERA, Enara (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27-77.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea/LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena (dirs.)/FERNÁNDEZ OGALLAR, Beatriz/GORDON BENITO, Iñigo/MARTÍN SILVA, Uxue/MONTOYA BAÑOS, Maider, *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, Andrea/PÉREZ MANZANO, Mercedes/CANCIO MELIÁ, Manuel/DÍAZ LOPEZ, Juan Alberto/JORDÁ SANZ, Carmen/DÍAZ IZQUIERDO, Paloma, *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.

GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea /PÉREZ RAMÍREZ, Meritxell, «La trazabilidad de los datos oficiales sobre delincuencia en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 19-2, 2021, pp. 1-23.

HOME OFFICE, *Government response to recommendation 8 of the Law Commission’s review of hate crime legislation*, 25 April 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/law-commission-review-...f-the-law-commissions-review-of-hate-crime-legislation-accessible> (último acceso 27 mayo 2024).

HOME OFFICE, *Hate Crime, England and Wales, 2022 to 2023*, 2nd edition, 2023, pp. 9 ss., <https://www.gov.uk/government/statistics/hate-crime-england-and-wales-2022-to-2023/hate-crime-england-and-wales-2022-to-2023> (último acceso 27 mayo 2024).

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «Capítulo IV. Derecho penal sustantivo: la violencia sexual», en ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco (dir.)/OTAZUA ZABALA, Goizeder (coord.)/ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa (coord.), *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.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «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 Criminología y Sistema de Justicia Penal*, 4, 2018, pp. 1-29.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4 CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «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.

LEVIN, Brian, «La legislación sobre los delitos de odio en Estados Unidos: un análisis histórico y contemporáneo», en LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena/ GARRO CARRERA, Enara (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 153-174.

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.

NOLA, James J./AKIYAMA, Yoshio, «An analysis of factors that affect law enforcement participation in hate crime reporting», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 15, 1999, pp. 111-127.

POLICE SERVICE OF NORTHERN IRELAND, *Trends in Hate Motivated Incidents and Crimes Recorded by the Police in Northern Ireland 2004/05 to 2022/23*, Belfast, 2023, <https://www.psni.police.uk/system/files/2023-11/856536105/Hate%20Motivated%20Incidents%20and%20Crimes%20in%20Northern%20Ireland%202004-05%20to%202022-23.pdf> (último acceso 23 mayo 2024).

SCHWEPPE, Jennifer, «What is a hate crime?», *Cogent Social Sciences*, 7, 2021, pp. 1-15, <https://doi.org/10.1080/23311886.2021.1902643>.

SIN, Chih Hoong, «Making disablist hate crime visible: Addressing the challenges of improving reporting», en ROULSTONE, Alan/MASON-BISH, Hannah (eds.), *Disability, hate crime and violence*, Routledge, London, 2013, pp.147-165.

STERNBERG, Robert J., «Understanding and Combating Hate» en Robert J. STERNBERG (ed.), *The Psychology of hate*, American Psychological Association, 2005, pp. 37-49.

TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «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, Patrick, *The International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

TORRENTE, Diego/GALLO, Pedro/OLTRA, Christian, «Comparing crime reporting factors in EU countries», *European Journal of Criminal Policy and Research*, 23(2), 2005, pp. 153-74.

VERGANI, Matteo/NAVARRO, Carolina, «Hate Crime Reporting: The Relationship Between Types of Barriers and Perceived Severity», *European Journal of Crime Policy and Research*, 29, 2021, pp. 111-126.

WILLIAMS, Matthew L./TREGIDGA, Jasmin, «Hate Crime Victimization in Wales. Psychological and Physical Impact Across Seven Hate Crime Victim Types», *British Journal of Criminology*, 54, 2014, pp. 946-967.

XIE, Min/BAUMER, Eric P., «Crime victims' decisions to call the police: Past research and new directions», *Annual Review of Criminology*, 2(1), 2019, pp. 217-240.

ZAYKOWSKI, Heather/ALLAIN, Eric C./CAMPAGNA, Lena M., «Examining the paradox of crime reporting: Are disadvantaged victims more likely to report to the police?», *Law & Society Review*, 53(4), 2019, pp. 1305-1340.

Carolina Villacampa Estiarte
Universitat de Lleida

Beatriz Pinilla Pérez
Universitat de Lleida

La violencia contra las mujeres por causa de honor y sus diversas manifestaciones: ¿qué nos dice la literatura científica?

Sumario

La violencia por causa de honor constituye una manifestación de la violencia contra las mujeres que está ganando atención global a consecuencia de la creciente multiculturalidad de las sociedades contemporáneas. Sin embargo, no ha aflorado todavía en España, donde es una realidad escasamente atendida normativa, institucional y académicamente. Esta investigación pretende llenar el vacío de atención académica y contribuir a su comprensión, describiendo el estado de la cuestión en relación con las expresiones de esta forma de violencia en un escenario internacional. Para esto se ha realizado una revisión sistemática crítica de literatura entre los años 2016 y 2023 en dos bases de datos -Scopus y Web of Science- compuesta por una muestra final de 110 artículos analizados. Los resultados evidencian un incremento de la atención académica prestada a esta violencia con variaciones espaciales y permiten exponer hallazgos en nueve de sus concretas manifestaciones. Partiendo de la interrelación entre dichas expresiones, se concluye que esta violencia puede caracterizarse como un continuum, para cuya adecuada comprensión y afrontamiento es más relevante emplear un criterio clasificador atinente a la finalidad preventiva o restaurativa del honor perseguida que al efecto dañoso producido en la víctima.

Abstract

Honour-based violence is a manifestation of violence against women that is gaining global attention as a result of the growing multiculturalism of contemporary societies. However, it has not yet surfaced in Spain, where it is a reality that has received little regulatory, institutional and academic attention. This research aims to fill the gap in academic attention and contribute to its understanding by describing the state of the art in relation to the expressions of this form of violence in an international scenario. To this end, a critical systematic literature review was carried out between 2016 and 2023 in two databases -Scopus and Web of Science- comprising a final sample of 110 articles analysed. The results show an increase in the academic attention towards this type of violence, with spatial variations, and enable to present findings on nine of its specific manifestations. Based on the interrelationship between these expressions, it is concluded that this violence can be characterised as a continuum, for whose proper understanding and coping it is more relevant to use a classificatory criterion related to the preventive or restorative purpose of the honour pursued than to the harmful effect produced on the victim.

Title: Honour-based violence against women and its various manifestations: what does the scientific literature tell us?

Palabras clave: violencia contra las mujeres, violencia por causa de honor, manifestaciones, tipología

Keywords: violence against women, honour-based violence, manifestations, typology

DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.10

1.2025

Recepción
07/10/2024

-

Aceptación
20/01/2025

-

Índice

-

1. Planteamiento

2. Método

3. Resultados

3.1. Prevalencia de estudios académicos sobre VCH y diseño metodológico

3.2. Expresiones de VCH abordadas en los artículos analizados

- a. Matrimonio forzado
- b. Violencia psicológica
- c. Mutilación genital femenina
- d. Homicidio o asesinato por honor
- e. Violencia física no letal
- f. Coacción reproductiva
- g. Violencia sexual
- h. Suicidio por honor
- i. Planchado de pecho

3.3. Área geográfica que cubren los estudios

4. Discusión y conclusiones

5. Bibliografía

-

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

1. Planteamiento*

En épocas recientes las instituciones internacionales han puesto de manifiesto la necesidad urgente de abordar la violencia por causa de honor (VCH) u *honour-based violence*, como se la conoce en inglés, sobre todo debido a la gran cantidad de homicidios y asesinatos por honor denunciados¹, lo que ha comportado un aumento de la atención política, mediática y académica sobre esta forma de violencia a lo largo de los últimos veinte años. Sin poder constatar si se está produciendo una real escalada de crímenes de honor o si la prevalencia observada es debida a que afloran más casos porque hay más denuncias o por la mayor eficiencia en la persecución, los datos disponibles parecen instar a actuar².

No existe un concepto unívoco de VCH. Con todo, THOMAS et al. identificaron en 2011³ tres elementos comunes basados en BAKER et al.⁴, que permiten caracterizar esta forma de violencia específica: a) control, o deseo de ejercer control, sobre el comportamiento de la mujer; b) sentimiento de vergüenza del varón por su pérdida de control, o percepción de pérdida de control, sobre el comportamiento de ella, y; c) implicación comunitaria o familiar.

De lo indicado puede deducirse que se trata de un tipo de violencia que se emprende para proteger el honor de la familia o de la comunidad⁵, de manera que no solo las desigualdades de género, sino también el honor familiar o comunitario, constituyen elementos básicos para comprender por qué la VCH está deviniendo un campo de estudio específico, en particular en relación con el de la violencia contra las mujeres⁶. El honor familiar o comunitario, grupal, se refiere en la definición ofrecida por PITT-RIVERS⁷ -quien lo caracteriza como “el valor de una

*Carolina Villacampa Estiarte (carolina.villacampa@udl.cat). Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto «Los crímenes de honor como violencia de género: delineamiento de un estatuto jurídico-asistencial protector en España» (HONGEN) (PID2022-136879NB), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ SADIQ (Dir), *The state of world population 2000: lives together, worlds apart: men and women in a time of change*, United Nations Population Fund (UNFPA), 2000; UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *Working towards the elimination of crimes against women committed in the name of honour (RES/55/66)*, 55th Session, 2000; UNITED NATIONS, *Impunity for domestic violence, 'honour killings' cannot continue* – UN official, 2011.

² GREGORY/FOX/HOWARD, «Honour-based violence: awareness and recognition», *Pediatrics and Child Health*, 30(11), 2020, pp. 365 ss.

³ THOMAS/PARK/ELLINGEN/ELLISON/MENATEAU/YOUNG (Eds.), *Developing Legislation on Violence against Women and Girls*, 2011, pp. 1.

⁴ BAKER/GREGWARE/CASSIDY, «Family Killing Fields: Honor Rationales in the Murder of Women», *Violence Against Women*, 5(2), 1999, pp. 164 ss.

⁵ GILL/MITRA-KAHN, «Modernising the *other*: assessing the ideological underpinnings of the policy discourse on forced marriage in the UK», *Policy and Politics*, 40(1), 2012, pp. 107 ss.; COONEY, «Death by family: Honor violence as punishment», *Punishment & Society*, 16(4), 2014, pp. 406 ss.; BHANBHRO/CRONIN DE CHAVEZ/LUSAMBILI, «Honour based violence as public health problem: a critical review of literature», *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(3), 2016, pp. 198 ss.; BEGUM/KHAN/BREWER/HALL, «They Will Keep Seeing Young Women Murdered by Men. Enough Is Enough-We Have Seen too Many Women Lose Their Lives. Lessons for Professionals Working with Victims of 'Honour' Abuse and Violence», *Genealogy*, 4(3), 2020, pp. 69 ss.; GREGORY/FOX/HOWARD, *Pediatrics and Child Health*, 30(11), 2020, pp. 365 ss.

⁶ CHESLER, «When women commit honor killings», *Middle East Quarterly*, 22(4), 2015, pp. 1 ss.; BATES, «Honour-Based Abuse in England and Wales: Who Does What to Whom?», *Violence Against Women*, 27(10), 2021, pp. 1774 ss.; GORAR, *Honour Based Crimes and the Law. Defining the limits of Honour Based Violence and Abuse*, 2021, pp. 7 ss.; RIGONI, *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, 2023, pp. 17 ss.; VILLACAMPA, «La violencia contra las mujeres por honor y su tratamiento jurídico en España», *Estudios Penales y Criminológicos*, 43, 2023, pp. 1 ss.

⁷ PITT-RIVERS, «La enfermedad del honor», en GAUTHERON (Ed.), *El honor: imagen de sí mismo o don de sí, un ideal equívoco*, Cátedra, 1992, pp. 235 y ss.

persona a los ojos de su sociedad, y su carácter reconocible en su propio comportamiento y en el de los demás hacia él”- como lo interpersonal. Se dice que reside en el cuerpo de las mujeres a las que se considera propiedad de los hombres, resaltando con esto los códigos patriarcales imperantes. De manera que mientras el honor de los hombres consiste en defender el suyo propio y el honor familiar, el de las mujeres radica en proteger su pureza⁸. Además, el honor de las mujeres no se puede restaurar una vez mancillado, aunque sí cabe que lo sea el de la familia mediante la condena pública de la persona -mujer- deshonorada⁹.

Los códigos patriarcales que sustentan la VCH, las desiguales relaciones de poder por cuestión de género que la explican y la carga desproporcionada que el mantenimiento del honor comporta para las mujeres hacen que la VCH sea considerada una forma específica de violencia contra las mujeres (VCM). Concibiendo la VCM en el sentido en que lo hace el art. 3 del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 -Convenio de Estambul-, en vigor desde 2014, no cabe duda de que la VCH constituye una especie de la VCM. Esto porque los episodios de VCH pueden considerarse “actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”. De hecho, se apela a que la razón para justificar esta forma de violencia es global y semejante a la empleada para explicar cualquier forma de VCM, pues los perpetradores, a menudo, justifican su recurso a la violencia apelando a que se trata de un asunto de honor (personal o comunitario) derivado de la pérdida de control del hombre al ganar agencia la mujer¹⁰. Esto explica que la opinión mayoritaria en la academia, sobre todo en los países europeos donde esta forma de violencia se ha analizado académicamente con mayor profusión-sobre todo en el Reino Unido, Holanda o países escandinavos-, la conciba como una forma específica de VCM¹¹. Con todo, se entiende que concurren evidentes particularidades de esta manifestación de la conducta violenta en relación con la categoría general a la que pertenece. Entre ellas: a) la ya mencionada multiperpetración y la mayor premeditación observada en relación con otras formas de VCM¹²; b) la aprobación de la comunidad y también la expectativa de la violencia para evitar la llamada “muerte social”¹³, que quizá es la singularidad más característica; c) la creciente

⁸ GRZYB, «An explanation of honour-related killings of women in Europe through Bourdieu’s concept of symbolic violence and masculine domination», *Current Sociology*, 64(7), 2016, pp. 1036 ss.; DOĞAN, «Do Women Really Kill for Honor? Conceptualizing Women’s Involvement in Honor Killings», *Deviant Behavior*, 39(10), 2018, pp. 1247 ss.; KHAN/THAMBAIAH/KHOO, «Women’s Agency as Reason for Life Threats Among the Pashtuns in Pakistan: Narratives of Women Fleeing Honor Killing and Masculine Domination», *Violence Against Women*, 29(3-4), 2023, pp. 431 ss..

⁹ COONEY, *Execution by Family: A Theory of Honor Violence*, Routledge, 2019, pp. 15 ss.

¹⁰ BAKER/GREGWARE/CASSIDY, *Violence Against Women*, 5(2), 1999, pp. 164 ss.

¹¹ Un recorrido sobre la literatura emitida en este sentido en dichos países puede verse en VILLACAMPA, *Estudios Penales y Criminológicos*, 43, 2023, pp. 10 y ss.

¹² APLIN, «Exploring the role of mothers in ‘honour’ based abuse perpetration and the impact on the policing response», *Women Studies International Forum*, 60, 2017, pp. 1 ss.

¹³ COONEY, *Execution by Family: A Theory of Honor Violence*, pp. 20 ss.; DOĞAN, «Can Honor Killings Be Explained With the Concept of Social Death? Reinterpreting Social Psychological Evidence», *Homicide Studies*, 24(2), 2020, pp. 127 ss.; KHATIB/EDGE/SPEED, «On the Road to Social Death: A Grounded Theory Study of the Emotional and Social Effects of Honor Killing on Families-A Palestinian Perspective», *Violence Against Women*, 26(9), 2020, pp. 1008 ss.

evidencia de que los niños y los hombres también la sufren¹⁴; y d) el mayor porcentaje de mujeres que son partícipes directas o indirectas o incluso autoras¹⁵. Tales particularidades, se entiende, contribuyen a hacer más difícil el diseño de políticas públicas orientadas a abordarla¹⁶.

La especificidad propia de la VCH frente a la VCM unida a que su producción a menudo se ha vinculado a sociedades no occidentales, consideradas como tradicionales y primitivas desde perspectivas orientalistas, ha comportado que también desde teorías relativistas-multiculturalistas y colonialistas haya intentado explicarse su fundamento. Esto se ha traducido en importantes implicaciones en el diseño de políticas de persecución frente a estas conductas. Por un lado, el enfoque cultural ha incluido la perspectiva “emic” en la explicación de la VCH, considerando a los perpetradores como víctimas de la deshonor provocada¹⁷. En su virtud, la violencia constituye un castigo necesario para restaurar el honor perdido de la familia, debido a la transgresión de las reglas impuestas por parte de un miembro de la misma al observar un comportamiento sexual indecoroso. Enfatizar la importancia de la cultura para explicar la VCH ha derivado también en enfoques relativistas que consideran que podría tratarse de violencia culturalmente motivada y, por tanto, beneficiarse de la reducción sancionatoria o incluso de la exoneración de la sanción que se defiende para otras manifestaciones de este tipo de criminalidad con base en lo que en la literatura académica se ha conocido como la “defensa cultural”¹⁸. Por otro lado, la mayor prevalencia de VCH en algunas zonas geográficas (Asia meridional y central, Oriente Próximo y África) ha llevado a considerarla como manifestación específica de una determinada religión o geografía, derivando en una visión colonialista que impone estándares normativos occidentales que pueden conducir a estigmatizar y/o criminalizar determinadas culturas orientales como barbáricas y opresivas¹⁹. Precisamente esta aproximación

¹⁴ IDRIS, «Abused by the Patriarchy: Male Victims, Masculinity, “Honor”-Based Abuse and Forced Marriages», *Journal of Interpersonal Violence*, 37(13-14), 2022, pp. 1 ss.

¹⁵ ELDEN, «Men’s violence and women’s responsibility: mothers’ stories about honour violence», en IDRIS/ABBAS (Eds.), *Honour, Violence, Women and Islam*, Routledge, 2011, pp. 128 ss.; BHANBHRO/CRONIN DE CHAVEZ/LUSAMBILI, *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(3), 2016, pp. 198 ss.; GLICK/SAKALLI-UĞURLU/AKBAŞ/ORTA/CEYLAN, «Why Do Women Endorse Honor Beliefs? Ambivalent Sexism and Religiosity as Predictors», *Sex Roles*, 75(11-12), 2016, pp. 543 ss.; IDRIS, «Not domestic violence or cultural tradition: is honour-based violence distinct from domestic violence?», *Journal of Social Welfare and Family Law*, 39(1), 2017, pp. 3 ss.; APLIN, *Women Studies International Forum*, 60, 2017, pp. 1 ss.; BATES, «Females perpetrating honour-based abuse: controllers, collaborators or coerced?», *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research*, 10(4), 2018, pp. 293 ss.; DOĞAN, *Deviant Behavior*, 39(10), 2018, pp. 1247 ss.; CHANTLER/MCCARRY, «Forced Marriage, Coercive Control, and Conducive Contexts: The Experiences of Women in Scotland», *Violence Against Women*, 26(1), 2020, pp. 89 ss.; LAMBOLEY/PELLAND/GOGUEN, «Guardians of honor: Women as victims and coercive agents control within patriarchal community settings», *Criminologie*, 55(1), 2022, pp. 35 ss.

¹⁶ BEGUM/KHAN/BREWER/HALL, *Genealogy*, 4(3), 2020, pp. 69 ss.; GREGORY/FOX/HOWARD, *Pediatrics and Child Health*, 30(11), 2020, pp. 365-367; APLIN, «Evaluating the value of the police Independent Advisory Group (IAG): Honour Based Abuse Crime (HBA), Forced Marriage (FM) and Female Genital Mutilation (FGM)», *Women’s Studies International Forum*, 90, 2022, pp. 1 ss.

¹⁷ SAUCIER et al., «Guardians: masculine honour beliefs and perceptions of men’s roles in preventing sexual violence», *Journal of Sexual Aggression*, 29(2), 2022, pp. 238 ss.

¹⁸ VAN BROECK, «Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9(1), 2001, pp. 1 ss.; DOĞAN, «The Dynamics of Honor Killings and the Perpetrators’ Experiences», *Homicide Studies*, 20(1), 2016, pp. 53 ss.; DOĞAN, *Deviant Behavior*, 39(10), 2018, pp. 1247 ss.; ALSABTI, «Honor Killing and the Indigenous Peoples: Cultural Right or Human Right Violation», *Denver Journal of International Law & Policy*, 45(4), 2020, pp. 457 ss.

¹⁹ CHESLER, *Middle East Quarterly*, 22(4), 2015, pp. 1-12; ERTÜRK, «Towards a Post-Patriarchal Gender Order: Confronting the universality and the particularity of violence against women», *Sociologisk Forskning*, 46(4), 2009, pp. 61 ss.; VILLACAMPA, *Estudios Penales y Criminológicos*, 43, 2023, pp. 1 ss.

culturalista ha conducido a posiciones alterizadoras y estigmatizadoras de algunas culturas. De acuerdo con la misma se relaciona la VCH con comportamientos primitivos ligados de manera prácticamente exclusiva con culturas no occidentales, tendiendo a desdibujar la vinculación de estas conductas violentas con otras formas de VCM y con el atentado que comportan a los derechos humanos de sus víctimas. Dicha concepción, con no poder considerarse mayoritaria en la literatura científica, se impuso sobre todo durante la ola de islamofobia que siguió a los atentados a las torres gemelas de 2001 no solo en el discurso político y en los medios de comunicación, sino también en algunos estudios académicos desarrollados sobre todo en países del norte europeo²⁰.

Sin embargo, pese a la mayor prevalencia de la VCH en determinados grupos humanos específicos²¹ y a la fundamentación discursiva preferente de la VCH con razones culturales desde algunas posiciones teóricas, no se ha logrado establecer una correlación directa entre religión o geografía y VCH²². La investigación ha centrado su atención en el papel que desempeñan las causas sociales -así el bajo nivel económico, la residencia en zonas rurales o la falta de educación formal- para explicar este tipo de violencia²³. Junto a las mencionadas, la fragmentación del Estado -cuando la base organizativa es tribal- que deriva en una débil aplicación de la ley y el choque entre la tradición y la modernidad -que puede conducir a un refuerzo de los valores fundamentalistas una vez que las mujeres se dotan de cierta agencia- también se consideran causas explicativas de la VCH²⁴.

²⁰ BREDAL, «Ordinary v. Other Violence? Conceptualising Honour-Based Violence in Scandinavian Public Policies», en GILL/STRANGE/ROBERTS (Eds.), *'Honour' Killing and Violence. Theory, Policy and Practice*, Palgrave Macmillan, pp. 135-155; GRUBER, «In the Name of Action Against "Honour-Related" Violence», *Nordic Journal of Migration Research*, 1 (3), 2011, pp. 126 ss.; MEETOO/MIRZA, «"There is Nothing 'Honourable' About Honour Killings": Gender, violence and the limits of multiculturalism», *Women's Studies International Forum*, 30 (3), 2007, pp. 187 ss.; SEDEM/FERRER-WREDER, «Fear of the Loss of Honor: Implications of Honor-Based Violence for the Development of Youth and Their Families», *Child Youth Care Forum*, 44, 2015, pp. 225 y ss.; WIKSTRÖM/GHAZINOUR, «Swedish experience of sheltered housing and conflicting theories in use with special regards to honour related violence (HRV)», *European Journal of Social Work*, 13 (2), 2010, pp. 245 ss.

²¹ BELLER/KRÖGER/HOSSER, «Disentangling Honor-Based Violence and Religion: The Differential Influence of Individual and Social Religious Practices and Fundamentalism on Support Honor Killings in a Cross-National Sample of Muslims», *Journal of Interpersonal Violence*, 36 (19-20), 2021, pp. 9770 ss.; CEYLAN-BATUR/SAKALLI/GUNARATNE, «Predictors of tolerating violence against women: honor concerns and fundamentalist religious orientation», *Current Psychology*, 42(12), 2023, pp. 9720 ss.

²² ABU-LUGHOD, «Seductions of the "Honor Crime"», *Difference*, 22(1), 2011, pp. 17 ss.; BHANBHRO/CRONIN DE CHAVEZ/LUSAMBILI, *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(3), 2016, pp. 198 ss.

²³ SALEDA, «Abuse of Islamic Law and child marriage in South-Sulawesi Indonesia», *Al-Jami'ah Journal of Islamic Studies*, 54(1), 2016, pp. 95 ss.; KHAN/SALEEM/LOWE, «"Honour"-based violence in a British South Asian community», *Safer Communities*, 17(1), 2018, pp. 11 ss.; GIBBS/SAID/CORBOZ/JEWKES, «Factors associated with 'honour killing' in Afghanistan and the occupied Palestinian Territories: Two cross-sectional studies», *PLoS one*, 14(8), 2019, pp. e0219125 ss.; DAYAN, «Female Honor Killing: The Role of Low Socio-Economic Status and Rapid Modernization», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(19-20), 2021, pp. NP10393 ss.; ALQAHTANI/ALMUTAIRI/BINAQEEL/ALMUTAIRI/AL-QAHTANI/MENEZES, «Honor Killings in the Eastern Mediterranean Region: A Narrative Review», *Healthcare*, 11(1), 2023, pp. 74 ss.

²⁴ GRZYB, *Current Sociology*, 64(7), 2016, pp. 1036 ss.; GROSSMAN-THOMPSON, «"My honor will be erased": Working-class women, purchasing power, and the perils of modernity in Urban Nepal», *Signs*, 42(2), 2017, pp. 485 ss.; MUCINA, «Exploring the role of "honour" in son preference and daughter deficit within the Punjabi diaspora in Canada», *Canadian Journal of Development Studies / Revue Canadienne d'études Du Développement*, 39(3), 2018, pp. 426 ss.; GUNASINGHE/HATCH/LAWRENCE, «Young Muslim Pakistani Women's Lived Experiences of Izzat, Mental Health, and Well-Being», *Qualitative health research*, 29(5), 2019, pp. 747 ss.; ÇOYMAK, «Functions of Social Representations in Honor Violence: The "Other East" as Responsible», *Social Justice Research*, 33(3), 2020, pp. 284 ss.; HADI, «'Honor' killings in misogynistic society: A feminist perspective», *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 9(3), 2020, pp. 29 ss.; SINGH, «Paradox between Universalism of Human Rights and

La globalización y los flujos migratorios han provocado un aumento de la atención prestada a la VCH en zonas geográficas occidentales debido a la evidencia de producción de estos episodios violentos también en Occidente. El Reino Unido, los Países Bajos y los países escandinavos han realizado un relevante esfuerzo para comprender, identificar y afrontar social, institucional y normativamente la VCH en Europa²⁵. No obstante, dicho esfuerzo todavía no se observa en países de la Europa meridional, España entre ellos²⁶. A esto se añade que el referido incremento en el interés por esta temática ha dado lugar a una notable cantidad de literatura centrada en una o algunas de sus manifestaciones. Sin embargo, una parte relevante de la atención se ha focalizado en la expresión violenta más extrema: los homicidios o asesinatos por honor u *honour killings*; mientras que los estudios han demostrado que no son la práctica más común, considerándose la solución extrema y final a la deshonra familiar²⁷. Además, centrarse en los feminicidios ha comportado dejar de lado otros tipos de violencia por honor.

Precisamente seccionar, compartimentalizar, las manifestaciones que puede adoptar la VCH ya caracterizada en función del efecto lesivo producido podría estar provocando la dificultad de entender el sistema de violencia que impera en las comunidades donde se practica, enmascarando la producción de violencias de menor entidad lesiva. Pese a la utilidad de analizar cada manifestación de la VCH de forma independiente, sobre todo desde la perspectiva jurídico-penal -habida cuenta de que no todas ellas comparten un idéntico injusto y merecen diversa respuesta punitiva debido a su distinta gravedad-, se echa de menos una visión de conjunto amplia que permita comprender el contexto en el que esta violencia se produce. Tanto es así que pocos intentos ha habido en la literatura de identificar lo que podríamos denominar como “concepto paraguas de la VCH” más allá de los protagonizados por BHANBHRO et al.²⁸ y MAYEDA/VIJAYKUMAR²⁹ en 2016. Los mismos incluyeron entre las manifestaciones de dicho concepto, junto a los homicidios y asesinatos por causa de honor, la violencia física no letal, los crímenes de honor, la violencia o las amenazas de muerte, el abuso sexual y psicológico (incluyendo restricciones de la libertad), los ataques con ácido, los matrimonios forzados, el suicidio por honor, el aborto forzado, la mutilación genital femenina, la agresión, el chantaje, el matrimonio, la desfiguración de órganos y la retención contra la voluntad de alguien.

Relativism of Culture: A Case Study of Honour Killings in India», *Journal of Southeast Asian Human Rights*, 4(1), 2020, pp. 258 ss.; BELLER/KRÖGER/HOSSER, *Journal of Interpersonal Violence*, 36 (19-20), 2021, pp. 9770 ss.; GENGLER/ALKAZEMI/ALSHAREKH, «Who Supports Honor-Based Violence in the Middle East? Findings From a National Survey of Kuwait», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(11-12), 2021, pp. NP6013 ss.; HEYDARI/TEYMOORI/TRAPPES, «Honor killing as a dark side of modernity: Prevalence, common discourses, and a critical view», *Social Science Information*, 60(1), 2021, pp. 86 ss.; NAVED/KHAN, «Multilevel Control Over Sexuality of Unmarried Adolescent Girls and Related Violence: A Qualitative Exploration in Slums of Dhaka, Bangladesh», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(15-16), 2021, pp. 6956 ss.; NE'EMAN-HAVIV, «Israeli Arabs' acculturation patterns and attitudes toward honor killings», *International Journal of Intercultural Relations*, 85, 2021, pp. 104 ss.

²⁵ GILL/MITRA-KAHN, *Policy and Politics*, 40(1), 2012, pp. 107 ss.; BJÖRKTOMTA, «Honor-Based Violence in Sweden – Norms of Honor and Chastity», *Journal of Family Violence*, 34, 2019, pp. 449 ss.; BATES, *Violence Against Women*, 27(10), 2021, pp. 1774 ss.; GORAR, *Honour Based Crimes and the Law. Defining the limits of Honour Based Violence and Abuse*, 2021, pp. 41 ss.

²⁶ VILLACAMPA, *Estudios Penales y Criminológicos*, 43, 2023, pp. 1 ss.

²⁷ SEN, «Crimes of honour. Value and meaning», en WELCHMAN/HOSSAIN (Eds.) *Crimes, paradigms and violence against women*, 2005, pp. 42 ss.; DOĞAN, *Homicide Studies*, 20(1), 2016, pp. 53 ss.; COONEY, *Execution by Family: A Theory of Honor Violence*, 2019, pp. 30 ss.; VILLACAMPA, *Estudios Penales y Criminológicos*, 43, 2023, pp. 1 ss.

²⁸ BHANBHRO/CRONIN DE CHAVEZ/LUSAMBILI, *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(3), 2016, pp. 198 ss.

²⁹ MAYEDA/VIJAYKUMAR, «A Review of the Literature on Honour-Based Violence», *Sociology Compass*, 10(5), 2016, pp. 353 ss.

Dada la ausencia de suficiente abordaje de esta forma de violencia en países como el nuestro y su tratamiento claramente sectorializado y centrado en sus más graves manifestaciones, la presente investigación busca facilitar la comprensión del concepto de VCH, determinando las distintas expresiones que puede entenderse que comprende dicho “concepto paraguas” según la literatura especializada emitida desde 2016, año en que vieron la luz los dos únicos estudios en que se han abordado conjuntamente todas las posibles formas de VCH antes mencionados. Esto por considerar que el análisis categórico de esta realidad puede contribuir en mayor medida que su abordaje sectorializado al diseño de estrategias efectivas para prevenirla y afrontarla. Las principales cuestiones que se busca responder con esta investigación son: 1. ¿Cuál ha sido la evolución del interés científico por el estudio de las diversas manifestaciones de la VCH en los últimos años?; 2. ¿Qué manifestaciones de la conducta violenta se deduce de la literatura más reciente que pueden entenderse incluidas dentro de la definición de VCH y cuáles son sus más relevantes características?; y 3. ¿En qué áreas geográficas se centra dicha literatura?. Respondidas estas cuestiones, un ulterior aspecto subyacente al que se busca ofrecer respuesta mediante este trabajo, aunque no pueda considerarse propiamente una pregunta que haya guiado la investigación, es si, una vez valorada la virtualidad del criterio clasificatorio de las distintas manifestaciones de la VCH adoptado por la literatura para comprender y afrontar este tipo de violencia, puede proponerse un diverso principio ordenador que pueda resultar más eficaz a estos efectos.

2. Método

Dado que la atención y el esfuerzo académico volcados en algunos países en los últimos años en el análisis de la VCH ha comportado la publicación de un relevante corpus de conocimientos, se consideró que la realización de una revisión crítica de la literatura constituía una metodología adecuada para revisar el actual estado académico de la cuestión. Trascendentes intentos de servirse de una revisión narrativa han puesto de relieve la utilidad de las revisiones sistemáticas³⁰, al permitir minimizar el sesgo en la recopilación de datos mediante la estandarización de los análisis de la literatura³¹. Por dicho motivo, además de por la constatación de que la única revisión sistemática realizada sobre la cuestión fue publicada en 2016³², año en el que también vio la luz otra revisión narrativa sobre el particular³³, se estimó que esta opción metodológica era la adecuada.

El procedimiento siguió los mismos pasos observados en la revisión sistemática realizada por BHANBHRO et al.³⁴, adoptándose el método PRISMA-P (*Preferred Reporting Items for Systematic Reviews and Meta-Analyses Protocol*) que comprende las siguientes fases: a) definición de la pregunta; b) definición de una estrategia de búsqueda (base de datos, criterios de inclusión y

³⁰ ALQAHTANI/ALMUTAIRI/BINAQEEL/ALMUTAIRI/AL-QAHTANI/MENEZES, *Healthcare*, 11(1), 2023, pp. 74 ss.

³¹ GRANT/BOOTH, «A typology of reviews: An analysis of 14 review types and associated methodologies», *Health Information & Libraries Journal*, 26, 2009, pp. 91 ss.; SNYDER, «Literature review as a research methodology: An overview and guidelines», *Journal of Business Research*, 104, 2019, pp. 333 ss..

³² BHANBHRO/CRONIN DE CHAVEZ/LUSAMBILI, *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(3), 2016, pp. 198 ss.

³³ MAYEDA/VIJAYKUMAR, *Sociology Compass*, 10(5), 2016, pp. 353 ss.

³⁴ BHANBHRO/CRONIN DE CHAVEZ/LUSAMBILI, *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(3), 2016, pp. 198 ss.

exclusión y términos utilizados); c) escrutinio de la base de datos; d) revisión de los artículos académicos seleccionados; e) mapeo de la evidencia encontrada (delineando los contornos de la literatura e informando la dirección e interpretación de la síntesis); y f) discusión y conclusiones de la revisión para responder a las preguntas de investigación inicial. Los pasos a), b) y c) se describen en este apartado metodológico, mientras que los últimos aparecen reflejados al exponer los resultados y la discusión y conclusiones de este trabajo.

En relación con la definición de las preguntas de la investigación, si bien el objetivo principal de BHANBHRO et al.³⁵ era comprender de forma global la VCH, razón por la que se parte de la investigación realizada por estos autores, se consideró útil centrar la búsqueda específicamente en una única pregunta, lo suficientemente amplia, de entre las formuladas por estos autores, que coincide con nuestra pregunta 2: ¿Qué diferentes manifestaciones puede adoptar la VCH?. Esto al considerar que la misma permitiría también ofrecer también respuesta a las preguntas 1 y 3 de la investigación. Se antojaba relevante, atendido el marco teórico, identificar las diferentes expresiones que puede adoptar la VCH y asignarlas claramente bajo el paraguas de la violencia de género relacionada con el honor aunque la investigación seleccionada o independiente se centrara en una manifestación específica de esta forma de violencia, lo que permite poner en evidencia los sesgos temáticos.

Respecto de la definición de la estrategia de búsqueda, las bases de datos utilizadas para recuperar las publicaciones pertinentes fueron Scopus y Web of Science (WoS). La variedad de temas que abarca la violencia contra las mujeres y la falta de coherencia y claridad en la definición implicaron que se requirieran términos de búsqueda amplios y variados. Los términos de búsqueda se basaron en los utilizados por BHANBHRO et al. en 2016³⁶: violencia contra las mujeres, violencia basada en el "honor", homicidio y asesinato por "honor", crimen por "honor", feminicidio, mutilación genital femenina, matrimonio forzado, salud física/mental/reproductiva/sexual/salud pública/bienestar. A estos se añadieron algunos más, diseñados para captar sinónimos, variantes y temas estrechamente asociados en torno a la VCH (es decir, se puede encontrar "Violencia basada en el honor" pero también artículos etiquetados como "Abuso relacionado con el honor"): Abuso relacionado con el "honor", planchado de pechos/senos, aborto forzado, suicidio forzado y "conducta/comportamiento" controlador. Los criterios de inclusión se detallan en la Tabla I.

³⁵ BHANBHRO/CRONIN DE CHAVEZ/LUSAMBILI, *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(3), 2016, pp. 198 ss.

³⁶ LAS MISMAS, *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(3), 2016, pp. 198 ss.

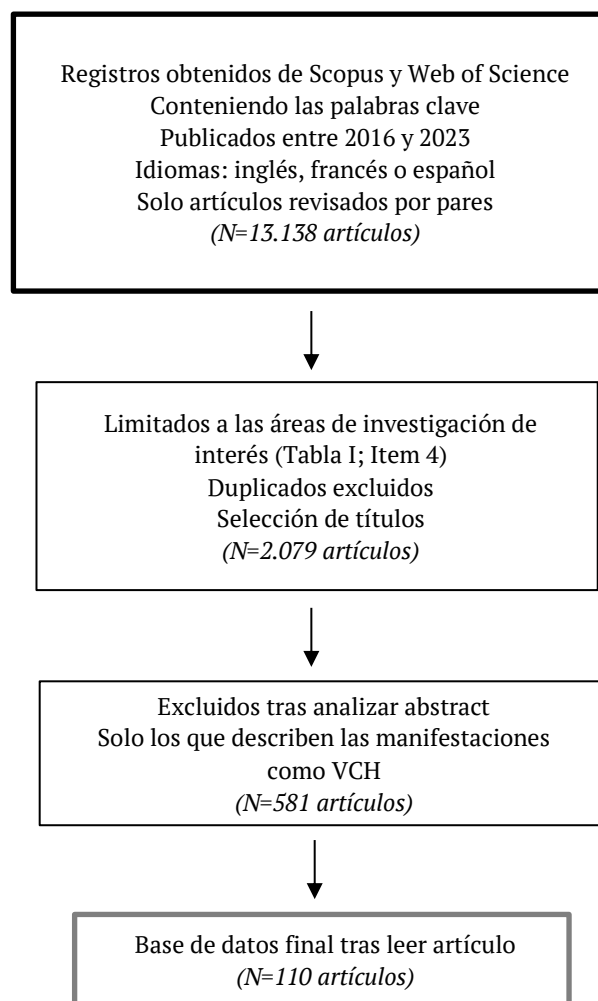
Tabla I. Criterios de inclusión para la búsqueda de artículos en Scopus y WoS

Criterio de inclusion	Resumen	Explicación
1. Fecha de publicación	Entre 2016 y 2023 (ambos incluidos)	De 2016 a 2023.
2. Accesibilidad	Texto completo accesible	
3. Amplia relevancia y especificidad	Violencia atribuida al honor o incluida en el marco de la VCH. Contiene información sobre las manifestaciones de la VCH en lugar de: a) marcos teóricos, o b) considera la VCH como un concepto general sin identificar ninguna expresión específica.	Sólo trabajos incluidos dentro de "Psicología", "Ciencias del Comportamiento", "Sociología", "Medicina Legal", "Pediatria", "Servicios de Ciencias de la Salud", "Salud Pública Ambiental y Ocupacional", "Patología", "Ginecología y Obstetricia", "Comunicación", "Historia", "Administración Pública", "Geografía", "Estudios Asiáticos", "Toxicología", "Demografía", "Psiquiatría", "Derecho Gubernamental", "Ciencias Sociales Otros Temas", "Ética Médica", "Trabajo Social", "Religión", "Ciencias Sociales Biomédicas", "Artes Humanidades Otros Temas", "Abuso de Sustancias", "Relaciones Internacionales", "Enfermería", "Estudios sobre la Mujer", "Estudios Étnicos", "Filosofía", "Estudios de Área", "Estudios Culturales", "Estudios sobre la Familia", "Antropología", "Penología Criminal", "Cuestiones Sociales", "Estudios sobre la Mujer", "Educación Investigación Educativa", "Estudios de Desarrollo" y "Estudios Urbanos".
4. Idioma	Inglés, francés y español	
5. Documento académico	Revisado por expertos	Sólo se incluyeron artículos académicos publicados en revistas revisadas por pares, al considerarse generalmente en la academia que haber superado una revisión garantiza la calidad de la investigación. No se tuvieron en cuenta capítulos de libros, resúmenes de simposios ni tesis.

En cuanto al examen de las bases de datos, la búsqueda se realizó en Scopus y WoS con los mismos términos y criterios. Los primeros resultados de ambos sitios arrojan 13.138 resultados desde 2016. Tras aplicar la búsqueda refinada, se determinó que 2.079 documentos cumplían los criterios de inclusión. El proceso de escrutinio mecánico fue desarrollado por una sola de las autoras, lo que metodológicamente permite mantener la consistencia de la muestra, aunque pueda comportar limitaciones y sesgos en la investigación.

La muestra seleccionada para analizar el abstract fue de 581 artículos. Se excluyeron los artículos que no se centraban en una (o más) manifestaciones específicas de la VCH y/o no proporcionaban una descripción de manifestaciones concretas de la misma. Era un requisito previo que la violencia descrita se atribuyera específicamente al honor o que se incluyera en el marco de la VCH. Se excluyeron los trabajos centrados en la necesidad de investigar más a fondo alguna o algunas de las concretas manifestaciones de VCH, pero que abordaban esa o esas concretas manifestaciones de manera colateral. También fueron excluidos los artículos cuyo objetivo era obtener una cuantificación de la incidencia de este tipo de violencia.

La muestra final a analizar en profundidad consistió en 110 artículos. La Figura I describe el flujo de documentos PRISMA y la estrategia de investigación.

Figura I. Flujo de documentos a través de nuestra revisión.

Dado que la muestra final es muy extensa, se ha optado por no incluir la tabla global confeccionada expresiva de la información recogida en relación con los 110 artículos analizados en profundidad. Los mismos están listados en el apartado de bibliografía. Para poder identificarlos, se ha señalado que forman parte de la revisión sistemática, incluyendo el signo **(RS)** al final de las correspondientes referencias bibliográficas.

En relación con estos artículos, se determinaron los siguientes extremos: a) prevalencia de estudios sobre manifestaciones de la VCH y metodología de investigación empleada, b) las principales formas de violencia analizadas, c) los principales resultados y conclusiones y d) las áreas geográficas y países cubiertos. El análisis de las variables listadas en la letra a) se orientaba a responder la primera pregunta de esta investigación, el de las variables b) y c) la segunda y el de las variables d) la tercera.

En punto a determinar la metodología de investigación empleada en cada uno de los artículos de la muestra final, se crearon tres grupos: 1) entrevista -que incluye todas las interacciones cara a cara orientadas a la recopilación de datos cualitativos, es decir, grupos de discusión, historias de vida, entrevistas estructuradas o no, etc.-; 2) encuestas/cuestionarios; y 3) marcos teóricos con o sin análisis de políticas.

La forma de violencia se extrajo del propio documento. No se hizo ninguna diferencia entre matrimonios infantiles, concertados o forzados y todos se agruparon como matrimonio forzado (MF). Los documentos que incluían más de una manifestación de violencia se consideraron tantas veces como violencias incluían a efectos de determinar las manifestaciones de violencia abordadas.

La información extraída en relación con los cuatro extremos analizados en los 110 artículos que han constituido la muestra final se expone en el epígrafe de resultados. Antes de pasar al mismo, debe darse cuenta de las limitaciones y sesgos de tipo metodológico en que puede haberse incurrido en la presente investigación, lo que conduce a que deban interpretarse con cautela los resultados obtenidos. Esto no sin advertir, pese a las posibles deficiencias, que en este estudio se analizan en profundidad un número elevado de documentos en comparación con el montante promedio de los que integran las revisiones sistemáticas al uso.

Por una parte, en relación con el diseño del estudio, se observan las siguientes cuatro limitaciones que pueden haber comportado la exclusión de la muestra de documentos relevantes para el objeto de la investigación: 1. Limitación del período temporal analizado: no se analiza sistemáticamente la literatura científica relacionada con manifestaciones de la VCH desde que esta forma de violencia se identificase porque el presente estudio parte de la existencia de una previa revisión sistemática, la llevada a cabo por BHANBHRO et al., de cuyos resultados se parte, lo que comporta que no implique análisis directo de documentos publicados antes de 2016; 2. La revisión ha extraído la información de dos bases de datos: con ser de las más relevantes en el ámbito académico y abarcar escritos en tres idiomas diversos, la limitación en el número de las bases seleccionadas puede haber comportado también sesgos en la selección de documentos; 3. Haber centrado los criterios de búsqueda, en lo que al contenido de los artículos se refiere, en el abordaje de alguna o algunas manifestaciones concretas de la VCH, excluyendo los que se refieren a los marcos teóricos en que se asienta este tipo de violencia o los que consideran la VCH como concepto general sin identificar ninguna concreta expresión de la misma, puede haber tenido semejante efecto limitador; 4. Circunscribir la búsqueda a artículos sujetos a revisión por pares excluye de la muestra otros documentos que, pudiendo ser académicamente muy solventes, no han sido sometidos a dicho sistema de garantía de la calidad científica. Por otra parte, en lo que a la implementación de la metodología se refiere, quizá la limitación más relevante, como se ha indicado ya, tenga que ver con que una sola investigadora se haya encargado de realizar el escrutinio mecánico de los originales que acabaron conformando la muestra final.

3. Resultados

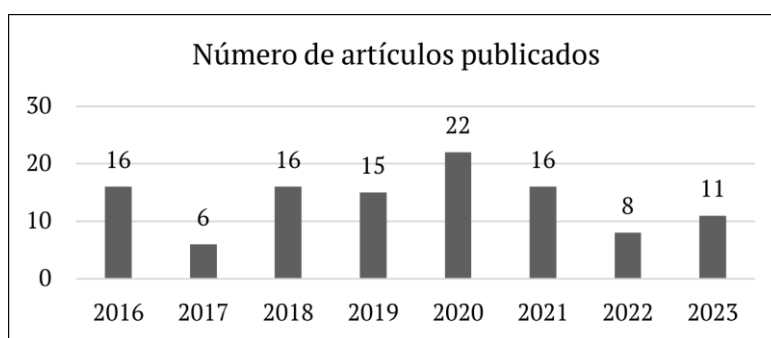
Los resultados que aquí se presentan describen el estado general de las pruebas empíricas basadas en las expresiones de la violencia por motivos de honor. Se analizarán tres variables surgidas de los artículos integrados en la revisión sistemática vinculadas con las preguntas que orientaban la investigación: a) prevalencia y diseño metodológico de los estudios sobre VCH, b) expresiones de esta violencia analizadas en los artículos que integran la muestra y sus características y, finalmente, c) área geográfica que cubren los estudios.

3.1. Prevalencia de estudios académicos sobre VCH y diseño metodológico

Respondiendo a la primera de las preguntas de la investigación, en lo que a la evolución del interés científico o académico por el estudio de las diversas manifestaciones de la VCH se refiere, la revisión sistemática realizada indica un evidente aumento del mismo. Desde 2016, año en que se publicaron las revisiones crítica³⁷ y narrativa³⁸ que han servido de punto de partida a la sistemática aquí realizada, resulta evidente la tendencia al incremento de artículos publicados sobre manifestaciones diversas de la VCH.

Aun cuando, como muestra la Figura II, no puede hablarse de aumento continuo de artículos durante los años que cubre esta revisión, el escrutinio global comparado con la revisión efectuada por BHANBHRO et al. pone de manifiesto como la muestra para analizar de artículos completos se ha triplicado en esta revisión en relación con aquella. Esto porque, siendo los criterios de búsqueda prácticamente idénticos, la mencionada revisión sistemática arrojó una muestra final de 30 artículos hasta 2015 -al descartarse 16 de los 46 seleccionados tras leer todo el texto- frente a los 110 que integran la muestra final de la presente revisión, publicados de 2016 a 2023.

Figura II. Número de artículos publicados sobre VCH por año



Pero no solo eso, sino que el número de títulos seleccionados en cada una de las fases del proceso PRISMA es claramente superior en esta revisión, pese a que el período de tiempo analizado es menor. Así, mientras la muestra inicial fue de 3.162 artículos en 2016, ha sido de 13.138 en 2024 y, si se mantuvo la muestra en 378 artículos cuyo abstract se consideró en 2016, ha quedado en 581 en 2014. Ya este primer resultado evidencia la necesidad de una revisión renovada, así como la importancia de identificar las diferentes manifestaciones analizadas en el marco del concepto de VCH.

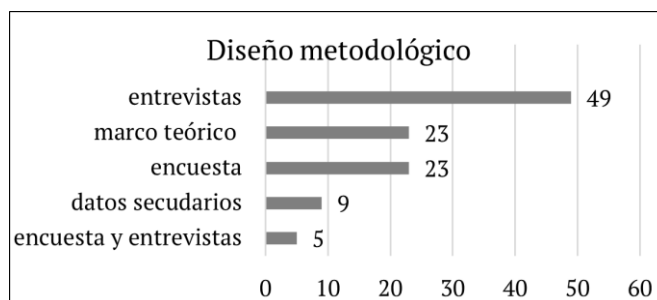
Junto a esto, también puede observarse una evolución en el diseño metodológico de los estudios académicos en materia de VCH. Si bien en 2016, la mayoría de los estudios que integraron la muestra fueron de tipo conceptual o teórico (68%), frente a un 32% que implementaban metodología empírica, aun sin que se hubiesen recogido datos acerca de si la misma era de tipo cuantitativo o cualitativo, en el período cubierto por esta revisión se produce un sustancial incremento de los artículos que comportan la recopilación de datos primarios. La tendencia se ha invertido en 2023, como se observa en la Figura III, en que solo el 20,9% de los artículos

³⁷ BHANBHRO/CRONIN DE CHAVEZ/LUSAMBILI, *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(3), 2016, pp. 198 ss.

³⁸ MAYEDA/VIJAYKUMAR, *Sociology Compass*, 10(5), 2016, pp. 353 ss.

analizados (N=23) son de tipo teórico o conceptual, frente al 70 % (N=87) que trabajan con datos, mayoritariamente primarios (como sucede con entrevistas o encuestas o combinaciones de ambas), aun cuando en menor medida con datos secundarios, sobre todo extraídos de expedientes policiales o judiciales. Con ser claramente mayoritarios los estudios de tipo empírico, el diseño metodológico empleado se escora claramente hacia la realización de investigaciones de tipo cualitativo, con datos extraídos de entrevistas, resultando menos prevalentes los de tipo cuantitativo.

Figura III. Diseño metodológico



3.2. Expresiones de VCH abordadas en los artículos analizados

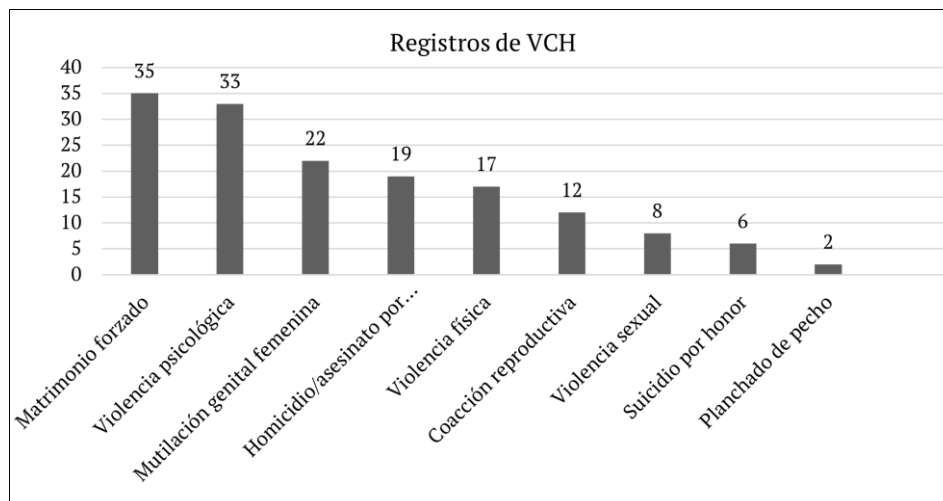
En respuesta a la segunda de las preguntas de la investigación, los análisis estadísticos descriptivos permiten identificar nueve grandes categorías de VCH que se indican a continuación: 1) violencia psicológica, 2) coacción reproductiva, 3) mutilación genital femenina (MGF), 4) matrimonio forzado (que incluye el de menores y el concertado) (MF), 5) planchado de pecho o de seno, 6) homicidio o asesinato por honor, 7) suicidio por honor, 8) violencia sexual y 9) violencia física no letal.

Tabla II. Número de artículos publicados sobre VCH por año publicados y manifestaciones de la VCH analizadas

	2016 (N=16)	2017 (N=6)	2018 (N=16)	2019 (N=15)	2020 (N=22)	2021 (N=16)	2022 (N=8)	2023 (N=11)	Total (N=110)
Violencia psicológica	4	3	5	4	5	4	4	4	33
Mutilación genital femenina	7	1	4	6	1		1	2	22
Matrimonio forzado (infantil, concertado y forzado)	5	3	3	5	7	4	4	4	35
Violencia física	2	1	2		7	2	2	1	17
Planchado de pecho	1					1			2
Homicidio/asesinato	3	1	3	1	4	4	1	2	19
Coacción reproductiva		1	2		5	3		1	12
Suicidio forzado				2	2		1	1	6
Violencia sexual	1		1	1	4	1			8
TOTAL	23	10	20	19	35	19	13	15	154

La Tabla II muestra que los 110 trabajos analizados arrojan 154 expresiones de VCH distribuidas por años. La Figura IV muestra la relevancia cuantitativa de las diversas manifestaciones de VCH analizadas.

Figura IV. Expresiones de VCH incluidas en la muestra final



La mayoría de los análisis realizados, por orden decreciente, versan sobre matrimonio forzado (22,7%), violencia psicológica (21,4%) y mutilación genital femenina (14,2%), seguidos por los trabajos centrados en los homicidios o asesinatos por razones de honor u *honour killings* (HK). Tanto es así que el 58,44% de los trabajos incluían uno o algunos de estos tres aspectos, por lo que se sitúan en un primer nivel de atención, al superar las dos decenas de artículos dedicados por expresión. Precisamente en un segundo nivel en cuanto a prevalencia de análisis se refiere, se hallan los homicidios y asesinatos por honor -muy próximos en nivel de atención a algunas de las expresiones del primer grupo-, la violencia física no letal y la coacción reproductiva, expresiones a las que se dedican más de una decena sin llegar a las dos decenas de artículos. Finalmente, las expresiones de VCH a las que hasta el momento se ha prestado menos atención, porque se les dedica menos de una decena de artículos, son la violencia sexual, el suicidio por honor y el planchado de pecho. En los siguientes epígrafes se exponen los aspectos más relevantes sobre cada una de estas expresiones de la VCH que se deduce de la literatura analizada por orden decreciente, según la relevancia cuantitativa que se les otorga en los artículos analizados.

a. *Matrimonio forzado*

Los matrimonios forzados, infantiles o concertados, que en esta investigación se han aglutinado bajo la etiqueta MF, constituyen la manifestación de la VCH a cuya investigación se ha dedicado en mayor medida la academia, pese a considerarse una expresión de la misma grave desde el punto de vista de la afectación que produce en las víctimas, esto es, desde la perspectiva del resultado lesivo que esta práctica puede entrañar. Un total de 35 de los artículos analizados lo incluyen como una práctica tradicional patriarcal. La mayoría de los trabajos incluidos en la revisión sistemática identifican estos procesos con mecanismos que obedecen a dictados patriarcales que comportan la negación de agencia a los individuos para decidir en materia de

selección de contrayente matrimonial, si bien algunos trabajos concretos indican que no siempre dicha agencia resulta absolutamente soslayada³⁹.

Un número significativo de los artículos analizados focalizan la investigación en los países europeos (N=11) y en cómo hacer frente a lo que se considera una violación de los derechos humanos. Las opciones sugeridas para afrontar la práctica desde un prisma jurídico-civil, sobre todo en países occidentales, oscilan entre las que consideran que son uniones nulas y, por tanto, proponen solicitar la anulación matrimonial ante los tribunales⁴⁰ y las que permitirían la legalización de este tipo de matrimonios cuando se han contraído en origen debido sobre todo a las incertidumbres que comporta su anulación en destino⁴¹. En cuanto al abordaje preferentemente punitivo de este tipo de matrimonios adoptado en la mayor parte de países integrados en el Consejo de Europa como consecuencia de lo dispuesto en el Convenio de Estambul, se considera que dicha estrategia no tiene éxito por sí sola. Una parte relevante de los estudios analizados valoran que se precisa la implementación de políticas de prevención, protección y educación para incentivar la propia agencia de los contrayentes a la hora de escoger contraparte⁴².

La prevalencia de esta práctica está vinculada a variables como la falta de educación, la pobreza o escasez de recursos económicos, las prácticas patriarcales, la inconsistencia de la ley en los supuestos de pluralidad de normas que pueden resultar contradictorias, la endémica falta de agencia de las mujeres y su ausencia de capacidad para heredar o tener iniciativa económica⁴³,

³⁹ Entre ellos, ASGHARI, «Early Marriage in Iran: A Pragmatic Approach», *Journal of Human Rights Practice*, 11(3), 2019, pp. 569 ss.; STARK, «Motives and Agency in Forced Marriage among the Urban Poor in Tanzania», *Ethnos*, 85(1), 2019, pp. 124 ss.; MALONEY, «Ending Impunity for Forced Marriage in Conflict Zones The Need for Greater Judicial Emphasis on the Human Rights of Girls», *Journal of International Criminal Justice*, 19(2), 2021, pp. 327 ss..

⁴⁰ GILL/HAMED, «Muslim Women and Forced Marriages in the UK», *Journal of Muslim Minority Affairs*, 36(4), 2016, pp. 540 ss..

⁴¹ DETHLOFF, «Child Brides on The Move: Legal Responses to Culture Clashes», *International Journal of Law Policy and the Family*, 31(3), 2018, pp. 302 ss.

⁴² ASKOLA, «Responding to vulnerability? Forced marriage and the law», *University of New South Wales Law Journal*, 41(3), 2018, pp. 977 ss.; VILLACAMPA, «Forced marriage as a lived experience: Victims' voices», *International Review of Victimology*, 26(3), 2020, pp. 344 ss.; GILL/GOULD, «The role of family coercion, culture, expert witnesses and best practice in securing forced marriage convictions», *Journal of Gender-based Violence*, 4(1), 2020, pp. 1 ss.; SIMMONS/WONG, «Learning from lived experience: Australia's legal response to forced marriage», *University of New South Wales Law Journal*, 44(4), 2021, pp. 80 ss.; TORRES/VILLACAMPA, «Intervention with Victims of Forced Marriage», *Women & Criminal Justice*, 32(3), 2021, pp. 288 ss.; HONKALA, «An Unhappy Interlude: Trivialisation and Privatisation of Forced Marriage in Asylum-Seeker Women's Cases in the UK», *Refugee Survey Quarterly*, 41(3), 2022, pp. 472 ss.

⁴³ SALEDA, *Al-Jami ah Journal of Islamic Studies*, 54(1), 2016, pp. 95 ss.; SARICH/OLIVIER/BALES, «Forced Marriage, Slavery, and Plural Legal Systems: An African Example», *Human Rights Quarterly*, 38(2), 2016, pp. 450 ss.; MALATYALI/KAYNAK/HASTA, «A Social Dominance Theory Perspective on Attitudes Toward Girl Child Marriages in Turkey: The Legitimizing Role of Ambivalent Sexism», *Sex Roles*, 77(9-10), 2017, pp. 687 ss.; AHMED/KAREEM/SHABILA/MZORI, «Knowledge and perspectives of female genital cutting among the local religious leaders in Erbil governorate, Iraqi Kurdistan region», *Reproductive Health*, 15(1), 2018, pp. 44 ss.; GROSE/HAYFORD/CHEONG/GARVER/KANDALA/YOUNT, «Community Influences on Female Genital Mutilation/Cutting in Kenya: Norms, Opportunities, and Ethnic Diversity», *Journal of Health and Social Behavior*, 60(1), 2019, pp. 84 ss.; DESSALEGN/AYELE/HAILU/ADDISU/ABEBE/SOLOMON/MOGESS/STULZ, «Gender Inequality and the Sexual and Reproductive Health Status of Young and Older Women in the Afar Region of Ethiopia», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(12), 2020, pp. 4592 ss.; MOHAMMADI/NEDJAT/DARGAHPOUR/MEHRI/MAJIDZADEH, «Factors Associated With Self-Burning Among Women in Reproductive Age of Ilam: A Case-Control Study in a Western Part of Iran», *Archives of Suicide Research: official journal of the International Academy for Suicide Research*, 26(2), 2020, pp. 707 ss.; BENGTSSON/LANDBERG/JERNBRO,

así como la aceptación generalizada y acrítica de dicho sistema por parte de ambos géneros⁴⁴. De entre los trabajos analizados, 2 de los publicados en 2016 insisten en la disociación de esta práctica respecto de los valores islámicos, de manera que pueden considerarse indicativos de la tendencia entre los investigadores a desvincular la violencia contra las mujeres en general del Islam a que se ha aludido en la introducción⁴⁵. Entre los factores asociados que se indican al inicio de este párrafo, sin vincularlo con determinadas culturas, el secuestro de novias es analizado por KIM/KARIORIS⁴⁶ asociándolo al declive de la situación económica y a una confrontación con una modernización de la que algunos colectivos están o se sienten excluidos.

Se ha destacado que los hombres también se ven obligados a contraer estos matrimonios, es decir, que también ellos pueden carecer de agencia y experimentar coacción, aunque esta sea una realidad que victimice más a mujeres⁴⁷. Las diferencias de género, junto con comportar divergencias en la victimización, también influyen en la búsqueda de ayuda y en los mecanismos de afrontamiento a que recurren las víctimas. De tal manera que los hombres son menos propensos a buscar ayuda porque admitir haber sido coaccionados puede ser visto como "poco masculino"⁴⁸. Sin embargo, la situación diferencial a la que se enfrentan hombres y mujeres una vez casados hace que las consecuencias sean desiguales para uno y otro género. Es importante señalar que, en algunos casos, el MF se produce después de que la mujer/niña haya sido deshonrada, es decir, tras haber mantenido real o supuestamente relaciones prematrimoniales, tanto si son consentidas como si han sido impuestas -en aquellos casos en que las mujeres han sido violadas-, lo que provoca el ejercicio de violencia por partida doble sobre la mujer forzada a contraer⁴⁹.

Un porcentaje nada desdeñable de los trabajos analizados (42%) vincula el padecimiento de MF a otras violencias. Dicho porcentaje va consolidándose gradualmente, puesto que aumenta a más de la mitad de la muestra a partir de 2018 (55%). La constatación de que las mujeres sometidas a esta práctica son victimizadas antes de que el matrimonio llegue a contraerse y, una vez contraído el mismo, al no permitírseles abandonarlo, conduce a señalar que el MF es un proceso más que un evento y que la violencia experimentada adopta la forma de *continuum*⁵⁰.

«Increased risk of child maltreatment and mental health problems among adolescents with restrictions regarding choice of future partner: Results from a Swedish school-based survey», *Scandinavian Journal of Public Health*, 50(8), 2022, pp. 1133 ss.; KAYNAK/MALATYALI/HASTA, «Hostile Sexism and Gender System Justification Predict Greater Support for Girl Child Marriage in Turkey», *Sex Roles*, 88(5-6), 2023, pp. 201 ss.

⁴⁴ TORRES/VILLACAMPA, *Women & Criminal Justice*, 32(3), 2021, pp. 288 ss.; MORROW/YOUNT/BERGENFELD/LATERRA/KALRA/KHAN/CLARK, «Adolescent boys' and girls' perspectives on social norms surrounding child marriage in Nepal», *Culture, Health & Sexuality*, 25(10), 2023, pp. 1277 ss.

⁴⁵ GILL/HAMED, *Journal of Muslim Minority Affairs*, 36(4), 2016, pp. 540 ss.; SALENDI, *Al-Jami'ah Journal of Islamic Studies*, 54(1), 2016, pp. 95 ss.

⁴⁶ KIM/KARIORIS, «Bound to be grooms: the imbrication of economy, ecology, and bride kidnapping in Kyrgyzstan», *Gender, Place & Culture*, 28(11), 2020, pp. 1627 ss.

⁴⁷ GILL/HARVEY, «Examining the Impact of Gender on Young People's Views of Forced Marriage in Britain», *Feminist Criminology*, 12(1), 2017, pp. 72 ss.; VILLACAMPA, *International Review of Victimology*, 26(3), 2020, pp. 344 ss.; IDRIS, *Journal of Interpersonal Violence*, 37(13-14), 2022, pp. 1 ss.

⁴⁸ GILL/HARVEY, *Feminist Criminology*, 12(1), 2017, pp. 72 ss.

⁴⁹ MULUMEODERHWA, «'A Girl Who Gets Pregnant or Spends the Night with a Man is No Longer a Girl': Forced Marriage in the Eastern Democratic Republic of Congo», *Sexuality & Culture*, 20, 2016, pp. 1042 ss.; FRIAS, «Family and Partner Violence Against Women: Forced Marriage in Mexican Indigenous Communities», *International Journal of Law Policy and the Family*, 31(1), 2017, pp. 60 ss.

⁵⁰ LANDIS/FALB/MICHELIS/BLACKOMERE/STARK, «Violence, Well-Being and Level of Participation in Formal Education among Adolescent Girls in Eastern Democratic Republic of the Congo: The Role of Child Marriage»,

b. Violencia psicológica

Esta expresión de la VCH, que podría considerarse no tan grave como la anteriormente analizada partiendo estrictamente de los efectos producidos en las víctimas, constituye la segunda en términos de prevalencia en la revisión sistemática realizada. A su análisis se dedican 33 artículos. Incluye aspectos como el control coercitivo, la coacción, la amenaza, el aislamiento, las restricciones de la libertad, la manipulación o el abuso emocional. La concienciación sobre la herencia y/o la dependencia económica de las mujeres como discriminación de género (N=2) no se incluyó como una expresión de la VCH en sí misma, incorporándola como forma de violencia psicológica, al implicar dependencia de las mujeres con respecto a los hombres⁵¹. Como después veremos al analizar la violencia física no letal, las diversas manifestaciones de la violencia psicológica incluidas en la categoría ahora analizada se hallan presentes en la mayor parte de casos de VCH, constituyendo una suerte de expresión basal de la VCH común a algunas de sus distintas manifestaciones.

El control coercitivo, presente en otras manifestaciones de la VCH, resulta particularmente trascendental en el análisis de esta concreta expresión de la misma, ya que constituye un mecanismo para controlar a mujeres y chicas sin necesidad de recurrir a la violencia física⁵². MAYEDA et al.⁵³ alertan de la dificultad de distinguir el recurso a este mecanismo del cumplimiento voluntario de los roles tradicionales de género, puesto que su empleo hace que cada individuo se comporte como se espera de su estatus y, con ello, se permite que se perpetúen tradiciones, valores, desigualdades y violencias que resultan en cierto modo intrínsecas a los roles tradicionales atribuidos a hombres y mujeres, conforme también se ha expuesto en los supuestos

Studies In Social Justice, 12(2), 2018, pp. 273 ss.; GROSE/HAYFORD/CHEONG/GARVER/KANDALA/YOUNT, *Journal of Health and Social Behavior*, 60(1), 2019, pp. 84 ss.; MARCUS/BEGUM/ALSABAHI/CURTIS, «Between Choice and Obligation: An Exploratory Assessment of Forced Marriage Problems and Policies among Migrants in the United States», *Social Policy and Society*, 18(1), 2019, pp. 19 ss.; THUPAYAGALE-TSHWENEAGAE/PHUTHI/IBITOYE, «Patterns and Dynamics of Sexual Violence among Married Adolescents in Zimbabwe», *Africa Journal of Nursing and Midwifery*, 21 (2), 2019, pp. 6455 ss.; VILLACAMPA, *International Review of Victimology*, 26(3), 2020, pp. 344 ss.; CHANTLER/MCCARRY, *Violence Against Women*, 26(1), 2020, pp. 89 ss.; DESSALEGN/AYELE/HAILU/ADDISU/ABEBE/SOLOMON/MOGESS/STULZ, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(12), 2020, pp. 4592 ss.; MOHAMMADI/NEDJAT/DARGAHPOUR/MEHRI/MAJIDZADEH, *Archives of Suicide Research : official journal of the International Academy for Suicide Research*, 26(2), 2020, pp. 707 ss.; WIKHOLM/MISHORI/OTTENHEIMER/KOROSTYSHEVSKIY/REINGOLD/WIKHOLM/HAMPTON, «Female Genital Mutilation/Cutting as Grounds for Asylum Requests in the US: An Analysis of More than 100 Cases», *Journal of Immigrant and Minority Health*, 22(4), 2020, pp. 675 ss.; NOACK-LUNDBERG/GILL/ANITHA, «Understanding forced marriage protection orders in the UK», *Journal of Social Welfare and Family Law*, 43(4), 2021, pp. 371 ss.; SIMMONS/WONG, *University of New South Wales Law Journal*, 44(4), 2021, pp. 80 ss.; TORRES/VILLACAMPA, *Women & Criminal Justice*, 32(3), 2021, pp. 288 ss.; JIMENEZ, «Le contrôle excessif dans le contexte des violences basées sur l'honneur au Québec: Analyse juridique et jurisprudentielle d'une violence genrée», *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, 37(1), 2022, pp. 69 ss.; BENGTSSON/LANDBERG/JERNBRO, *Scandinavian Journal of Public Health*, 50(8), 2022, pp. 1133 ss.; VAN BAAK/HAYES, «Female Genital Mutilation and Age at Marriage: Risk Factors of Physical Abuse for Women in Sierra Leone», *Journal of Family Violence*, 2023, pp. 1 ss.

⁵¹ AHMAD/BATOOL/DZIEGIELEWSKI, «State of Inheritance Rights: Women in a Rural District in Pakistan», *Journal of Social Service Research*, 42(5), 2016, pp. 622 ss.; DESSALEGN/AYELE/HAILU/ADDISU/ABEBE/SOLOMON/MOGESS/STULZ, «Gender Inequality and the Sexual and Reproductive Health Status of Young and Older Women in the Afar Region of Ethiopia», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(12), 2020, pp. 4592 ss.

⁵² CHISHUGI/FRANKE, «Sexual Abuse in Cameroon: A Four-Year-Old Girl Victim of Rape in Buea Case Study», *Journal of Child Sexual Abuse*, 25(6), 2016, pp. 619 ss.; MAYEDA/CHO/VIJAYKUMAR, «Honor-based violence and coercive control among Asian youth in Auckland, New Zealand», *Asian Journal of Women's Studies*, 25(2), 2019, pp. 159 ss.; JIMENEZ, *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, 37(1), 2022, pp. 69 ss.

⁵³ MAYEDA/CHO/VIJAYKUMAR, *Asian Journal of Women's Studies*, 25(2), 2019, pp. 159 ss.

de MF⁵⁴. La mayoría de los trabajos analizados vinculan el recurso al control coercitivo con otras manifestaciones específicas de la VCH⁵⁵. En tal sentido, por ejemplo, APLIN, DESSALEGN et al., IDRIS y JIMÉNEZ⁵⁶ se centran en relacionarlo con la falta de elección -con el MF y la coacción reproductiva principalmente a través de la manipulación-. Por otra parte, ANITHA et al.⁵⁷ lo relacionan con el aislamiento y BJÖRKTOMTA, COUTURE-CARRON e IDRIS⁵⁸ con el abuso durante las relaciones de noviazgo y/o con el chantaje.

El abuso emocional o psicológico también se correlaciona con otras manifestaciones de la VCH en muchos de los trabajos analizados. Así, con los matrimonios forzados (N=12), con el recurso a la violencia física no letal (N=8), con la mutilación genital femenina, la coacción reproductiva o la práctica de ceremonias de virginidad (N=4), con la violencia sexual (N=2), el suicidio forzado (N=1) y el homicidio/asesinato por honor (N=1). En algunos de los trabajos se destacan la tensión, la depresión, el aislamiento y los pensamientos suicidas como consecuencias de la coerción derivada de la tesitura en que a menudo se encuentran las mujeres sometidas a este tipo de violencia, en que los valores tradicionales se contraponen a valores más modernos, propios de las sociedades occidentales, de acogida. En los supuestos en que dicha confrontación acontece, los investigadores consideran que la negociación constituye la principal estrategia desarrollada por las mujeres para afrontar la violencia ejercida contra ellas⁵⁹, si bien la sumisión constituye el mecanismo último que garantiza la supervivencia cuando no es posible negociar⁶⁰.

Las mujeres de la familia, sobre todo madres y suegras, desempeñan un papel destacado en el empleo del control coercitivo. El mismo se deriva de su posición respecto de las mujeres de cuya formación se encargan, poniendo de manifiesto su doble rol, como víctimas de este tipo de

⁵⁴ VILLACAMPA, *International Review of Victimology*, 26(3), 2020, pp. 344 ss.; TORRES/VILLACAMPA, *Women & Criminal Justice*, 32(3), 2021, pp. 288 ss.

⁵⁵ BATES, *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research*, 10(4), 2018, pp. 293 ss.; BJÖRKTOMTA, *Journal of Family Violence*, 34, 2019, pp. 449 ss.; JIMENEZ, *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, 37(1), 2022, pp. 69 ss.; LAMBOLEY/PELLAND/GOGUEN, *Criminologie*, 55(1), 2022, pp. 35 ss.

⁵⁶ APLIN, *Women Studies International Forum*, 60, 2017, pp. 1 ss.; DESSALEGN/AYELE/HAILU/ADDISU/ABEBE/SOLOMON/MOGESE/STULZ, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(12), 2020, pp. 4592 ss.; IDRIS, *Journal of Interpersonal Violence*, 37(13-14), 2022, pp. 1 ss.; JIMENEZ, *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, 37(1), 2022, pp. 69 ss.

⁵⁷ ANITHA/ROY/YALAMARTY, «Gender, Migration, and Exclusionary Citizenship Regimes: Conceptualizing Transnational Abandonment of Wives as a Form of Violence Against Women», *Violence Against Women*, 24(7), 2018, pp. 747 ss.

⁵⁸ BJÖRKTOMTA, *Journal of Family Violence*, 34, 2019, pp. 449 ss.; COUTURE-CARRON, «Shame, Family Honor, and Dating Abuse: Lessons From an Exploratory Study of South Asian Muslims», *Violence Against Women*, 26(15-16), 2020, pp. 2004 ss.; IDRIS, *Journal of Interpersonal Violence*, 37(13-14), 2022, pp. 5 ss.

⁵⁹ HONKATUKIA/KESKINEN, «The social control of young women's clothing and bodies: A perspective of differences on racialization and sexualization», *Ethnicities*, 18(1), 2018, pp. 142 ss.; MAYEDA/CHO/VIJAYKUMAR, *Asian Journal of Women's Studies*, 25(2), 2019, pp. 159 ss.; CHRISTIANSON/TEILER/ERIKSSON, «"A woman's honor tumbles down on all of us in the family, but a man's honor is only his": young women's experiences of patriarchal chastity norms», *International Journal of Qualitative Studies on Health and Well-being*, 16(1), 2021, pp. 1862480 ss.; NAVED/KHAN, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(15-16), 2021, pp. 6956 ss.; SANGAR/HOWE, «How discourses of sharam (shame) and mental health influence the help-seeking behaviours of British born girls of South Asian heritage», *Educational Psychology in Practice*, 37(4), 2021, pp. 343 ss.; AHMAD, «"You Don't Want to Be Perceived as Wild and Unruly": How Ethnic Minority Women Experience and Negotiate Their Autonomy within Honor-Related Contexts», *Social Sciences*, 12, 2023, pp. 575 ss.

⁶⁰ LAMBOLEY/PELLAND/GOGUEN, *Criminologie*, 55(1), 2022, pp. 35 ss.

expresiones violentas, pero también como perpetradoras⁶¹. Precisamente se centran en el papel que la mujer desarrolla en el recurso a este tipo de VCH algunos de los estudios analizados. CAFFARO et al.⁶² analizaron la percepción del control excesivo del padre a la hija en una situación figurada en Italia y en dos países africanos: Marruecos y Camerún. En este último país, las mujeres tendían a ser más estrictas con las niñas que los hombres y en ambas nacionalidades africanas se culpaba más a la víctima de VCH que al agresor. BATES⁶³ realizó un interesante análisis diferenciando la violencia perpetrada por las madres de la perpetrada por las mujeres de la familia política de las víctimas, encontrando que las primeras tienden a utilizar la manipulación, la amenaza, el control emocional y la justificación del comportamiento de los varones contra las niñas, mientras que las mujeres pertenecientes a la familia política tienden a utilizar el aislamiento y recurren a la violencia física.

c. Mutilación genital femenina

La tercera de las manifestaciones de la VCH a la que cuantitativamente la literatura analizada ha prestado más atención vuelve a consistir en una de las expresiones más graves de la VCH atendiendo a los resultados que para la salud de las mujeres entraña: se trata de la mutilación genital femenina, a la que se dedican 22 artículos, la mitad de los cuales se centran en analizar la situación en países africanos (N=11). Surge de los estudios analizados como la causa principal de la MGF es mantener el control social sobre la sexualidad femenina, incluida la protección de la virginidad de las mujeres, así como su fidelidad, previniendo de tal forma su promiscuidad sexual, las relaciones sexuales prematrimoniales -con la consiguiente reducción de la incertidumbre acerca de la paternidad en caso de embarazo-, la masturbación o simplemente el deseo sexual o la lujuria⁶⁴. Junto a esta razón, se produce también la asociación de esta práctica con la estética y la higiene⁶⁵. Se observa asimismo en relación con esta forma de VCH, como se ha visto en las anteriores, que existe una tendencia a considerarla en el marco de un continuo de violencia en nombre del honor contra mujeres y niñas más que como una expresión singular y aislada de la misma⁶⁶.

Evidencian los estudios realizados como la prevalencia estimada de esta manifestación de la VCH puede venir muy condicionada por la inadecuación de las normativas vigentes y políticas públicas implementadas para luchar contra esta realidad allí donde se produce, que no son suficientes para proteger a las víctimas mujeres. Esto, unido al pudor que produce hablar públicamente de

⁶¹ BATES, *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research*, 10(4), 2018, pp. 293 ss.; IDRIS, *Journal of Interpersonal Violence*, 37(13-14), 2022, pp. 1 ss.; LAMBOLEY/PELLAND/GOGUEN, *Criminologie*, 55(1), 2022, pp. 35 ss.

⁶² CAFFARO/MULAS/SCHMIDT, «The Perception of Honour-Related Violence in Female and Male University Students from Morocco, Cameroon and Italy», *Sex Roles*, 75, 2016, pp. 555 ss.

⁶³ BATES, *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research*, 10(4), 2018, pp. 293 ss.

⁶⁴ SIFUNA/ABAG/WASIKE, «Female Genital Mutilation/Cutting among the Wardei of Kenya: Practice, Effects, and Prospects for Alternative Rites of Passage», *Journal of Anthropological Research*, 72(3), 2016, pp. 337 ss.; ONYISHI/PROKOP/OKAFOR/PHAM, «Female Genital Cutting Restricts Sociosexuality Among the Igbo People of Southeast Nigeria», *Evolutionary Psychology*, 14(2), 2016, pp. 1474704916648784 ss.

⁶⁵ AHMED/KAREEM/SHABILA/MZORI, *Reproductive Health*, 15(1), 2018, pp. 44 ss.

⁶⁶ GROSE/HAYFORD/CHEONG/GARVER/KANDALA/YOUNT, *Journal of Health and Social Behavior*, 60(1), 2019, pp. 84 ss.; LEVER/OTTENHEIMER/TEYSIR/SINGER/ATKINSON, «Depression, Anxiety, Post-traumatic Stress Disorder and a History of Pervasive Gender-Based Violence Among Women Asylum Seekers Who Have Undergone Female Genital Mutilation/Cutting: A Retrospective Case Review», *Journal of Immigrant and Minority Health*, 21(3), 2019, pp. 483 ss.; WIKHOLM/MISHORI/OTTENHEIMER/KOROSTYSHEVSKIY/REINGOLD/WIKHOLM/HAMPTON, *Journal of Immigrant and Minority Health*, 22(4), 2020, pp. 675 ss.; VAN BAAK/HAYES, *Journal of Family Violence*, 2023, pp. 1 ss.

algo que se relaciona con el ámbito de la mujer, siempre interno y privado, puede comportar que no se denuncien los casos y que una parte muy relevante de los que se producen no afloran⁶⁷. KAPLAN et al.⁶⁸ analizan la trascendencia del posible cambio de actitud de las personas pertenecientes a comunidades migrantes y su influencia en la comunidad de referencia al renunciar a practicar la ablación a sus hijas conforme los padres y madres ganan más poder de decisión individual frente a la comunidad en lo que a prácticas como la FGM concierne. Sin embargo, encontraron que la justificación ofrecida por quienes no siguen con esta práctica frente a la comunidad está relacionada con el conocimiento de las leyes prohibitivas en los países de destino. Los resultados de su análisis, pues, ponen de manifiesto que, aunque la aprobación de normas prohibitivas contribuye a generar una tendencia hacia el fin de esta práctica, tal tendencia no implica un cambio efectivo en el nivel de control que pueden experimentar las mujeres, pues no se evidencia una modificación de los valores y normas de honor y patriarcales que envuelven el mantenimiento de estas prácticas. De ahí que CATANIA et al., NOWAK y AHMED et al.⁶⁹ apelen a la importancia de involucrar a los hombres, los líderes comunitarios y los ancianos en las políticas preventivas debido a su importancia en las tradiciones de la comunidad.

La estrecha relación de esta manifestación de la VCH con la salud de las mujeres resulta evidente. Quizá por esto más de la cuarta parte de los artículos analizados que la abordan (28%) incluyen referencias a temas emergentes en relación con la misma que interpelan directamente a la salud de las personas mutiladas y que buscan minimizar sus efectos, si bien pueden no conducir a su erradicación, tales como la medicalización de cualquier intervención de este tipo, la cirugía reconstructiva o el mantenimiento de los ritos de paso sin ablación. Concretamente, la medicalización de la MGF surge como el tema principal que da lugar a debate, evidenciando que su aumento en los países africanos sigue siendo un reto, sobre todo porque una parte importante de los proveedores de atención sanitaria la consideran positiva debido a que incrementa la seguridad de esta práctica en condiciones sanitarias mínimas en comparación con las ablaciones tradicionales clandestinas en el hogar, aspecto que no contribuye precisamente a reducir su práctica⁷⁰.

⁶⁷ CATANIA/MASTRULLO/CASELLI/CECERE/ABDULCADIR/ABDULCADIR, «Male perspectives on FGM among communities of African heritage in Italy», *International Journal of Human Rights in Health Care*, 9(1), 2016, pp. 41 ss.; CHISHUGI/FRANKE, *Journal of Child Sexual Abuse*, 25(6), 2016, pp. 619 ss.; FARACA, «This is not my fatherland. Female genital mutilation/cutting in the context of migration: narratives of Nigerian women asylum seekers», *Revista Brasileira de Direito*, 12(2), 2016, pp. 18 ss.; LIEN, «Prosecution of the offence of female genital mutilation/cutting in Norway», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 31(2), 2017, pp. 191 ss.; GANGOLI/GILL/MULVIHILL/HESTER, «Perception and barriers: reporting female genital mutilation. Journal of Aggression», *Conflict and Peace Research*, 10(4), 2018, pp. 251 ss.; SABI BOUN/OTU/YAYA, «Fighting female genital mutilation/cutting (FGM/C): towards the endgame and beyond», *Reproductive Health*, 20(1), 2023, pp. 51 ss.

⁶⁸ KAPLAN/PERARNAU MOLES/SANYANG/LE CHARLES/ÁLVAREZ/ALIAGA, «The Impact of Circular Migration on FGM/C: Transnational Communities in Spain and The Gambia», *Social Sciences*, 8(10), 2019, pp. 290 ss.

⁶⁹ CATANIA/MASTRULLO/CASELLI/CECERE/ABDULCADIR/ABDULCADIR, *International Journal of Human Rights in Health Care*, 9(1), 2016, pp. 41 ss.; NOWAK, «The School Nurse's Role in Addressing Female Genital Mutilation», *NASN School Nurse*, 31(5), 2016, pp. 286 ss.; AHMED/KAREEM/SHABILA/MZORI, *Reproductive Health*, 15(1), 2018, pp. 44 ss.

⁷⁰ KAPLAN MARCUSÁN/RIBA SINGLA/LAYE/SECKA/UTZET/LE CHARLES, «Female genital mutilation/cutting: changes and trends in knowledge, attitudes, and practices among health care professionals in The Gambia», *International Journal of Women's Health*, 8, 2016, pp. 103 ss.; KIMANI/ESHO/KIMANI/MUNI/KAMAU/KIGONDU/KARANJA/GUYO, «Female Genital Mutilation/Cutting: Innovative Training Approach for Nurse-Midwives in High Prevalent Settings», *Obstetrics and Gynecology International*, 2018, pp. 5043512 ss.; EL-GIBALY/AZIZ/ABOU HUSSEIN, «Health care providers' and mothers' perceptions about the medicalization of female genital mutilation or cutting in Egypt: a cross-sectional qualitative study», *BMC Int Health Hum Rights*, 19, 2019, pp. 26 ss.

d. *Homicidio o asesinato por honor*

Justo por detrás del grupo de expresiones de la VCH que han merecido más atención académica se halla un segundo grupo al que se ha prestado algo menos de atención, pero que encabezan acercándose al grupo de las más analizadas, los homicidios y asesinatos por honor. Se trata quizá de la expresión más grave de la VCH, al comportar, junto a los suicidios por honor, un resultado letal para las víctimas. A la misma se han dedicado 18 artículos de los que integran la revisión sistemática.

Los homicidios y asesinatos por causa de honor consisten en la ejecución intencionada de mujeres a las que se considera transgresoras del código de honor y que, por tanto, se entiende que han faltado al respeto a sus familias. Las razones alegadas por los perpetradores para justificar su conducta se refieren a la deshonor que el comportamiento de las víctimas ha traído a la familia, considerando la muerte de estas mujeres como el único recurso para restaurarlo en cumplimiento de una norma social que les evite incurrir en una situación de muerte social⁷¹. Las causas que pueden desencadenar que este tipo de violencia se cierna sobre las víctimas van desde ausentarse de casa o hablar por teléfono hasta haber sido violada⁷². Los factores que explican su prevalencia están relacionados con la aceptación social⁷³, la desigualdad de género⁷⁴, la frecuencia con que se asiste a la mezquita por parte de los perpetradores -considerando en particular las visitas sociales al centro más que aquellas que tiene por objeto la oración privada-, el fundamentalismo, el bajo nivel educativo, vivir en zonas rurales⁷⁵ y el choque entre la modernización y los valores tradicionales⁷⁶. Junto a tales factores de tipo más ideológico y social, aunque estructurales, aspectos de carácter más institucional, como la debilidad del sistema judicial y las lagunas legales en las áreas geográficas donde este tipo de violencia se practica, también favorecen la prevalencia de los homicidios y asesinatos por causa de honor⁷⁷. En este sentido, uno de los trabajos analizados pone de manifiesto como la prueba de virginidad a los cadáveres de mujeres asesinadas mediante esta práctica, que constituye un test que permite una reducción de condena en algunas jurisdicciones, se continúa practicando aunque despierte criticismo en algunos sectores profesionales⁷⁸.

⁷¹ DOĞAN, *Homicide Studies*, 20(1), 2016, pp. 53 ss.; KHATIB/EDGE/SPEED, *Violence Against Women*, 26(9), 2020, pp. 1008 ss.; MUFTULER-BAC/MUFTULER, «Provocation defence for femicide in Turkey: The interplay of legal argumentation and societal norms», *European Journal of Women's Studies*, 28(2), 2021, pp. 159 ss.

⁷² AL GHARAIBEH, «Debating the role of custom, religion and law in 'honour' crimes: implications for social work», *Ethics and Social Welfare*, 10(2), 2016, pp. 122 ss.

⁷³ ÇOYMAK, *Social Justice Research*, 33(3), 2020, pp. 284 ss.; HADI, *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 9(3), 2020, pp. 29 ss.

⁷⁴ HUDA/KAMAL, «Development and validation of attitude towards honour killing scale», *Pakistan Journal of Psychological Research*, 33(1) 2018, pp. 191 ss.

⁷⁵ BELLER/KRÖGER/HOSSER, *Journal of Interpersonal Violence*, 36 (19-20), 2021, pp. 9770 ss.; DAYAN, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(19-20), 2021, pp. NP10393 ss.

⁷⁶ DAYAN, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(19-20), 2021, pp. NP10393 ss.

⁷⁷ HADI, *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 9(3), 2020, pp. 29 ss.; HAYAJNEH/ALSHDAIFAT, «Is the Law Per Se to Blame for Exacerbating So-Called 'Honour Killings'? The Case of Jordan», *Journal of Human Rights Practice*, 14(2), 2022, pp. 648 ss.; ALQAHTANI/ALMUTAIRI/BINAQEEL/ALMUTAIRI/AL-QAHTANI/MENEZES, *Healthcare*, 11(1), 2023, pp. 74 ss.

⁷⁸ SALAMEH/SALAMEH/SHWAIKI/ABDER-RAHMAN, «Forensic medical aspects of femicide in Jordan», *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 56, 2018, pp. 90-93.

Pese a que las víctimas son generalmente mujeres, pues es precisamente en su conducta sexual donde se reside fundamentalmente el honor familiar, los investigadores también han prestado atención a la especificidad de que los hombres puedan haber sido víctimas de estas conductas⁷⁹, así como que las mujeres hayan podido actuar como perpetradoras⁸⁰, lo mismo que se ha visto sucede con otras formas de VCH.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en otras expresiones de VCH, en que resulta común que el análisis preferente de una manifestación de esta aparezca fenomenológicamente vinculado, relacionándose también su análisis académico, con otra u otras expresiones de este tipo de violencia, los homicidios o asesinatos por causa de honor se incluyen mayoritariamente como una manifestación aislada de la VCH. Su producción se centra en Oriente próximo (N=14), principalmente en Turquía (N=6), además de en Asia como continente (N=4). Que el estudio académico de esta forma de VCH se acostumbra a abordar aisladamente lo demuestra que solo 2 de los artículos revisados incluyen el análisis de otra expresión de la VCH junto al homicidio o asesinato por honor. Se trata de la aportación de GRZYB⁸¹, que crea un marco en el que considera el sistema de opresión contra las mujeres por causa de honor como un todo basado en una tradición patriarcal en que los homicidios y asesinatos por honor forman parte de la violencia simbólica, además de desempeñar un rol preventivo general relevante, que hace que mujeres que potencialmente podrían transgredir el código de honor eviten hacerlo para no correr la misma suerte que las que han sido asesinadas. Por su parte, GIBBS et al.⁸² analizan la correlación de factores sobre los asesinatos y homicidios por honor concluyendo que la presencia de esta expresión de la VCH en las familias covaría con otras manifestaciones de este tipo de violencia. Junto a estos 2 estudios, un tercer artículo que aporta datos forenses sobre homicidios y asesinatos por razón en honor en Turquía alude a la relación de esta forma de VCH con otras expresiones de la misma. El referido análisis⁸³ encontró que en el 25% de los casos en que se había asesinado a la víctima por motivos de honor se habían producido antes episodios de violencia física, a lo que añaden que tanto los perpetradores directos de la muerte como los parientes cercanos (hermanos, por ejemplo) tienen la intención de matar a sus víctimas en lugar de simplemente causarles dolor. Concluyen, pues, que estos sucesos constituyen más ejecuciones deliberadas que homicidios por impudencia o incluso doloso eventuales, sin observarse heridas defensivas⁸⁴ que sí se han evidenciado en HK producidos en otros entornos geográficos, como Jordania, aunque también en estos últimos supuestos se apunte a que nos hallamos claramente frente a asesinatos⁸⁵.

e. Violencia física no letal

Una prevalencia de análisis similar a la de los homicidios y asesinatos por honor tienen los estudios centrados en la violencia física no letal, abordada en 17 artículos. Son escasos los trabajos que se centran únicamente en la violencia física. De hecho, la mayor parte de los estudios

⁷⁹ ATREYA/MENEZES/NEPAL, «The tragic consequence of false honour: Understanding the phenomenon of "honour-killings" and its legal implications in Nepal», *The Medico-legal Journal*, 91(3), 2023, pp. 156 ss.

⁸⁰ DOĞAN, *Deviant Behavior*, 39(10), 2018, pp. 1247 ss.

⁸¹ GRZYB, *Current Sociology*, 64(7), 2016, pp. 1036 ss.

⁸² GIBBS/SAID/CORBOZ/JEWKES, *PloS one*, 14(8), 2019, pp. e0219125 ss.

⁸³ TOPRAK/ERSOY, «Femicide in Turkey between 2000 and 2010», *PloS one*, 12(8), 2017, pp. e0182409 ss.

⁸⁴ TOPRAK/ERSOY, *PloS one*, 12(8), 2017, pp. e0182409 ss.

⁸⁵ SALAMEH/SALAMEH/SHWAIKI/ABDER-RAHMAN, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 56, 2018, pp. 90 ss.

analizados vinculan el recurso a esta expresión de la VCH como un elemento más del abuso en nombre del honor bien junto con la violencia psicológica o emocional y el control coercitivo (N=8), bien en relación con el matrimonio forzado (N=5), con la mutilación genital femenina y las ceremonias de virginidad (N=5), con la coacción reproductiva y la violencia sexual (N=7), e incluso en relación con el suicidio por honor (N=1).

Los escasos artículos incluidos en la revisión sistemática que analizan singularmente esta expresión de la VCH vertebran la aportación sobre un concreto tipo de violencia física no letal, así la violencia física ejercida mediante ataques de ácido⁸⁶, cuando no reflexionan acerca de la vinculación del recurso a los golpes y el maltrato físico con la tolerancia que los perpetradores y quienes los apoyan muestran hacia la violencia empleada contra las parejas o exparejas, esto es, con el maltrato doméstico en general⁸⁷. Estos últimos trabajos resultan precisamente demostrativos de la mayor tolerancia hacia el recurso a la violencia doméstica de personas entrevistadas cuando existe un conflicto relacionado con el honor, como la infidelidad⁸⁸, en sintonía con artículos analizados que han puesto de manifiesto la covarianza de una actitud de aceptación de la violencia doméstica con la justificación de diferentes manifestaciones de la violencia por causa de honor, la física entre ellas⁸⁹.

Pese a que la violencia física no letal por honor puede ser una de las prácticas más comunes para disuadir a las mujeres y a las niñas de enfrentarse a la autoridad patriarcal en todo el mundo, es decir, pese a que puede constituir un recurso prevalente para obligarlas a obedecer determinado código de honor, su aproximación no es ajena a la confusión institucional en ocasiones involuntariamente producida y en otras quizá intencionalmente inducida entre violencia contra las mujeres en general y violencia doméstica. Abordar estos episodios de violencia física contra las mujeres con una motivación de honor como si fuesen casos de violencia doméstica que no necesariamente deben tener ese trasfondo patriarcal y de preservación del honor conduce a enfocarlos de manera ineficiente tanto por parte de las agencias policiales como de las organizaciones orientadas a la prevención y atención a las víctimas, como denuncia un sector de la literatura analizada⁹⁰.

f. Coacción reproductiva

La última de las expresiones de la VCH que se ha incluido en esta franja de atención intermedia por parte de la academia, que no llega a las dos decenas de artículos dedicados, es lo que hemos denominado “coacción reproductiva”, a la que se dedican 12 artículos. La misma comprende diversas conductas que son expresivas de violencia reproductiva. Quizá la que más evidentemente la constituye son las prácticas que denotan la falta de autonomía de la mujer en cuestiones reproductivas y el control de sus embarazos, estrechamente vinculadas con la

⁸⁶ JABEEN/RIAZ/OMER, «Applying Socioecological Framework to Acid Attack Violence: An Exploration of Inhabitant Factors», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(23-24), 2021, pp. NP12481 ss.

⁸⁷ GENGLER/ALKAZEMI/ALSHAREKH, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(11-12), 2021, pp. NP6013 ss.; CEYLAN-BATUR/SAKALLI/GUNARATNE, *Current Psychology*, 42(12), 2023, pp. 9720 ss.

⁸⁸ GENGLER/ALKAZEMI/ALSHAREKH, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(11-12), 2021, pp. NP6013 ss.; CEYLAN-BATUR/SAKALLI/GUNARATNE, *Current Psychology*, 42(12), 2023, pp. 9720 ss.

⁸⁹ DIKMEN/MUNEVVER, «The relationship between domestic violence and the attitudes of women towards honor, gender roles, and wife-beating in Turkey», *Arch Psychiatr Nurs*, 34(5), 2020, pp. 421 ss.

⁹⁰ BEGUM/KHAN/BREWER/HALL, *Genealogy*, 4(3), 2020, pp. 69 ss.

preferencia por los hijos varones, aunque también están relacionadas con este tipo de violencia las ceremonias de virginidad.

En las culturas de honor, las estructuras económicas y sociales subyacen y se conforman con base en la falta de agencia de las mujeres en cuestiones tanto sexuales como concretamente reproductivas. En tales sistemas, las mujeres son propiedad de los hombres y sus cuerpos se consideran propiedad reproductiva, por lo que el embarazo aparece como una forma de control que desempeña un importante papel en el dictado de su conducta combinado con otras expresiones de la VCH⁹¹. La gestación implica que la mujer que la está llevando a cabo, si ha concebido naturalmente, es sexualmente activa. Al mismo tiempo, dado que a término comporta que para estos patrones culturales la ahora gestante va a tener que acabar ocupándose fundamentalmente de la crianza de los hijos que ha alumbrado, propiciar embarazos en las mujeres constituye también una herramienta que favorece que permanezcan ancladas al desempeño del rol que la tradición les atribuye.

Este carácter ambivalente de la gravidez contribuye a entender por qué, en función de las circunstancias, la preservación del honor puede residir en facilitar o en entorpecer la producción de embarazos al margen de la opinión de las mujeres cuyos cuerpos se emplean con dicho fin. Tanto es así que PEARSON et al.⁹² subdividen la coacción reproductiva entre la implementación de estrategias orientadas a la promoción del embarazo -tales como el sabotaje a los medios contraceptivos que la mujer pueda estar adoptando o el forzamiento a continuar con un embarazo no deseado- y las dirigidas a evitarlo -así, el forzamiento a usar medios contraceptivos o el aborto forzado-. En los dos casos se trata de técnicas dirigidas a controlar el cuerpo de la mujer y a la mujer misma, que acostumbran a imponerse con violencia o intimidación, que interaccionan con otras manifestaciones de la VCH, como la violencia física y sexual, que acostumbran a tener como motivaciones la formación o la disolución de la familia, la preferencia por los hijos varones y el mantenimiento del control sobre las mujeres.

Como se ha indicado, la coacción gestacional está muy relacionada con la preferencia por los hijos varones, como segunda manifestación de esta expresión de la VCH. Esto porque dicha preferencia comporta la devaluación de las hijas y puede derivar en abortos selectivos⁹³. Tal predilección por tener descendencia masculina se describe en aportaciones académicas centradas en la India y en Nigeria como el precipitado lógico de procesos económicos, políticos y sociales

⁹¹ APLIN, *Women Studies International Forum*, 60, 2017, pp. 1 ss.; BURRY/THORBURN/JURY, «‘I had no control over my body’: Women’s experiences of reproductive coercion in Aotearoa New Zealand», *Aotearoa New Zealand Social Work*, 32(1), 2020, pp. 17 ss.; DESSALEGN/AYELE/HAILU/ADDISU/ABEBE/SOLOMON/MOGESS/STULZ, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(12), 2020, pp. 4592 ss.; KIM, «Re-feminizing the post-soviet women: identity, politics and virginity ceremonies in contemporary Kyrgyzstan», *Journal of Gender Studies*, 29(6), 2020, pp. 706 ss.; TARZIA/DOUGLAS/SHEERAN, «Reproductive coercion and abuse against women from minority ethnic backgrounds: views of service providers in Australia», *Culture, Health & Sexuality*, 24(4), 2020, pp. 466 ss.; CARTER/BATESON/VAUGHAN, «Reproductive coercion and abuse in Australia: what do we need to know?», *Sexual Health*, 18(5), 2021, pp. 436 ss.

⁹² PEARSON/AQTAR/PAUL/MENZEL/FONSEKA/UYSAL/ANDERSEN/SILVERMAN, «‘Here, the girl has to obey the family’s decision’: A qualitative exploration of the tactics, perceived perpetrator motivations, and coping strategies for reproductive coercion in Bangladesh», *SSM - Qualitative Research in Health*, 3, 2023, pp. 100243 ss.

⁹³ SATTAR/AHMAD/ZAKAR/MAQSOOD, «Watering the Plant in Another’s Courtyard: An Ethnographic Exploration of Daughters’ Devaluation Through Sex-Selected Abortions Among the Rural Married Females in South Punjab, Pakistan», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(9-10), 2021, pp. 4490 ss.

sistémicos más amplios⁹⁴. Junto a esto, se analiza también la vinculación de esta expresión de la VCH con procesos de diáspora y contextos migratorios, en tanto se atribuye a los varones la función de preservar el honor familiar y colectivo particularmente frente al racismo y la discriminación sufridos por los migrantes en las sociedades de destino en tales situaciones⁹⁵.

Finalmente, en relación con las ceremonias de virginidad, se trata de una práctica intrínsecamente vinculada con la coacción reproductiva orientada a evitar gestaciones, lo que explica su inclusión en esta expresión de la VCH. GORAR⁹⁶ llama la atención sobre esta manifestación de la VCH por entrañar festejos que desvalorizan a las mujeres, que se siguen practicando pese a que no exista constatación empírica de que efectivamente resulten fiables en tanto que prueba de virginidad, puesto que el himen puede romperse por causas distintas al mantenimiento de relaciones sexuales, además de que su perforación puede constituir en algunos casos una condición congénita. Sin embargo, negarse a realizar este tipo de tests medicalizados puede comportar que acaben realizándose en condiciones sanitariamente deficientes y de manera clandestina, incluso forzando a la mujer, con lo que se incrementa el daño físico y psicológico infringido a la persona que padece la prueba, de forma similar a lo que ocurre con la mutilación genital femenina, cuya práctica clandestina o al modo tradicional es todavía más perniciosa que cuando se lleva a cabo medicalizadamente. También llama la atención sobre la exigencia de las himenoplastias como requisito cultural sin base médica, que puede tener efectos negativos en la paciente.

g. Violencia sexual

Entrando en el análisis del grupo de las formas de VCH que han recibido hasta el momento menor atención por parte de la literatura científica, a las que se ha dedicado menos de un decenio de artículos, la más prevalente es la violencia sexual, a la que se dedican 8 de los artículos analizados. Debe ser entendida en sentido amplio, abarcando tanto manifestaciones estrictamente violentas como abusivas negadoras de la autodeterminación sexual de las mujeres.

Se considera que esta forma de violencia integra parte de las violencias que sufren las mujeres en todo el mundo, no circunscritas a regiones geográficas concretas, debido a la consideración de que el cuerpo de las mujeres puede ser utilizado por los hombres para satisfacer su deseo sexual. En algunas regiones la violencia sexual deriva en otras manifestaciones de la VCH o puede que incluso sea responsable de las mismas. Pese a que las mujeres, no quienes las agreden sexualmente, están obligadas a mantener su castidad, algunas formas de VCH pueden buscar enmascarar atributos femeninos de las mujeres para evitar, entre otras cosas, que acaben sufriendo violencia sexual, lo que comportaría el deshonor de la familia. Esto explica por qué la amenaza de agresión sexual puede ser co-responsable de la mutilación genital femenina y del

⁹⁴ PUREWAL, «Sex Selective Abortion, Neoliberal Patriarchy and Structural Violence in India», *Feminist Review*, 119(1), 2018, pp. 20-38; OLOFINBIYI/AWOLEKE/ATIBA/OLAOGUN/OLOFINBIYI/AWOLEKE, «Predictors of Maternal Preference for Sex-Selective Pregnancy Termination in a Developing Nation with Restrictive Abortion Laws», *Maternal and Child Health Journal*, 25(5), 2021, pp. 813 ss.

⁹⁵ MUCINA, *Canadian Journal of Development Studies / Revue Canadienne d'études Du Développement*, 39(3), 2018, pp. 426 ss.

⁹⁶ GORAR, «Female Sexual Autonomy, Virginity, and Honour-based Violence with Special Focus on the UK», *Journal of International Women's Studies*, 22(5), 2021, pp. 72 ss.

planchado de senos⁹⁷, sirviendo además como justificación para mantener tales prácticas. Además, las agresiones sexuales pueden derivar en matrimonios precoces, cuando no directamente forzados, al obedecerse la máxima de que las mujeres violadas pueden "limpiar" la deshonra que la agresión sexual por ellas sufrida ha hecho recaer sobre sus respectivas familias casándose con su agresor⁹⁸.

También porque las mujeres, esto es, las víctimas, son aquellas en quienes se residencia el deber de mantener la castidad, aun frente a las agresiones sexuales, se las culpa a ellas en caso de padecer este tipo de episodios, lo que entorpece claramente el afloramiento de tales situaciones, al desincentivarse las denuncias⁹⁹.

h. Suicidio por honor

En segundo término en intensidad de atención académica en este último grupo de manifestaciones de la VCH se halla el suicidio por honor, al que se dedican preferentemente 6 de los artículos analizados.

El suicidio forzado y el suicidio por honor son aspectos recientemente considerados como posibles manifestaciones de la VCH que aquí se engloban conjuntamente bajo la designación de suicidio por honor. Aunque difieren, ambos fenómenos están integrados en el sistema de honor. Se considera como suicidio forzado el que es inducido por la familia de la mujer suicida precisamente para evitar ser acusada de asesinato u homicidio. Se trata de casos que, jurídico-penalmente hablando, podrían calificarse de inducciones al suicidio, pero que pueden llegar a producirse en situaciones de tanta presión colectiva que están a un paso de la autoría mediata de homicidio o asesinato en que la persona suicida misma es empleada como instrumento. Tanto es así, tan delgada es la línea, fenomenológicamente hablando, que separa estos casos de los de homicidio o asesinato por honor que hay quien opina que deberían tener la consideración legal de homicidios o asesinatos por honor, por tratarse de auténticos homicidios o asesinatos enmascarados¹⁰⁰. Por el contrario, el suicidio por honor propiamente dicho es el resultado de una decisión teóricamente adoptada por propia voluntad de la víctima, aun cuando la concreta implicación de los potenciales instigadores permanece indefinida, pudiendo resultar dudoso hasta qué punto esa decisión autónoma de la mujer que se suicida ha sido libremente adoptada, pues puede constituir el resultado de un proceso de reflexión altamente condicionado por el entorno.

Entre los temas emergentes abordados en los trabajos centrados en esta manifestación de la VCH, GUNASINGHE et al.¹⁰¹ analizan en Europa la ideación suicida experimentada por mujeres jóvenes

⁹⁷ CHISHUGI/FRANKE, *Journal of Child Sexual Abuse*, 25(6), 2016, pp. 619 ss.; WIKHOLM/MISHORI/OTTENHEIMER/KOROSTYSHEVSKIY/REINGOLD/WIKHOLM/HAMPTON, *Journal of Immigrant and Minority Health*, 22(4), 2020, pp. 675 ss.

⁹⁸ CHISHUGI/FRANKE, *Journal of Child Sexual Abuse*, 25(6), 2016, pp. 619 ss.; LANDIS/FALB/MICHELIS/BLACKOMERE/STARK, *Studies In Social Justice*, 12(2), 2018, pp. 273 ss.; THUPAYAGALE-TSHWENEAGAE/PHUTHI/IBITOYE, *Africa Journal of Nursing and Midwifery*, 21 (2), 2019, pp. 6455 ss.; KIM, *Journal of Gender Studies*, 29(6), 2020, pp. 706 ss.

⁹⁹ CHISHUGI/FRANKE, *Journal of Child Sexual Abuse*, 25(6), 2016, pp. 619 ss.; GUL/SCHUSTER, «Judgments of marital rape as a function of honor culture, masculine reputation threat, and observer gender: A cross-cultural comparison between Turkey, Germany, and the UK», *Aggressive Behavior*, 46(4), 2020, pp. 341 ss.

¹⁰⁰ GORAR, «Honour Suicide and Forced Suicide in the UK», *The Journal of Criminal Law*, 86(5), 2022, pp. 308 ss.

¹⁰¹ GUNASINGHE/HATCH/LAWRENCE, *Qualitative health research*, 29(5), 2019, pp. 747 ss.

después de que el estrés derivado de las tensiones que les producían negociaciones con su familia relativas a mantener un estilo de vida más próximo a valores de la sociedad de acogida en lugar de a los tradicionales mantenidos en su comunidad se revelase como un aspecto determinante que influye en su bienestar mental. Tanto es así que KEYVANARA et al.¹⁰² describen actos suicidas emprendidos por mujeres para escapar de situaciones a las que supuestamente han conducido a sus familias, relacionadas con la pérdida del honor, la vergüenza y la opresión patriarcal. Del mismo modo, algunas investigaciones realizadas destacan que los intentos de suicidio de las jóvenes se producen en muchos casos tras ser acusadas de violar las normas de "modestia"¹⁰³, a menudo en relación con situaciones que se considera que comprometen la respetabilidad sexual de la joven y el honor de su familia, circunstancias estas que conducen a chicas que ni habían antes observado desequilibrios mentales ni habían tenido ideaciones suicidas a adoptar esa decisión a modo de huida hacia adelante, cuyo relato ha podido afortunadamente conocerse debido a la elevada prevalencia de suicidios fallidos en estos casos¹⁰⁴.

Finalmente, tampoco esta expresión de la VCH escapa a su conexión con otras manifestaciones de este fenómeno. Las referencias incluidas en el anterior párrafo dan cuenta de la relación entre el suicidio por honor y la violencia psicológica. Pero no solo eso, sino que también se ha evidenciado académicamente la asociación de casos de autoinmolación en Irán con el padecimiento de violencia doméstica y matrimonio forzado producidos en contextos de bajo nivel socio-económico y educativo¹⁰⁵.

i. *Planchado de pecho*

La expresión de VCH que hasta el momento ha gozado de menor atención académica ha sido el planchado de pecho, al que se dedican con carácter preferente 2 artículos, uno de los cuales lo aborda junto con otras manifestaciones de la violencia por honor¹⁰⁶, mientras el segundo analiza en profundidad sus causas¹⁰⁷. Ambos análisis proporcionan una descripción de este fenómeno que se asemeja a la de la mutilación genital femenina, en el sentido de considerar que su objetivo principal es el de preservar la pureza femenina, siendo preferentemente las mujeres sus perpetradoras. La principal diferencia entre ambos fenómenos consiste en que, mientras la MGF se practica para limitar el deseo sexual de las mujeres, el planchado de pecho persigue reducir su atractivo sexual como mujeres, al impedir el normal desarrollo de los senos. Es decir, mientras la mutilación genital persigue sobre todo impedir la actividad sexual femenina, el *breast ironing* se practica a las mujeres para impedir la actividad sexual masculina sobre el cuerpo de estas. En ambos documentos se examinan las consecuencias para la salud de tal práctica y se analizan sus causas, vinculándola a la pervivencia de normas relacionadas con los roles género y la defensa del honor en la comunidad vigentes en determinadas áreas geográficas.

¹⁰² KEYVANARA/MOUSAVID/KHAYYER/NGAOSUVAN, «A qualitative exploration of motives of suicide attempts among Iranian women», *Australian Journal of Psychology*, 72(2), 2020, pp. 133 ss.

¹⁰³ ABEYASEKERA/MARECEK, «Embodied shame and gendered demeanours in young women in Sri Lanka», *Feminism & Psychology*, 29(2), 2019, pp. 157 ss.

¹⁰⁴ MARECEK/SENADHEERA, «Gendered Antecedents and Consequences of Young Women's Suicidal Acts in Sri Lanka», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 20(4), 2023, pp. 2885 ss.

¹⁰⁵ MOHAMMADI/NEDJAT/DARGAHPUR/MEHRI/MAJIDZADEH, *Archives of Suicide Research: official journal of the International Academy for Suicide Research*, 26(2), 2020, pp. 707 ss.

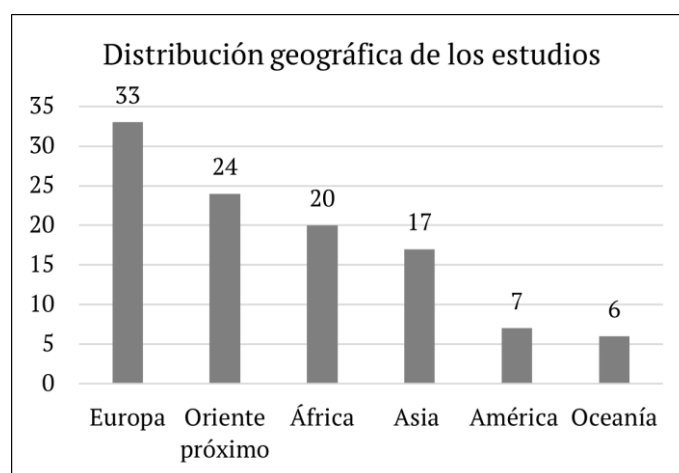
¹⁰⁶ CHISHUGI/FRANKE, *Journal of Child Sexual Abuse*, 25(6), 2016, pp. 619 ss.

¹⁰⁷ AMAHAZION, «Breast ironing: A brief overview of an underreported harmful practice», *Journal of global Health*, 11, 2021, pp. 03055 ss.

3.3. Área geográfica que cubren los estudios

En relación con la tercera de las preguntas de la investigación, relativa al área geográfica en que se centran los estudios sobre las diversas manifestaciones de la VCH, de los 110 artículos analizados, 8 no se focalizan en un país concreto¹⁰⁸. Otros 3 describen la región en la que se produce el análisis en términos amplios, refiriéndose a "Asia meridional"¹⁰⁹, "África"¹¹⁰ y "la región del Mediterráneo oriental"¹¹¹. Al margen de estos 11 artículos, en la base de datos se mencionan 41 países, lo que demuestra que el interés académico por la VCH y su análisis fenomenológico abarca distintas partes del globo, aun con diferente intensidad, como muestra la Figura V, expresiva de los continentes y subcontinentes donde esta realidad ha sido abordada en mayor medida.

Figura V. Distribución geográfica de los estudios



La zona geográfica donde más atención académica y fenomenológica se ha dedicado a la VCH es Europa (N=33), donde el Reino Unido claramente encabeza el interés en la cuestión (N=18), pues ha liderado más de la mitad de estudios realizados en este continente. Siguen a este en intensidad de análisis países del Norte europeo, sobre todo Suecia (N=3), evidenciándose también la investigación en este campo en Dinamarca, Finlandia o Noruega. En algunos países de la Europa mediterránea, sobre todo Italia (N=3) seguido de España (N=2) comienza a abordarse el fenómeno. Los estudios académicos realizados en Europa cubren gran variedad de las expresiones de la VCH analizadas y muy a menudo exploran las interconexiones entre ellas. Con todo, las concretas expresiones que han despertado más interés son el control coercitivo y la

¹⁰⁸ AMAHAZION, *Journal of global Health*, 11, 2021, pp. 03055 ss.; BELLER/KRÖGER/HOSSER, *Journal of Interpersonal Violence*, 36 (19-20), 2021, pp. 9770 ss.; BUGGIO/FACCHIN/CHIAPPA/BARBARA/BRAMBILLA/VERCELLINI, «Psychosexual Consequences of Female Genital Mutilation and the Impact of Reconstructive Surgery: A Narrative Review», *Health Equity*, 3(1), 2019, pp. 36 ss.; CROSSMAN/HARDESTY, «Placing Coercive Control at the Center: What Are the Processes of Coercive Control and What Makes Control Coercive?», *Psychology of Violence*, 8(2), 2018, pp. 196 ss.; GRZYB, *Current Sociology*, 64(7), 2016, pp. 1036 ss.; JABEEN/RIAZ/OMER, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(23-24), 2021, pp. NP12481 ss.; KIMANI/SHELL-DUNCAN, «Medicalized Female Genital Mutilation/Cutting: Contentious Practices and Persistent Debates», *Current Sexual Health Reports*, 10(1), 2018, pp. 25 ss.; MALONEY, *Journal of International Criminal Justice*, 19(2), 2021, pp. 327 ss.

¹⁰⁹ COUTURE-CARRON, *Violence Against Women*, 26(15-16), 2020, pp. 2004 ss.

¹¹⁰ SABI BOUN/OTU/YAYA, *Reproductive Health*, 20(1), 2023, pp. 51 ss.

¹¹¹ ALQAHTANI/ALMUTAIRI/BINAQEEL/ALMUTAIRI/AL-QAHTANI/MENEZES, *Healthcare*, 11(1), 2023, pp. 74 ss.

violencia psicológica (N=14), el matrimonio forzado (N=10) y la mutilación genital femenina (N=5).

Sigue en prevalencia de estudios a Europa la zona de Oriente próximo (N=24), donde de nuevo hallamos un país que concentra la mayor parte del interés: Turquía (N=11). Lo siguen en términos cuantitativos de análisis, los artículos centrados en Irán (N=3), Jordania (N=3), Palestina (N=2) e Israel (N=2). En esta región el tema claramente hegemónico es la violencia por honor con resultado letal, en concreto el estudio de los homicidios y asesinatos por causa de honor (N=14), a menudo sin vincularlo a otras expresiones de la VCH, cuando no centrados en el suicidio por honor (N=2).

La tercera gran área donde la VCH ha sido más analizada es África (N=20), donde no puede identificarse un país hegemónico, siendo varios los países, todos ellos pertenecientes al África subsahariana, objeto de similar interés analítico. Baste comparar las cifras arrojadas de estudios centrados en países como Nigeria (N=3) o Kenia (N=3) con las de países como Sierra Leona (N=2), Camerún (N=2), Etiopía (N=2), Gambia (N=2) o El Congo (N=2). Dentro de los estudios procedentes de países africanos se observa un sesgo hacia el análisis de la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado, en detrimento de otras expresiones de la VCH. Sólo 3 trabajos se centran en una violencia diferente a las dos mencionadas, en concreto a la preferencia por el hijo en un estudio nigeriano¹¹² y al planchado de pecho en dos otros análisis¹¹³. Con todo, como se ha indicado al desgranar los hallazgos respecto de las diversas expresiones de la VCH, algunos de esos trabajos vinculan claramente la mutilación genital y los matrimonios forzados con otras formas de violencia por honor (N=4), sobre todo con la violencia sexual y física, así como con la coacción reproductiva.

En cuarto lugar, en términos de incidencia de estudio se sitúa Asia (N=17), donde los análisis se concentran en el sur de Asia, sobre todo en Pakistán (N=5), aunque también en India (N=3), Bangladesh (N=2) o Sri Lanka (N=2) y donde las expresiones de VCH analizadas son múltiples.

El continente americano, en concreto América del Norte (N=7) constituye una de las grandes áreas donde se ha analizado menos la VCH, hallándose los escasos estudios conducidos en USA (N=4), Canadá (N=2) y México (N=1). De nuevo aquí vuelven a ser hegemónicos los análisis sobre mutilación genital femenina (N=4) y matrimonio forzado (N=4), si bien en México y Canadá se explora asimismo la concienciación sobre la violencia física, sexual y psicológica junto con la preferencia por el hijo. Finalmente, en Oceanía se han desarrollado solo 6 estudios de los analizados, circunscritos a Australia (N=4) y Nueva Zelanda (N=2), donde la coacción reproductiva constituye la manifestación de la VCH con más presencia.

El escenario geográfico delineado pone de manifiesto como, pese a haberse realizado análisis académicos sobre VCH que abarcan amplias regiones geográficas, existen vastas áreas territoriales todavía por explorar. Esta revisión sistemática no ha encontrado trazos de estudios en Europa del este, dentro de nuestro continente, en el área del Magreb en África, en América del

¹¹² OLOFINBIYI/AWOLEKE/ATIBA/OLAGUN/OLOFINBIYI/AWOLEKE, *Maternal and Child Health Journal*, 25(5), 2021, pp. 813 ss.

¹¹³ CHISHUGI/FRANKE, *Journal of Child Sexual Abuse*, 25(6), 2016, pp. 619 ss.; AMAHAZION, *Journal of global Health*, 11, 2021, pp. 03055 ss.

Sur, en países muy poblados en Asia -atendida la ausencia de estudios publicados en inglés procedentes de China- o de otros países del Asia central al margen de Nepal. Al mismo tiempo, se observa una clara hegemonía del análisis de los matrimonios forzados y la mutilación genital femenina en África, América del Norte y Europa y de los casos de violencia letal en Oriente próximo.

4. Discusión y conclusiones

Esta investigación perseguía conocer la evolución del interés científico por el estudio de las diversas manifestaciones de la VCH en los últimos años, determinar las manifestaciones de la conducta violenta que se deduce de la literatura más reciente que pueden considerarse incluidas en el concepto de VCH estableciendo sus más relevantes características e identificar en qué áreas geográficas se focalizan estos análisis. Pese a las limitaciones y sesgos metodológicos en que puede haberse incurrido al diseñar, emprender y ejecutar esa revisión sistemática, lo que obliga a interpretar con cautela los resultados obtenidos, estos revelan que el interés académico por la VCH ha crecido claramente en los últimos años, en que la literatura producida está mucho más orientada a recabar datos empíricos sobre esta manifestación de la conducta violenta que en aproximarla teóricamente, a diferencia de lo que sucedía hasta 2016. No obstante, la investigación de campo es sobre todo cualitativa, faltando la obtención de datos cuantitativos robustos que permitan ya no solo realizar estimaciones fiables sobre prevalencia de VCH y sus diversas manifestaciones, sino también implementar técnicas estadístico-descriptivas que faciliten el establecimiento de correlaciones entre variables explicativas de su producción o estadístico-inferenciales que permitan conocer los predictores de su acontecimiento.

Junto a esto, el análisis sistemático desarrollado muestra que el interés científico por el estudio de esta realidad se evidencia en la práctica totalidad de los continentes, si bien la distribución de este interés no es homogéneo en todos los territorios, siendo más intensa en Europa, Oriente próximo, África o el sur de Asia que en América u Oceanía. Falta la realización de investigaciones en Europa del este, dentro de nuestro continente, en el área del Magreb en África, en América del Sur, en países con amplias capas poblacionales en Asia, atendida la ausencia de estudios publicados en inglés procedentes de China, o en países del Asia Central al margen de Nepal. Además, debería ampliarse el foco de análisis a manifestaciones de la VCH más allá de los matrimonios forzados y la mutilación genital femenina en África, América del Norte y Europa y al margen de los casos de violencia letal en Oriente próximo.

En cuanto a las expresiones de la VCH que pueden entenderse incluidas en el concepto, a partir del análisis efectuado, se han clasificado en nueve categorías, que se considera comprenden subcategorías que agotarían la mayoría de formas en que esta forma de violencia aflora. De más a menos abordadas por la literatura científica, son las siguientes: 1) matrimonio forzado; 2) violencia psicológica; 3) mutilación genital femenina; 4) homicidio y asesinato por honor; 5) violencia física; 6) coacción reproductiva; 7) violencia sexual; 8) suicidio por honor; 9) planchado de pecho.

La referida clasificación atiende como fundamental criterio clasificador al interés jurídico titularidad de la víctima que afecta con carácter inmediato la concreta manifestación de la VCH analizada, esto es, al daño o resultado lesivo a ella inherente. Sin embargo, estas categorías no constituyen compartimentos estanco, puesto que cantidad de los artículos analizados vinculan diferentes expresiones de la VCH entre sí, evidenciando las interrelaciones existentes entre las

mismas, quizá con la única excepción del homicidio o asesinato por honor. Además, se aprecia un aumento del interés académico en torno a violencias menos visibles hasta el momento, como la violencia psicológica, los suicidios forzados o por honor o el planchado de pecho, aun cuando siguen teniendo mucha preeminencia las manifestaciones más graves en términos resultativos de esta violencia, como sucede con los matrimonios forzados o la mutilación genital femenina en África, América del Norte e incluso Europa, o con los homicidios/asesinatos por honor en Oriente próximo.

Con todo, las conexiones establecidas por la academia entre las diversas manifestaciones de la VCH evidencian que existen dos concretas expresiones de la misma -la física no letal y, en particular, la psicológica- que pueden considerarse violencias basales, hilos conductores que corroboran la idea de sistema de violencia por honor como un continuo más que como una sucesión de eventos individuales. Esto es, como una categoría homogénea de violencia que admite diversas intensidades y manifestaciones permeadas por elementos aglutinadores comunes. Esto puede inferirse de los resultados expuestos *supra* en el epígrafe 3.2 -en particular letras b) y e)-, en que se han señalado todos los supuestos en que el análisis en literatura científica de una concreta expresión de VCH a menudo se vincula con la producción de otra u otras formas de este tipo de violencia, constatándose que la intersección acotumba a producirse siempre con alguna de las dos expresiones de VCH basal reseñadas. Tal constatación es relevante tenerla en consideración para que las políticas públicas de prevención de este tipo de victimización y de protección de mujeres ante victimizaciones inminentes o producidas que se diseñen sean holísticas, contextualmente dependientes, culturalmente sensibles y significativas. Tal tipo de intervenciones no pueden adoptarse de espaldas a las comunidades a las que van a ser aplicadas, sino que deben incluir agentes mediadores, locales, líderes o ancianos que aproximen a las víctimas a las posibilidades de agencia que tienen¹¹⁴. Además, deben contar con las mujeres mismas en su doble vertiente de personas que sufren ese tipo de violencia, pero que en ocasiones también pueden perpetuar los estereotipos de género que permiten su pervivencia, si se persigue ser efectivos en la prevención de estas conductas. En definitiva, los esquemas públicos de reacción frente a esta realidad deben partir de la lógica de una respuesta víctima-céntrica o superviviente-céntrica, siguiendo el esquema 4P (de prevención, protección, y políticas coordinadas, sin renunciar a la persecución cuando se precise) que indican debe adoptarse frente a cualquier manifestación de la VCM el Convenio de Estambul y la Directiva (UE) 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica¹¹⁵, adaptándola a las especificidades de la VCH.

¹¹⁴ CATANIA/MASTRULLO/CASELLI/CECERE/ABDULCADIR/ABDULCADIR, *International Journal of Human Rights in Health Care*, 9(1), 2016, pp. 41 ss.; NOWAK, *NASN School Nurse*, 31(5), 2016, pp. 286 ss.; IDRIS, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 39(1), 2017, pp. 3 ss.; GROSE/HAYFORD/CHEONG/GARVER/KANDALA/YOUNT, *Journal of Health and Social Behavior*, 60(1), 2019, pp. 84 ss.; MAYEDA/CHO/VIJAYKUMAR, *Asian Journal of Women's Studies*, 25(2), 2019, pp. 159 ss.; SMALL/SHARMA/NIKOLOVA/TONUI, «Hegemonic Masculinity Attitudes Toward Female Genital Mutilation/Cutting Among a Sample of College Students in Northern and Southern Sierra Leone», *Journal of transcultural nursing: official journal of the Transcultural Nursing Society*, 31(5), 2020, pp. 468 ss.; THUPAYAGALE-TSHWENEAGAE/PHUTHI/IBITOYE, *Africa Journal of Nursing and Midwifery*, 21 (2), 2019, pp. 6455 ss.; GILL/GOULD, *Journal of Gender-based Violence*, 4(1), 2020, pp. 1 ss.; HADI, *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 9(3), 2020, pp. 29 ss.; VILLACAMPA, *International Review of Victimology*, 26(3), 2020, pp. 344 ss.

¹¹⁵ VILLACAMPA, *Estudios Penales y Criminológicos*, 43, 2023, pp. 1 ss.; VILLACAMPA/SALAT, «El matrimonio forzado como manifestación de la violencia contra las mujeres: aproximación comparada», *IgualdadES*, 10, 2024, pp. 15 ss.

La necesidad de vincular a las comunidades afectadas y a sus miembros más relevantes en el diseño de políticas preventivas y protectoras frente a la VCH se evidencia claramente por el hecho de que una gran cantidad de los artículos analizados alertan de que el nudo recurso al punitivismo, a la incriminación de conductas sin actuación de medidas preventivas y protectoras, a menudo no resulta eficaz. Esto porque, además de contribuir a la culpabilización y estigmatización de determinadas culturas y minorías, en estos casos acostumbra a evidenciarse la ausencia de sintonía existente entre la realidad normativa estatal y los valores comunitarios que pueden mantenerse inalterables incluso tras producirse procesos migratorios hacia Occidente, lo que puede comportar la incapacidad política de afrontar la VCH incluso en contextos occidentales¹¹⁶. Pues, como han descrito KAPLAN et al.¹¹⁷ aunque la legislación pueda actuar como preventivo, parece que sólo lo haría en contextos migracionales, sin llegar a alterar el sistema de valores que rige entre algunas comunidades migradas, pudiendo además tener como contrapartida que se continuase con la realización clandestina de ciertas prácticas, lo que generaría mayor inseguridad y desprotección a las víctimas¹¹⁸.

La necesidad de diseñar políticas públicas en conjunción con las comunidades afectadas se evidencia también porque la mayoría de los artículos analizados enfatizan la relevancia que debe conferirse a cambios estructurales de manera paralela a la introducción de herramientas legislativas culturalmente significativas. Esto porque la prevalencia de VCH coocurre con factores ideológicos, desigualdades de género e infravaloración de la mujer¹¹⁹, con la importancia del componente comunitario del honor y el valor de la virginidad¹²⁰ y con factores socioeconómicos, tales como un nivel educativo bajo, tanto de las víctimas como de sus progenitores, o bajo nivel de ingresos¹²¹.

¹¹⁶ SALEDA, *Al-Jami ah Journal of Islamic Studies*, 54(1), 2016, pp. 95 ss.; SARICH/OLIVIER/BALES, *Human Rights Quarterly*, 38(2), 2016, 450 ss.; ASKOLA, *University of New South Wales Law Journal*, 41(3), 2018, pp. 977 ss.; PUREWAL, *Feminist Review*, 119(1), 2018, pp. 20 ss.; ASGHARI, *Journal of Human Rights Practice*, 11(3), 2019, pp. 569 ss.; MARCUS/BEGUM/ALSABAH/CURTIS, *Social Policy and Society*, 18(1), 2019, pp. 19 ss.; MUFTULER-BAC/MUFTULER, *European Journal of Women's Studies*, 28(2), 2021, pp. 159 ss.; OLOFINBIYI/AWOLEKE/ATIBA/OLAGUN/OLOFINBIYI/AWOLEKE, *Maternal and Child Health Journal*, 25(5), 2021, pp. 813 ss.; VILLACAMPA, *International Review of Victimology*, 26(3), 2020, pp. 344 ss.; CHRISTIANSON/TEILER/ERIKSSON, *International Journal of Qualitative Studies on Health and Well-being*, 16(1), 2021, pp. 1862480 ss.; GENGLER/ALKAZEMI/ALSHAREKH, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(11-12), 2021, pp. NP6013 ss.; NOACK-LUNDBERG/GILL/ANITHA, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 43(4), 2021, pp. 371 ss.; SIMMONS/WONG, *University of New South Wales Law Journal*, 44(4), 2021, pp. 80 ss.; TORRES/VILLACAMPA, *Women & Criminal Justice*, 32(3), 2021, pp. 288 ss.; VILLACAMPA/TORRES, «Forced marriage: what do professionals know?», *International Journal of Law, Crime and Justice*, 67, 2021, pp. 1 ss.; HAYAJNEH/ALSHDAIFAT, *Journal of Human Rights Practice*, 14(2), 2022, pp. 648 ss.; HONKALA, *Refugee Survey Quarterly*, 41(3), 2022, pp. 472 ss.; JIMENEZ, *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, 37(1), 2022, pp. 69 ss.; SABI BOUN/OTU/YAYA, *Reproductive Health*, 20(1), 2023, pp. 51 ss.

¹¹⁷ KAPLAN/PERARNAU MOLES/SANYANG/LE CHARLES/ÁLVAREZ/ALIAGA, *Social Sciences*, 8(10), 2019, pp. 290 ss.

¹¹⁸ FARACA, *Revista Brasileira de Direito*, 12(2), 2016, pp. 18 ss.; LIEN, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 31(2), 2017, pp. 191 ss.

¹¹⁹ GRZYB, *Current Sociology*, 64(7), 2016, pp. 1036 ss.; SARICH/OLIVIER/BALES, *Human Rights Quarterly*, 38(2), 2016, pp. 450 ss.; MALATYALI/KAYNAK/HASTA, *Sex Roles*, 77(9-10), 2017, pp. 687 ss.; THUPAYAGALE-TSHWENEAGAE/PHUTHI/IBITOYE, *Africa Journal of Nursing and Midwifery*, 21 (2), 2019, pp. 6455 ss.; HADI, *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 9(3), 2020, pp. 29 ss.; KAYNAK/MALATYALI/HASTA, *Sex Roles*, 88(5-6), 2023, pp. 201 ss.

¹²⁰ DOĞAN, *Homicide Studies*, 20(1), 2016, pp. 53 ss.; DOĞAN, *Deviant Behavior*, 39(10), 2018, pp. 1247 ss.; KHATIB/EDGE/SPEED, *Violence Against Women*, 26(9), 2020, pp. 1008 ss.

¹²¹ SALEDA, *Al-Jami ah Journal of Islamic Studies*, 54(1), 2016, pp. 95 ss.; PUREWAL, *Feminist Review*, 119(1), 2018, pp. 20 ss.; GIBBS/SAID/CORBOZ/JEWKES, *PloS one*, 14(8), 2019, pp. e0219125 ss.; DESSALEGN/AYELE/HAILU/ADDISU/ABEBE/SOLOMON/MOGESS/STULZ, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(12), 2020, pp. 4592 ss.; BELLER/KRÖGER/HOSSER, *Journal of Interpersonal Violence*, 36 (19-20), 2021, pp. 9770 ss.; DAYAN,

Tanto es así, tan estructuralizado puede hallarse el recurso a ese tipo de violencia en determinadas comunidades, que la tensión entre modernidad y tradición experimentada principalmente por mujeres, tanto en contextos migracionales como en localidades de origen, ha aparecido de manera constante en la revisión¹²². El punitivismo no atiende a los sentimientos encontrados de las víctimas ni a sus necesidades y proyecta una idea de culpabilización cultural¹²³.

Por ello, el primer paso para garantizar la protección en los casos de VCH es generar confianza en las víctimas, dotarlas de agencia, evitar la estigmatización y garantizar su protección efectiva frente a la posible escalada de la violencia derivada de haber solicitado ayuda. El interés por la medicalización en los casos de FGM, tests de virginidad y la demanda de reconstrucciones de himen son una evidencia de los nuevos conflictos éticos que surgen y de la dificultad de establecer una protección efectiva desvinculada de los contextos en que se producen los eventos de violencia¹²⁴.

Para concluir con las consideraciones relativas a los interrogantes que trataban de responderse directamente en esta investigación, en particular en relación al segundo de ellos, debe indicarse

Journal of Interpersonal Violence, 36(19-20), 2021, pp. NP10393 ss.; JABEEN/RIAZ/OMER, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(23-24), 2021, pp. NP12481 ss.; MORROW/YOUNT/BERGENFELD/LATERRA/KALRA/KHAN/CLARK, *Culture, Health & Sexuality*, 25(10), 2023, pp. 1277 ss.

¹²² FARACA, *Revista Brasileira de Direito*, 12(2), 2016, pp. 18 ss.; MUCINA, *Canadian Journal of Development Studies / Revue Canadienne d'études Du Développement*, 39(3), 2018, pp. 426 ss.; KAPLAN/PERARNAU MOLES/SANYANG/LE CHARLES/ÁLVAREZ/ALIAGA, *Social Sciences*, 8(10), 2019, pp. 290 ss.; MARCUS/BEGUM/ALSABAH/CURTIS, *Social Policy and Society*, 18(1), 2019, pp. 19 ss.; SINGH, *Journal of Southeast Asian Human Rights*, 4(1), 2020, pp. 258 ss.; VILLACAMPA, *International Review of Victimology*, 26(3), 2020, pp. 344 ss.; DAYAN, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(19-20), 2021, pp. NP10393 ss.; NAVED/KHAN, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(15-16), 2021, pp. 6956 ss.; SANGAR/HOWE, *Educational Psychology in Practice*, 37(4), 2021, pp. 343 ss.; NE'EMAN-HAVIV, *International Journal of Intercultural Relations*, 85, 2021, pp. 104 ss.; HONKALA, *Refugee Survey Quarterly*, 41(3), 2022, pp. 472 ss.

¹²³ GILL/MITRA-KAHN, *Policy and Politics*, 40(1), 2012, pp. 107 ss.; SARICH/OLIVIER/BALES, *Human Rights Quarterly*, 38(2), 2016, 450 ss.; LIEN, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 31(2), 2017, pp. 191 ss.; GANGOLI/GILL/MULVIHILL/HESTER, *Conflict and Peace Research*, 10(4), 2018, pp. 251 ss.; HONKATUKIA/KESKINEN, *Ethnicities*, 18(1), 2018, pp. 142 ss.; KHAN/SALEEM/LOWE, *Safer Communities*, 17 (1), 2018, pp. 11 ss.; PUREWAL, *Feminist Review*, 119(1), 2018, pp. 20 ss.; AL-ATYAT, «Repealing Jordan's Rape Article 308», *Confluences Mediterranee*, 110(3), 2019, pp. 99 ss.; BJÖRKTOMTA, *Journal of Family Violence*, 34, 2019, pp. 449 ss.; GUNASINGHE/HATCH/LAWRENCE, *Qualitative health research*, 29(5), 2019, pp. 747 ss.; VILLACAMPA, *International Review of Victimology*, 26(3), 2020, pp. 344 ss.; BEGUM/KHAN/BREWER/HALL, *Genealogy*, 4(3), 2020, pp. 69 ss.; SINGH, *Journal of Southeast Asian Human Rights*, 4(1), 2020, pp. 258 ss.; TARZIA/DOUGLAS/SHEERAN, *Culture, Health & Sexuality*, 24(4), 2020, pp. 466 ss.; NAVED/KHAN, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(15-16), 2021, pp. 6956 ss.; SANGAR/HOWE, *Educational Psychology in Practice*, 37(4), 2021, pp. 343 ss.; SIMMONS/WONG, *University of New South Wales Law Journal*, 44(4), 2021, pp. 80 ss.; VILLACAMPA/TORRES, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 67, 2021, pp. 1 ss.; LOZA, «Women's bodies and lives as symbols of patriarchal codes: Honor killings», *Social Science Information*, 61(4), 2022, pp. 371 ss.; RIGONI, *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, pp. 17 ss.; VILLACAMPA, *Estudios Penales y Criminológicos*, 43, 2023, pp. 1 ss.

¹²⁴ KAPLAN MARCUSÁN/RIBA SINGLA/LAYE/SECKA/UTZET/LE CHARLES, *International Journal of Women's Health*, 8, 2016, pp. 103 ss.; SIFUNA/ABAGI/WASIKE, *Journal of Anthropological Research*, 72(3), 2016, pp. 337 ss.; GILL/COX/WEIR, «Shaping Priority Services for UK Victims of Honour-Based Violence/Abuse, Forced Marriage, and Female Genital Mutilation», *The Howard Journal of Crime and Justice*, 57(4), 2018, pp. 576 ss.; KIMANI/ESHO/KIMANI/MUNI/KAMAU/KIGONDU/KARANJA/GUYO, *Obstetrics and Gynecology International*, 2018, pp. 5043512 ss.; KIMANI/SHELL-DUNCAN, *Current Sexual Health Reports*, 10(1), 2018, pp. 25 ss.; SALAMEH/SALAMEH/SHWAIKI/ABDER-RAHMAN, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 56, 2018, pp. 90-93; EL-GIBALY/AZIZ/ABOU HUSSEIN, *BMC Int Health Hum Rights*, 19, 2019, pp. 26 ss.; KIM, *Journal of Gender Studies*, 29(6), 2020, pp. 706 ss.; GORAR, *Honour Based Crimes and the Law. Defining the limits of Honour Based Violence and Abuse*, pp. 235 ss.

que la evidencia de que la VCH debe entenderse como un sistema continuo no solo deriva de la interrelación entre las diversas expresiones que la integran y de la existencia de formas de VCH basal, sino que además resulta coherente con la ausencia de relación causa-efecto/ evento-violencia. Es decir, cada ofensa (real o supuesta) de la mujer contra el honor puede ser contestada con múltiples formas de violencia, siendo que algunas manifestaciones de la VCH se desencadenan no como una reacción frente a un suceso deshonesto, sino precisamente con carácter preventivo, para evitar que el comportamiento de la mujer pueda resultar deshonesto de futuro.

Llegado este punto, nos disponemos a reflexionar acerca de ulterior cuestión a la que buscaba ofrecerse respuesta, no ya como cuarto interrogante a responder directamente con la investigación, sino como cuestión ulteriormente derivada de los resultados inmediatos. La misma consistía en responder si, una vez valorada la virtualidad del criterio clasificatorio de las distintas manifestaciones de la VCH adoptado por la literatura mayoritaria para comprender y afrontar este tipo de violencia, cabía proponer un diverso criterio ordenador que pueda resultar más eficaz a estos efectos.

En este sentido, partir de la idea de VCH como *continuum* que debe abordarse victimo-céntricamente nos ofrece la clave para proponer un diverso criterio clasificador de estas expresiones de la conducta violenta. Esto porque, si bien el criterio categorizador empleado mayoritariamente por la literatura para sistematizar las manifestaciones de la VCH, basado en la entidad de la conducta violenta en términos de resultado lesivo, puede ser adecuado desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal, en clave punitivista, cabe que no lo sea tanto desde una aproximación víctima o superviviente-céntrica como la que aquí se sostiene que debe adoptarse. Esto es, el criterio que parte de la entidad del daño a la víctima de la conducta violenta puede ser útil para determinar la ubicación sistemática, concretar la estructura típica y ofrecer herramientas interpretativas de las nuevas tipicidades que los procesos de incriminación relacionados con estas expresiones de la VCH puedan eventualmente comportar. Sin embargo, no resulta instrumental para comprender ni afrontar el sistema sociocultural patriarcal basado en el honor, que favorece la pervivencia de este forma de violencia, y que debe necesariamente combatirse si se parte desde una perspectiva victimo-céntrica que persiga ser eficaz en la prevención de estas conductas y la protección de sus víctimas. Desde este prisma, resulta más adecuado optar por una categorización de las expresiones de la VCH basada en la finalidad perseguida con el recurso a la violencia en referencia al sistema-honor, discriminando entre las conductas violentas que tienen función preventiva y las que tienen función represiva, como a continuación se expone.

Expresiones de la VCH con función preventiva. Las expresiones de la VCH incluidas en este grupo persiguen el control del comportamiento femenino, evitando el emprendimiento de conductas vergonzantes, que puedan llegar a mancillar el honor. Son ejemplos de estas los matrimonios concertados (no libres y/o infantiles), la mutilación genital femenina o el planchado de pecho, que persiguen prevenir encuentros sexuales prematrimoniales. También pueden incluirse en este tipo de conductas violentas los dictados sobre vestimenta y códigos de conducta femeninos que pueden integrar formas de violencia coercitiva o control coercitivo, relacionadas con el control, la manipulación, las amenazas o la vigilancia del comportamiento de las mujeres, entre otras. Las expresiones preventivas de la VCH son generalmente perpetradas por mujeres de la familia de

origen. Autores como KAPLAN et al.¹²⁵, STARK¹²⁶ o GORAR¹²⁷, al analizar violencias específicas de esta categoría, han incidido en la ausencia de intencionalidad por parte de las perpetradoras que deriva de la interiorización de las normas culturales de supremacía masculina. APLIN¹²⁸, HONKATUKIA/KESKINEN¹²⁹, AMAHAZION¹³⁰, SANGAR/HOWE¹³¹ o LAMBOLEY et al.¹³² inciden en la idea de la “protección” para las mujeres inherente al control (externo por parientes e interno o autocontrol) en los contextos sociales en los que están inmersas estas víctimas. Estas características diferenciales de las expresiones preventivas de la VCH deberían probablemente llevar a un abordaje más preventivo-educativo de estas formas de violencia y a ofrecer respuestas jurídicas e incluso jurídico-penales de claro contenido restaurativo y de concienciación a los perpetradores acerca del daño infligido.

Las violencias coercitivas se enmarcarían en lo que GRZYB¹³³ describe como violencia simbólica y CROSSMAN/HARDESTY, MAYEDA et al. y GORAR¹³⁴ como control coercitivo. Tales violencias constituyen la base de la VCH, sustentada en el miedo al daño como mecanismo de control social, educando moralmente para evitar cualquier desvío de la norma esperada y silenciando cualquier cambio potencial, como ponen de manifiesto algunos de los artículos analizados¹³⁵. La forma más extrema, que pone en evidencia la importancia de esta función claramente constreñidora de la conducta, se observa en los casos de suicidio (o intento de suicidio) de mujeres ante la vergüenza y el miedo al deshonor familiar o como vía de escape a la presión o la violencia psicológica que sufren¹³⁶.

Expresiones de la VCH con función restauradora. Las expresiones de la VCH incluidas en este segundo grupo tienen por cometido rehabilitar el honor mancillado y reconducir situaciones para evitar la vergüenza del grupo. BARMAKI¹³⁷ describe la VCH como respuesta adaptativa, ya que la evolución biológica no se ocupa de los individuos concretos, sino de los grupos; de manera que sacrificar a un individuo -por ejemplo, mediante un homicidio o asesinato por honor- por el bien del grupo es adaptativo con la finalidad de evitar la “muerte social”. El perpetrador -y por

¹²⁵ KAPLAN/PERARNAU MOLES/SANYANG/LE CHARLES/ÁLVAREZ/ALIAGA, *Social Sciences*, 8(10), 2019, pp. 290 ss.

¹²⁶ STARK, *Ethnos*, 85(1), 2019, pp. 124 ss.

¹²⁷ GORAR, *Honour Based Crimes and the Law. Defining the limits of Honour Based Violence and Abuse*, pp. 25 ss.

¹²⁸ APLIN, *Women Studies International Forum*, 60, 2017, pp. 1 ss.

¹²⁹ HONKATUKIA/KESKINEN, *Ethnicities*, 18(1), 2018, pp. 142 ss.

¹³⁰ AMAHAZION, *Journal of global Health*, 11, 2021, pp. 03055 ss.

¹³¹ SANGAR/HOWE, *Educational Psychology in Practice*, 37(4), 2021, pp. 343 ss.

¹³² LAMBOLEY/PELLAND/GOGUEN, *Criminologie*, 55(1), 2022, pp. 35 ss.

¹³³ GRZYB, *Current Sociology*, 64(7), 2016, pp. 1036 ss.

¹³⁴ CROSSMAN/HARDESTY, *Psychology of Violence*, 8(2), 2018, pp. 196 ss.; MAYEDA/CHO/VIJAYKUMAR, *Asian Journal of Women's Studies*, 25(2), 2019, pp. 159 ss.; GORAR, *Honour Based Crimes and the Law. Defining the limits of Honour Based Violence and Abuse*, pp. 88-89.

¹³⁵ CROSSMAN/HARDESTY, *Psychology of Violence*, 8(2), 2018, pp. 196 ss.; TARZIA/DOUGLAS/SHEERAN, *Culture, Health & Sexuality*, 24(4), 2020, pp. 466 ss.; CHRISTIANSON/TEILER/ERIKSSON, *International Journal of Qualitative Studies on Health and Well-being*, 16(1), 2021, pp. 1862480 ss.; BAYSAN ARABACI/DERELI/BÜYÜKBAYRAM ARSLAN/TAŞ SOYLU/KURT/KURT, «University Students' Attitudes About Violence Against Women in the Name of Honor», *Journal of Forensic Nursing*, 17(2), 2021, pp. 76 ss.

¹³⁶ ABEYASEKERA/MARECEK, *Feminism & Psychology*, 29(2), 2019, pp. 157 ss.; KEYVANARA/MOUSAVID/KHAYYER/NGAOSUVAN, *Australian Journal of Psychology*, 72(2), 2020, pp. 133 ss.; GORAR, *The Journal of Criminal Law*, 86(5), 2022, pp. 308 ss.; MARECEK/SENADHEERA, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 20(4), 2023, pp. 2885 ss.

¹³⁷ BARMAKI, «Sex, Honor, Murder: A Psychology of “Honor killing”», *Deviant Behavior*, 42(4), 2019, pp. 473 ss.

extensión, el resto de la familia- puede demostrar con la violencia que no es cómplice y que acata las normas sociales. De esta manera quedan libres de culpa/vergüenza y pueden evitar las medidas punitivas de la comunidad¹³⁸. En esta función, los papeles se invierten: la víctima de la violencia se convierte, a ojos del perpetrador, en culpable y los perpetradores en víctimas de la conducta deshonrosa¹³⁹.

Los ejemplos más evidentes de VCH con función restauradora son la violencia física letal y no letal. En estos casos, los estudios han evidenciado que existe la voluntad de dañar a la víctima¹⁴⁰. En ocasiones, la violencia letal se cierne también sobre la progenie no nata, que la sufre a través de abortos forzados. El asesinato de nonatos o neonatos enlaza, además, con la preferencia por el hijo varón, dando lugar a selección sexual prenatal y al infanticidio femenino¹⁴¹. Junto a estas formas físicas de VCH restaurativa, la violencia psicológica también puede tener función restauradora del honor, cuando se expresa en sus niveles más elevados, incluyendo el aislamiento, el ostracismo, el exilio o la separación del grupo, o cuando comporta el recurso a mecanismos de presión para forzar a contraer matrimonio o inducir a un suicidio¹⁴².

En ambas tipologías de VCH existe un sustrato social que potencia la división de roles y la discriminación de las mujeres considerándolas inferiores y despojándolas de agencia. También existe en ambas una presión sociocultural hacia el abuso contra las mujeres y su cuerpo como depositarias del honor comunal. Sin embargo, la finalidad perseguida en el ejercicio de la violencia en ambos casos es diferente. La literatura analizada considera que el grado y manifestación de la VCH depende de factores como las circunstancias en que se ha deshonrado al grupo, el nivel de evidencia pública que adquiera el caso y el hecho causante del deshonor¹⁴³, por lo que la motivación/finalidad preventiva o restaurativa del comportamiento violento explica su concreta expresión e intensidad. De ahí que más relevante que una división

¹³⁸ ELDEN, en IDRISABBAS (Eds.), *Honour, Violence, Women and Islam*, Routledge, 2011, pp. 128 ss.; CHESLER, *Middle East Quarterly*, 22(4), 2015, pp. 1 ss.; BHANBHRO/CRONIN DE CHAVEZ/LUSAMBILI, *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(3), 2016, p. 210; APLIN, *Women Studies International Forum*, 60, 2017, pp. 1 ss.; IDRIS, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 39(1), 2017, pp. 3 ss.; BATES, *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research*, 10(4), 2018, pp. 293 ss.; DOĞAN, *Homicide Studies*, 24(2), 2020, pp. 127 ss.; KHATIB/EDGE/SPEED, *Violence Against Women*, 26(9), 2020, pp. 1008 ss.; LAMBOLEY/PELLAND/GOGUEN, *Criminologie*, 55(1), 2022, pp. 35 ss.; AHMAD, *Social Sciences*, 12, 2023, pp. 575 ss.

¹³⁹ DOĞAN, *Homicide Studies*, 20(1), 2016, p. 69; HAYES/MILLS/FREILICH/CHERMAK, «Are Honor Killings Unique? A Comparison of Honor Killings, Domestic Violence Homicides, and Hate Homicides by Far-Right Extremists», *Homicide Studies*, 22(1), 2018, p. 71; ALSABTI, *Denver Journal of International Law & Policy*, 45(4), 2020, p. 460.

¹⁴⁰ TOPRAK/ERSOY, *PloS one*, 12(8), 2017, pp. e0182409 ss.; SALAMEH/SALAMEH/SHWAIKI/ABDER-RAHMAN, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 56, 2018, pp. 90–93; JABEEN/RIAZ/OMER, *Journal of Interpersonal Violence*, 36(23–24), 2021, pp. NP12481 ss.; ASHOKKUMAR/SWANN, «Restoring Honor by Slapping or Disowning the Daughter», *Personality & Social Psychology Bulletin*, 49(6), 2023, pp. 823 ss.

¹⁴¹ DIAMOND-SMITH/RUDOLPH, «The association between uneven sex ratios and violence: Evidence from 6 Asian countries», *PloS one*, 13(6), 2018, pp. e0197516 ss.; PEARSON/AQTAR/PAUL/MENZEL/FONSEKA/UYSAL/ANDERSEN/SILVERMAN, *SSM - Qualitative Research in Health*, 3, 2023, pp. 100243 ss.

¹⁴² MULUMEODERHWA, *Sexuality & Culture*, 20, 2016, pp. 1042 ss.; FRIAS, *International Journal of Law Policy and the Family*, 31(1), 2017, pp. 60 ss.; ASGHARI, *Journal of Human Rights Practice*, 11(3), 2019, pp. 569 ss.; ABEYASEKERA/MARECEK, *Feminism & Psychology*, 29(2), 2019, pp. 157 ss.; KEYVANARA/MOUSAVID/KHAYYER/NGAOSUVAN, *Australian Journal of Psychology*, 72(2), 2020, pp. 133 ss.; GORAR, *The Journal of Criminal Law*, 86(5), 2022, pp. 308 ss.; MARECEK/SENADHEERA, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 20(4), 2023, pp. 2885 ss.

¹⁴³ COONEY, *Punishment & Society*, 16(4), 2014, p. 412; RIGONI, *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, pp. 19 ss.

compartimentalizada de la VCH en función del daño causado, resulte útil una categorización que, como la propuesta, permita diseñar un concreto enfoque político, que dote de agencia a la víctima y la escuche, además de ser culturalmente sensible. Finalmente, la estructuración de la VCH entre preventiva o restauradora también podría ser útil para diseñar estrategias de intervención una vez que la violencia se ha producido. En estos últimos casos, la finalidad perseguida no necesariamente deben traducirse en diferencias en la calificación jurídico-penal de los hechos, pero sí puede tener su relevancia a la hora de diseñar estrategias de intervención con ofensores e incluso programas de intervención asistencial con víctimas.

5. Bibliografía

ABEYASEKERA, Asha L./MARECEK, Jeanne, «Embodied shame and gendered demeanours in young women in Sri Lanka», *Feminism & Psychology*, 29(2), 2019, pp. 157-176. <https://doi.org/10.1177/0959353518803976>. (RS).

ABU-LUGHOD, Lila, «Seductions of the "Honor Crime"», *Difference*, 22(1), 2011, pp. 17-63. <https://doi.org/10.1215/10407391-1218238>.

AHMAD, Menal, «“You Don’t Want to Be Perceived as Wild and Unruly”: How Ethnic Minority Women Experience and Negotiate Their Autonomy within Honor-Related Contexts», *Social Sciences*, 12, 2023, pp. 575 ss. <https://doi.org/10.3390/socsci12100575>. (RS).

AHMAD, Mahtab/BATOOL, Moazma/DZIEGIELEWSKI, Sophia F., «State of Inheritance Rights: Women in a Rural District in Pakistan», *Journal of Social Service Research*, 42(5), 2016, pp. 622-628. DOI:10.1080/01488376.2016.1177633. (RS).

AHMED, Hamdia M./KAREEM, Mosleh S./SHABILA, Nazar. P./MZORI, Barzhang Q., «Knowledge and perspectives of female genital cutting among the local religious leaders in Erbil governorate, Iraqi Kurdistan region», *Reproductive Health*, 15(1), 2018, pp. 44 ss. <https://doi.org/10.1186/s12978-018-0459-x>. (RS).

AL GHARAIBEH, Fakir M., «Debating the role of custom, religion and law in ‘honour’ crimes: implications for social work», *Ethics and Social Welfare*, 10(2), 2016, pp. 122-139. <https://doi.org/10.1080/17496535.2016.1155632>. (RS).

AL-ATYAT, Ibtesam, «Repealing Jordan's Rape Article 308», *Confluences Mediterranee*, 110(3), 2019, pp. 99-111. DOI:10.3917/come.110.0099.

ALQAHTANI, Sarah M./ALMUTAIRI, Danah S./BINAQEEL, Eman A./ALMUTAIRI, Reeema A./AL-QAHTANI, Reem D./MENEZES, Ritesh G., «Honor Killings in the Eastern Mediterranean Region: A Narrative Review», *Healthcare*, 11(1), 2023, pp. 74 ss. <https://doi.org/10.3390/healthcare11010074>. (RS).

ALSABTI, Sarah, «Honor Killing and the Indigenous Peoples: Cultural Right or Human Right Violation», *Denver Journal of International Law & Policy*, 45(4), 2020, pp. 457-470.

AMAHAZION, Fikrejesus, «Breast ironing: A brief overview of an underreported harmful practice», *Journal of global Health*, 11, 2021, pp. 03055 ss. <https://doi.org/10.7189/jogh.11.03055>. (RS).

ANITHA, Sundari/ROY, Anupama/YALAMARTY, Harshita, «Gender, Migration, and Exclusionary Citizenship Regimes: Conceptualizing Transnational Abandonment of Wives as a Form of

Violence Against Women», *Violence Against Women*, 24(7), 2018, pp. 747-774. <https://doi.org/10.1177/1077801217720693>.

APLIN, Rachael, «Exploring the role of mothers in 'honour' based abuse perpetration and the impact on the policing response», *Women Studies International Forum*, 60, 2017, pp. 1-10. <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2016.10.007>. (RS).

APLIN, Rachael, «Evaluating the value of the police Independent Advisory Group (IAG): Honour Based Abuse Crime (HBA), Forced Marriage (FM) and Female Genital Mutilation (FGM)», *Women's Studies International Forum*, 90, 2022, pp. 1-10. <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2021.102556>.

ASGHARI, Shamin, «Early Marriage in Iran: A Pragmatic Approach», *Journal of Human Rights Practice*, 11(3), 2019, pp. 569-588. <https://doi.org/10.1093/jhuman/huz035>. (RS).

ASHOKKUMAR, Ashwini/SWANN, William B., Jr, «Restoring Honor by Slapping or Disowning the Daughter», *Personality & Social Psychology Bulletin*, 49(6), 2023, pp. 823-836. <https://doi.org/10.1177/01461672221079106>.

ASKOLA, Heli, «Responding to vulnerability? Forced marriage and the law», *University of New South Wales Law Journal*, 41(3), 2018, pp. 977-1002. <https://doi.org/10.53637/IPTD3484>. (RS).

ATREYA, Alok/MENEZES, Ritesh G./NEPAL, Samata, «The tragic consequence of false honour: Understanding the phenomenon of "honour-killings" and its legal implications in Nepal», *The Medico-legal Journal*, 91(3), 2023, pp. 156-158. <https://doi.org/10.1177/00258172231177886>. (RS).

BAKER, Nancy V./GREGWARE, Peter R./CASSIDY, Margery A., «Family Killing Fields: Honor Rationales in the Murder of Women», *Violence Against Women*, 5(2), 1999, pp. 164-184. <https://doi.org/10.1177/107780129952005>.

BARMAKI, Reza, «Sex, Honor, Murder: A Psychology of "Honor killing"», *Deviant Behavior*, 42(4), 2019, pp. 473-491. <https://doi.org/10.1080/01639625.2019.1695456>.

BATES, Lis, «Females perpetrating honour-based abuse: controllers, collaborators or coerced?», *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research*, 10(4), 2018, pp. 293-303. <https://doi.org/10.1108/JACPR-01-2018-0341>. (RS).

BATES, Lis, «Honor-Based Abuse in England and Wales: Who Does What to Whom?», *Violence Against Women*, 27(10), 2021, pp. 1774-1795. <https://doi.org/10.1177/1077801220952168>.

BAYSAN ARABACI, Leyla/DERELI, Feyza/BÜYÜKBAYRAM ARSLAN, Ayşe/TAŞ SOYLU, Gülsenay/KURT, Aşkin/KURT, Abdulhakim, «University Students' Attitudes About Violence Against Women in the Name of Honor», *Journal of Forensic Nursing*, 17(2), 2021, pp. 76-83. <https://doi.org/10.1097/JFN.0000000000000319>. (RS).

BEGUM, Reema/KHAN, Roxanne/BREWER, Gayle/HALL, Beth, «They Will Keep Seeing Young Women Murdered by Men. Enough Is Enough-We Have Seen too Many Women Lose Their Lives. Lessons for Professionals Working with Victims of 'Honour' Abuse and Violence», *Genealogy*, 4(3), 2020, pp. 69 ss. <https://doi.org/10.3390/genealogy4030069>. (RS).

BELLER, Johannes/KRÖGER, Christoph/HOSSER, Daniela., «Disentangling Honor-Based Violence and Religion: The Differential Influence of Individual and Social Religious Practices and

Fundamentalism on Support Honor Killings in a Cross-National Sample of Muslims», *Journal of Interpersonal Violence*, 36 (19-20), 2021, pp. 9770-9789. <https://doi.org/10.1177/0886260519869071>. (RS).

BENGTTSSON, Dennis/LANDBERG, Åsa/JERNBRO, Carolina, «Increased risk of child maltreatment and mental health problems among adolescents with restrictions regarding choice of future partner: Results from a Swedish school-based survey», *Scandinavian Journal of Public Health*, 50(8), 2022, pp. 1133–1139. <https://doi.org/10.1177/14034948211053138>. (RS).

BHANBHRO, Sadiq/CRONIN DE CHAVEZ, Anna/LUSAMBILI, Adelaida., «Honour based violence as public health problem: a critical review of literature», *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(3), 2016, pp. 198-215. <https://doi.org/10.1108/IJHRH-10-2015-0032>.

BJÖRKTOMTA, Siv-Britt, «Honor-Based Violence in Sweden – Norms of Honor and Chastity», *Journal of Family Violence*, 34, 2019, pp. 449-460. <https://doi.org/10.1007/s10896-019-00039-1>. (RS).

BREDAL, Anja, «Ordinary v. Other Violence? Conceptualising Honour-Based Violence in Scandinavian Public Policies», en GILL, Aisha K./STRANGE, Carolyn/ROBERTS, Karl (Eds.), *'Honour' Killing and Violence. Theory, Policy and Practice*, Palgrave Macmillan, pp. 135-155.

BUGGIO, Laura/FACCHIN, Federica/CHIAPPA, Laura/BARBARA, Giusy/BRAMBILLA, Massimiliano/VERCELLINI, Paolo, «Psychosexual Consequences of Female Genital Mutilation and the Impact of Reconstructive Surgery: A Narrative Review», *Health Equity*, 3(1), 2019, pp. 36–46. <https://doi.org/10.1089/heq.2018.0036>. (RS).

BURRY, Kate/THORBURN, Natalie/JURY, Ang, «'I had no control over my body': Women's experiences of reproductive coercion in Aotearoa New Zealand», *Aotearoa New Zealand Social Work*, 32(1), 2020, pp. 17–31. <https://doi.org/10.11157/anzswj-vol32iss1id701>. (RS).

CAFFARO, Federica/MULAS, Consuelo/SCHMIDT, Susanna, «The Perception of Honour-Related Violence in Female and Male University Students from Morocco, Cameroon and Italy», *Sex Roles*, 75, 2016, pp. 555-572. <https://doi.org/10.1007/s11199-015-0576-8>. (RS).

CARTER, Allison/BATESON, Deborah/VAUGHAN, Cathy, «Reproductive coercion and abuse in Australia: what do we need to know?», *Sexual Health*, 18(5), 2021, pp. 436-440. <https://doi.org/10.1071/SH21116>. (RS).

CATANIA, Lucrezia/MASTRULLO, Rosaroa/CASELLI, Angela/CECERE, Rosa/ABDULCADIR, Omar/ABDULCADIR, Jasmine, «Male perspectives on FGM among communities of African heritage in Italy», *International Journal of Human Rights in Health Care*, 9(1), 2016, pp. 41-51. <https://doi.org/10.1108/IJHRH-07-2015-0023>. (RS).

CEYLAN-BATUR, Suzan/SAKALLI, Nuray/GUNARATNE, Stephanie, «Predictors of tolerating violence against women: honor concerns and fundamentalist religious orientation», *Current Psychology*, 42(12), 2023, pp. 9720-9733. <https://doi.org/10.1007/s12144-021-02276-4>. (RS).

CHANTLER, Khatidja/MCCARRY, Melanie, «Forced Marriage, Coercive Control, and Conducive Contexts: The Experiences of Women in Scotland», *Violence Against Women*, 26(1), 2020, pp. 89–109. <https://doi.org/10.1177/1077801219830234>. (RS).

CHESLER, Phyllis, «When women commit honor killings», *Middle East Quarterly*, 22(4), 2015, pp. 1-12.

CHISHUGI, John/FRANKE, Trixy, «Sexual Abuse in Cameroon: A Four-Year-Old Girl Victim of Rape in Buea Case Study», *Journal of Child Sexual Abuse*, 25(6), 2016, pp. 619-626. <https://doi.org/10.1080/10538712.2016.1194355>. (RS).

CHRISTIANSON, Monica/TEILER, Åsa/ERIKSSON, Carola, «"A woman's honor tumbles down on all of us in the family, but a man's honor is only his": young women's experiences of patriarchal chastity norms», *International Journal of Qualitative Studies on Health and Well-being*, 16(1), 2021, pp. 1862480 ss. <https://doi.org/10.1080/17482631.2020.1862480>. (RS).

COONEY, Mark, «Death by family: Honor violence as punishment», *Punishment & Society*, 16(4), 2014, pp. 406-427. <https://doi.org/10.1177/1462474514539537>.

COONEY, Mark, *Execution by Family: A Theory of Honor Violence*, Routledge, 2019.

COUTURE-CARRON, Amanda, «Shame, Family Honor, and Dating Abuse: Lessons From an Exploratory Study of South Asian Muslims», *Violence Against Women*, 26(15-16), 2020, pp. 2004-2023. <https://doi.org/10.1177/1077801219895115>. (RS).

ÇOYMAK, Ahmet, «Functions of Social Representations in Honour Violence: The "Other East" as Responsible», *Social Justice Research*, 33(3), 2020, pp. 284-307. <https://doi.org/10.1007/s11211-020-00349-6>. (RS).

CROSSMAN, Kimberly A./HARDESTY, Jennifer L., «Placing Coercive Control at the Center: What Are the Processes of Coercive Control and What Makes Control Coercive?», *Psychology of Violence*, 8(2), 2018, pp. 196-206. <https://doi.org/10.1037/vio0000094>. (RS).

DAYAN, Hava, «Female Honor Killing: The Role of Low Socio-Economic Status and Rapid Modernization», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(19-20), 2021, pp. NP10393-NP10410. <https://doi.org/10.1177/0886260519872984>. (RS).

DESSALEGN, Muluken/AYELE, Mhired/HAILU, Yeshitila/ADDISU, Genetu/ABEBE, Sintayehu/SOLOMON, Haset/MOGESS, Geteneh/STULZ, Virginia, «Gender Inequality and the Sexual and Reproductive Health Status of Young and Older Women in the Afar Region of Ethiopia», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(12), 2020, pp. 4592 ss. <https://doi.org/10.3390/ijerph17124592>. (RS).

DETHLOFF, Nina, «Child Brides on The Move: Legal Responses to Culture Clashes», *International Journal of Law Policy and the Family*, 31(3), 2018, pp. 302-315. <https://doi.org/10.1093/lawfam/eby008>. (RS).

DIAMOND-SMITH, Nadia/RUDOLPH, Kara, «The association between uneven sex ratios and violence: Evidence from 6 Asian countries», *PloS one*, 13(6), 2018, pp. e0197516 ss. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0197516>.

DIKMEN, Hacer A./MUNEVVER, Gonenc I., «The relationship between domestic violence and the attitudes of women towards honor, gender roles, and wife-beating in Turkey», *Arch Psychiatr Nurs*, 34(5), 2020, pp. 421-426. <https://doi.org/10.1016/j.apnu.2020.07.012>. (RS).

DOĞAN, Recep, «The Dynamics of Honor Killings and the Perpetrators' Experiences», *Homicide Studies*, 20(1), 2016, pp. 53-79. <https://doi.org/10.1177/1088767914563389>. (RS).

DOĞAN, Recep., «Do Women Really Kill for Honor? Conceptualizing Women's Involvement in Honor Killings», *Deviant Behavior*, 39(10), 2018, pp. 1247-1266. <https://doi.org/10.1080/01639625.2017.1420454>. (RS).

DOĞAN, Recep, «Can Honor Killings Be Explained With the Concept of Social Death? Reinterpreting Social Psychological Evidence», *Homicide Studies*, 24(2), 2020, pp. 127-150. <https://doi.org/10.1177/1088767919827344>.

EL-GIBALY, Omaima/AZIZ, Mirette/ABOU HUSSEIN, Salma, «Health care providers' and mothers' perceptions about the medicalization of female genital mutilation or cutting in Egypt: a cross-sectional qualitative study», *BMC Int Health Hum Rights*, 19, 2019, pp. 26 ss. <https://doi.org/10.1186/s12914-019-0202-x>. (RS).

ELDEN, Åsa, «Men's violence and women's responsibility: mothers' stories about honour violence», en IDRIS Mohammad.M./ABBAS, Tahir (Eds.), *Honour, Violence, Women and Islam*, Routledge, 2011, pp. 128-141.

ERTÜRK, Yakin, «Towards a Post-Patriarchal Gender Order: Confronting the universality and the particularity of violence against women», *Sociologisk Forskning*, 46(4), 2009, pp. 61-70. <http://www.jstor.org/stable/20853687>.

FARACA, Annagrazia, «This is not my fatherland. Female genital mutilation/cutting in the context of migration: narratives of Nigerian women asylum seekers», *Revista Brasileira de Direito*, 12(2), 2016, pp. 18-38. DOI:10.18256/2238-0604/revistadereito.v12n2p18-38. (RS).

FRIAS, Sonia.M., «Family and Partner Violence Against Women: Forced Marriage in Mexican Indigenous Communities», *International Journal of Law Policy and the Family*, 31(1), 2017, pp. 60-78. <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebw014>. (RS).

GANGOLI, Geetanjali/GILL, Aisha/MULVIHILL, Natasha/HESTER, Marianne, «Perception and barriers: reporting female genital mutilation. Journal of Aggression», *Conflict and Peace Research*, 10(4), 2018, pp. 251-260. <https://doi.org/10.1108/JACPR-09-2017-0323>. (RS).

GENGLER, Justin J./ALKAZEMI, Mariam F./ALSHAREKH, Alanoud, «Who Supports Honor-Based Violence in the Middle East? Findings From a National Survey of Kuwait», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(11-12), 2021, pp. NP6013-NP6039. <https://doi.org/10.1177/0886260518812067>. (RS).

GIBBS, Andrew/SAID, Nader/CORBOZ, Julianne/JEWKES, Rachel, «Factors associated with 'honour killing' in Afghanistan and the occupied Palestinian Territories: Two cross-sectional studies», *PloS one*, 14(8), 2019, pp. e0219125 ss. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0219125>. (RS).

GILL, Aisha K./HAMED, Taher, «Muslim Women and Forced Marriages in the UK», *Journal of Muslim Minority Affairs*, 36(4), 2016, pp. 540-560. <https://doi.org/10.1080/13602004.2016.1260324>. (RS).

GILL, Aisha K./HARVEY, Heather, «Examining the Impact of Gender on Young People's Views of Forced Marriage in Britain», *Feminist Criminology*, 12(1), 2017, pp. 72-100. <https://doi.org/10.1177/1557085116644774>. (RS).

GILL, Aisha K./MITRA-KAHN, Trishima., «Modernising the *other*: assessing the ideological underpinnings of the policy discourse on forced marriage in the UK», *Policy and Politics*, 40(1), 2012, pp. 107-122. <https://doi.org/10.1332/147084411X581763>.

GILL, Aisha K./GOULD, Deborah., «The role of family coercion, culture, expert witnesses and best practice in securing forced marriage convictions», *Journal of Gender-based Violence*, 4(1), 2020, pp. 1 ss. <https://doi.org/10.1332/239868019X15711199936183>. (RS).

GILL, Aisha K./COX, Pamela/WEIR, Ruth, «Shaping Priority Services for UK Victims of Honour-Based Violence/Abuse, Forced Marriage, and Female Genital Mutilation», *The Howard Journal of Crime and Justice*, 57(4), 2018, pp. 576-595. <https://doi.org/10.1111/hojo.12287>.

GLICK, Peter/SAKALLI-UĞURLU, Nuray/AKBAŞ, Gülçin/ORTA, İrem M./CEYLAN, Suzan., «Why Do Women Endorse Honor Beliefs? Ambivalent Sexism and Religiosity as Predictors», *Sex Roles*, 75(11-12), 2016, pp. 543-554 <https://doi.org/10.1007/s11199-015-0550-5>.

GORAR, Mukaddes, *Honour Based Crimes and the Law. Defining the limits of Honour Based Violence and Abuse*, Routledge, 2021.

GORAR, Mukaddes, «Female Sexual Autonomy, Virginity, and Honour-based Violence with Special Focus on the UK», *Journal of International Women's Studies*, 22(5), 2021, pp. 72-83. <https://link.gale.com/apps/doc/A666206311/AONE?u=anon~7d5d599e&sid=bookmark-AONE&xid=b01157fa>. (RS).

GORAR, Mukaddes, «Honour Suicide and Forced Suicide in the UK», *The Journal of Criminal Law*, 86(5), 2022, pp. 308-326. <https://doi.org/10.1177/00220183221115294>. (RS).

GRANT, Maria J./BOOTH, Andrew, «A typology of reviews: An analysis of 14 review types and associated methodologies», *Health Information & Libraries Journal*, 26, 2009, pp. 91-108. <https://doi.org/10.1111/j.1471-1842.2009.00848.x>.

GREGORY, Geraldine A./FOX, Jayne/HOWARD, Bal K., «Honour-based violence: awareness and recognition», *Pediatrics and Child Health*, 30(11), 2020, pp. 365-370. <https://doi.org/10.1016/j.paed.2020.08.001>.

GROSE, Rose G./HAYFORD, Sarah R./CHEONG, Yuk F./GARVER, Sarah/KANDALA, Ngianga-Bakwin/YOUNT, Kathryn M., «Community Influences on Female Genital Mutilation/Cutting in Kenya: Norms, Opportunities, and Ethnic Diversity», *Journal of Health and Social Behavior*, 60(1), 2019, pp. 84-100. <https://doi.org/10.1177/0022146518821870>. (RS).

GROSSMAN-THOMPSON, Barbara, «“My honor will be erased”: Working-class women, purchasing power, and the perils of modernity in Urban Nepal», *Signs*, 42(2), 2017, pp. 485-507. <https://doi.org/10.1086/688187>.

GRUBER, Sabine, «In the Name of Action Against "Honour-Related" Violence», *Nordic Journal of Migration Research*, 1 (3), 2011, pp. 126 ss.

GRZYB, Magdalena A., «An explanation of honour-related killings of women in Europe through Bourdieu's concept of symbolic violence and masculine domination», *Current Sociology*, 64(7), 2016, pp. 1036-1053. <https://doi.org/10.1177/0011392115627479>. (RS).

GUL, Pelin/SCHUSTER, Isabell, «Judgments of marital rape as a function of honor culture, masculine reputation threat, and observer gender: A cross-cultural comparison between Turkey, Germany, and the UK», *Aggressive Behavior*, 46(4), 2020, pp. 341–353. <https://doi.org/10.1002/ab.21893>. (RS).

GUNASINGHE, Cerisse/HATCH, Stephani L./LAWRENCE, Jane, «Young Muslim Pakistani Women's Lived Experiences of Izzat, Mental Health, and Well-Being», *Qualitative health research*, 29(5), 2019, pp. 747–757. <https://doi.org/10.1177/1049732318803094>. (RS).

HADI, Abdul, «'Honor' killings in misogynistic society: A feminist perspective», *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 9(3), 2020, pp. 29–37 <https://doi.org/10.36941/ajis-2020-0039>. (RS).

HAYAJNEH, Ahamad M./ALSHDAIFAT, Shadi A., «Is the Law Per Se to Blame for Exacerbating So-Called 'Honour Killings'? The Case of Jordan», *Journal of Human Rights Practice*, 14(2), 2022, pp. 648–675. <https://doi.org/10.1093/jhuman/huab052>. (RS).

HAYES, Brittany E./MILLS, Colleen E./FREILICH, Joshua D./CHERMAK, Steven M., «Are Honor Killings Unique? A Comparison of Honor Killings, Domestic Violence Homicides, and Hate Homicides by Far-Right Extremists», *Homicide Studies*, 22(1), 2018, pp. 70–93. <https://doi.org/10.1177/1088767917736796>.

HEYDARI, Arash/TEYMOORI, Ali/TRAPPES, Rose, «Honor killing as a dark side of modernity: Prevalence, common discourses, and a critical view», *Social Science Information*, 60(1), 2021, pp. 86–106. <https://doi.org/10.1177/0539018421994777>.

HONKALA, Nora, «An Unhappy Interlude: Trivialisation and Privatisation of Forced Marriage in Asylum-Seeker Women's Cases in the UK», *Refugee Survey Quarterly*, 41(3), 2022, pp. 472–497. <https://doi.org/10.1093/rsq/hdac018>. (RS).

HONKATUKIA, Päivi/KESKINEN, Suvi, «The social control of young women's clothing and bodies: A perspective of differences on racialization and sexualization», *Ethnicities*, 18(1), 2018, pp. 142–161. <https://doi.org/10.1177/1468796817701773>. (RS).

HUDA, Sadia/KAMAL, Anila, «Development and validation of attitude towards honour killing scale», *Pakistan Journal of Psychological Research*, 33(1) 2018, pp. 191–202. <https://doi.org/10.33824/PJPR.2020.35.2.13>. (RS).

IDRISS, Mohammad M., «"The Mosques Are the Biggest Problem We've Got Right Now": Key Agent and Survivor Accounts of Engaging Mosques With Domestic and Honor-Based Violence in the United Kingdom», *Journal of Interpersonal Violence*, 35(13–14), 2020, pp. 2464–2491. <https://doi.org/10.1177/0886260517703376>.

IDRISS, Mohammad M., «Not domestic violence or cultural tradition: is honour-based violence distinct from domestic violence?», *Journal of Social Welfare and Family Law*, 39(1), 2017, pp. 3–21. <https://doi.org/10.1080/09649069.2016.1272755>.

IDRISS, Mohammad M., «Abused by the Patriarchy: Male Victims, Masculinity, "Honor"-Based Abuse and Forced Marriages», *Journal of Interpersonal Violence*, 37(13–14), 2022, pp. 1–28. <https://doi.org/10.1177/0886260521997928>. (RS).

JABEEN, Sadia/RIAZ, Maria/OMER, Sonia, «Applying Socioecological Framework to Acid Attack Violence: An Exploration of Inhabitant Factors», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(23-24), 2021, pp. NP12481-NP12503. <https://doi.org/10.1177/0886260519898442>. (RS).

JIMENEZ, Estibaliz, «Le contrôle excessif dans le contexte des violences basées sur l'honneur au Québec: Analyse juridique et jurisprudentielle d'une violence genrée», *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, 37(1), 2022, pp. 69–89. doi:10.1017/cls.2021.45. (RS).

KAPLAN, Adriana/PERARNAU MOLES, Júlia/SANYANG, Segga/LE CHARLES, Marie-Alix/ÁLVAREZ, Carolina/ALIAGA, Neus, «The Impact of Circular Migration on FGM/C: Transnational Communities in Spain and The Gambia», *Social Sciences*, 8(10), 2019, pp. 290 ss. <https://doi.org/10.3390/socsci8100290>. (RS).

KAPLAN MARCUSÁN, Adriana/RIBA SINGLA, Laura/LAYE, Mass/SECKA, Dodou M./UTZET, Mireia/LE CHARLES, Marie-Alix, «Female genital mutilation/cutting: changes and trends in knowledge, attitudes, and practices among health care professionals in The Gambia», *International Journal of Women's Health*, 8, 2016, pp. 103–117. <https://doi.org/10.2147/IJWH.S102201>. (RS).

KAYNAK, Bağdat D./MALATYALI, Meryem K./HASTA, Derya, «Hostile Sexism and Gender System Justification Predict Greater Support for Girl Child Marriage in Turkey», *Sex Roles*, 88(5-6), 2023, pp. 201–209. <https://doi.org/10.1007/s11199-023-01348-y>. (RS).

KEYVANARA, Mahmoud/MOUSAVID, Seyed G./KHAYYER, Zahra/NGAOSUVAN, Leonard, «A qualitative exploration of motives of suicide attempts among Iranian women», *Australian Journal of Psychology*, 72(2), 2020, pp. 133–144. <https://doi.org/10.1111/ajpy.12277>. (RS).

KHAN, Roxanne/SALEEM, Shamam/LOWE, Michelle, «“Honour”-based violence in a British South Asian community», *Safer Communities*, 17 (1), 2018, pp. 11–21. <https://doi.org/10.1108/SC-02-2017-0007>. (RS).

KHAN, Saeeda/THAMBIHAH, Shanthi/KHOO, Ying H., «Women's Agency as Reason for Life Threats Among the Pashtuns in Pakistan: Narratives of Women Fleeing Honor Killing and Masculine Domination», *Violence Against Women*, 29(3-4), 2023, pp. 431–452. <https://doi.org/10.1177/10778012221092468>. (RS).

KHAN, Tehmina, «Teachers' intersecting identities of culture, ethnicity, religion and gender when addressing awareness of forced marriage in the classroom, in London, England: A case study of five teachers», *Education, Citizenship and Social Justice*, 0(0), 2023, pp. 174619792311628 ss. <https://doi.org/10.1177/17461979231162834>. (RS).

KHATIB, Salam/EDGE, Dawn/SPEED, Shaun, «On the Road to Social Death: A Grounded Theory Study of the Emotional and Social Effects of Honor Killing on Families-A Palestinian Perspective», *Violence Against Women*, 26(9), 2020, pp. 1008–1032. <https://doi.org/10.1177/1077801219847289>. (RS).

KIM, Elena, «Re-feminizing the post-soviet women: identity, politics and virginity ceremonies in contemporary Kyrgyzstan», *Journal of Gender Studies*, 29(6), 2020, pp. 706–716. <https://doi.org/10.1080/09589236.2020.1758043>. (RS).

KIM, Elena/KARIORIS, Frank G., «Bound to be grooms: the imbrication of economy, ecology, and bride kidnapping in Kyrgyzstan», *Gender, Place & Culture*, 28(11), 2020, pp. 1627–1648. <https://doi.org/10.1080/0966369X.2020.1829561>. (RS).

KIMANI, Samuel/SHELL-DUNCAN, Bettina, «Medicalized Female Genital Mutilation/Cutting: Contentious Practices and Persistent Debates», *Current Sexual Health Reports*, 10(1), 2018, pp. 25–34. <https://doi.org/10.1007/s11930-018-0140-y>. (RS).

KIMANI, Samuel/ESHO, Tammmary/KIMANI, Violet/MUNI, Samuel/KAMAU, Jane/KIGONDU, Chirstine/KARANJA, Jane/GUYO, Jaldesa, «Female Genital Mutilation/Cutting: Innovative Training Approach for Nurse-Midwives in High Prevalent Settings», *Obstetrics and Gynecology International*, 2018, pp. 5043512 ss. <https://doi.org/10.1155/2018/5043512>. (RS).

LAMBOLEY, Madeline/PELLAND, Marie-Andrée/GOGUEN, Céleste, «Guardians of honor: Women as victims and coercitive agents control within patriarchal community settings», *Criminologie*, 55(1), 2022, pp. 35-59. <https://id.erudit.org/iderudit/1089728ar>. (RS).

LANDIS, Debbie/FALB, Kathryn/MICHELIS, Ilaria/BLACKOMERE, Theresita/STARK, Lindsay, «Violence, Well-Being and Level of Participation in Formal Education among Adolescent Girls in Eastern Democratic Republic of the Congo: The Role of Child Marriage», *Studies In Social Justice*, 12(2), 2018, pp. 273-290. <https://doi.org/10.26522/ssj.v12i2.1632>. (RS).

LEVER, Hazel/OTTENHEIMER, Deborah/TEYSIR, Jimmitti/SINGER, Elisabeth/ATKINSON, Holly G, «Depression, Anxiety, Post-traumatic Stress Disorder and a History of Pervasive Gender-Based Violence Among Women Asylum Seekers Who Have Undergone Female Genital Mutilation/Cutting: A Retrospective Case Review», *Journal of Immigrant and Minority Health*, 21(3), 2019, pp. 483–489. <https://doi.org/10.1007/s10903-018-0782-x>. (RS).

LIEN, Inger-Lise, «Prosecution of the offence of female genital mutilation/cutting in Norway», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 31(2), 2017, pp. 191-206. <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebx003>. (RS).

LOZA, Yasmine, «Women's bodies and lives as symbols of patriarchal codes: Honor killings», *Social Science Information*, 61(4), 2022, pp. 371-389. <https://doi.org/10.1177/05390184221129227>.

MALATYALI, Meryem K./KAYNAK, Bagdat D./HASTA, Derya, «A Social Dominance Theory Perspective on Attitudes Toward Girl Child Marriages in Turkey: The Legitimizing Role of Ambivalent Sexism», *Sex Roles*, 77(9-10), 2017, pp. 687-696. <https://doi.org/10.1007/s11199-017-0750-2>. (RS).

MALONEY, Kathleen M., «Ending Impunity for Forced Marriage in Conflict Zones The Need for Greater Judicial Emphasis on the Human Rights of Girls», *Journal of International Criminal Justice*, 19(2), 2021, pp. 327-358. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqab027>. (RS).

MARCUS, Anthony/BEGUM, Popy/ALSABAHI, Laila/CURTIS, Ric, «Between Choice and Obligation: An Exploratory Assessment of Forced Marriage Problems and Policies among Migrants in the United States», *Social Policy and Society*, 18(1), 2019, pp. 19-36. <https://doi.org/10.1017/S1474746417000422>. (RS).

MARECEK, Jeanne/SENADHEERA, Chandanie, «Gendered Antecedents and Consequences of Young Women's Suicidal Acts in Sri Lanka», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 20(4), 2023, pp. 2885 ss. <https://doi.org/10.3390/ijerph20042885>. (RS).

MAYEDA, David T./VIJAYKUMAR, Raagini, «A Review of the Literature on Honour-Based Violence», *Sociology Compass*, 10(5), 2016, pp. 353-363. <https://doi.org/10.1111/soc4.12367>.

MAYEDA, David T./CHO, Sunmin R./VIJAYKUMAR, Raagini, «Honor-based violence and coercive control among Asian youth in Auckland, New Zealand», *Asian Journal of Women's Studies*, 25(2), 2019, pp. 159-179. <https://doi.org/10.1080/12259276.2019.1611010>. (RS).

MEETOO, Veena/MIRZA, Heidi S., «“There is Nothing ‘Honourable’ About Honour Killings”: Gender, violence and the limits of multiculturalism», *Women's Studies International Forum*, 30 (3), 2007, pp. 187 ss. <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2007.03.001>.

MOHAMMADI, Mohsen/NEDJAT, Saharnaz/DARGAHPUR, Maryam/MEHRI, Ahmad/MAJIDZADEH, Reza, «Factors Associated With Self-Burning Among Women in Reproductive Age of Ilam: A Case-Control Study in a Western Part of Iran», *Archives of Suicide Research: official journal of the International Academy for Suicide Research*, 26(2), 2020, pp. 707-715. <https://doi.org/10.1080/13811118.2020.1823917>. (RS).

MORROW, Grace/YOUNT, Kathryn M./BERGENFELD, Irina/LATERRA, Anne/KALRA, Sadhavi./KHAN, Zara/CLARK, Cari J., «Adolescent boys' and girls' perspectives on social norms surrounding child marriage in Nepal», *Culture, Health & Sexuality*, 25(10), 2023, pp. 1277-1294. <https://doi.org/10.1080/13691058.2022.2155705>. (RS).

MUCINA, Mandeep K., «Exploring the role of “honour” in son preference and daughter deficit within the Punjabi diaspora in Canada», *Canadian Journal of Development Studies / Revue Canadienne d'études Du Développement*, 39(3), 2018, pp. 426-442. <https://doi.org/10.1080/02255189.2018.1450736>. (RS).

MUFTULER-BAC, Meltem/MUFTULER, Canan, «Provocation defence for femicide in Turkey: The interplay of legal argumentation and societal norms», *European Journal of Women's Studies*, 28(2), 2021, pp. 159-174. <https://doi.org/10.1177/1350506820916772>. (RS).

MULUMEODERHWA, Maroyi, «‘A Girl Who Gets Pregnant or Spends the Night with a Man is No Longer a Girl’: Forced Marriage in the Eastern Democratic Republic of Congo», *Sexuality & Culture*, 20, 2016, pp. 1042-1062. <https://doi.org/10.1007/s12119-016-9373-y>. (RS).

NAVED, Ruchira T./KHAN, Nur N., «Multilevel Control Over Sexuality of Unmarried Adolescent Girls and Related Violence: A Qualitative Exploration in Slums of Dhaka, Bangladesh», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(15-16), 2021, pp. 6956-6978. <https://doi.org/10.1177/0886260519831378>. (RS).

NE'EMAN-HAVIV, Vered, «Israeli Arabs' acculturation patterns and attitudes toward honor killings», *International Journal of Intercultural Relations*, 85, 2021, pp. 104-111. <https://doi.org/10.1016/j.ijintrel.2021.09.006>. (RS).

NOACK-LUNDBERG, Kyja/GILL, Aisha K./ANITHA, Sundari, «Understanding forced marriage protection orders in the UK», *Journal of Social Welfare and Family Law*, 43(4), 2021, pp. 371-392. <https://doi.org/10.1080/09649069.2021.1996083>. (RS).

NOWAK, Barbara, «The School Nurse's Role in Addressing Female Genital Mutilation», *NASN School Nurse*, 31(5), 2016, pp. 286–291. <https://doi.org/10.1177/1942602X16648193>. (RS).

OLOFINBIYI, Babatunde A./AWOLEKE, Jacob O./ATIBA, Bamidele P./OLAOGUN, Oluwole D./OLOFINBIYI, Rebecca O./AWOLEKE, Adeola O., «Predictors of Maternal Preference for Sex-Selective Pregnancy Termination in a Developing Nation with Restrictive Abortion Laws», *Maternal and Child Health Journal*, 25(5), 2021, pp. 813–820. <https://doi.org/10.1007/s10995-020-03062-7>. (RS).

ONYISHI, Ike E./PROKOP, Pavol/OKAFOR, Chiezodie O./PHAM, Michael N., «Female Genital Cutting Restricts Sociosexuality Among the Igbo People of Southeast Nigeria», *Evolutionary Psychology*, 14(2), 2016, pp. 1474704916648784 ss. <https://doi.org/10.1177/1474704916648784>. (RS).

PAYTON, Joanne, «“Honor,” Collectivity, and Agnation: Emerging Risk Factors in “Honor”-Based Violence», *Journal of Interpersonal Violence*, 29(16), 2014, pp. 2863–2883. <https://doi.org/10.1177/0886260514527171>.

PEARSON, Erin E./AQATAR, Fahima/PAUL, Dipika/MENZEL, Jamie L./FONSEKA, Ruvani W./UYSAL, Jasmine/ANDERSEN, Kathryn L./SILVERMAN, Jay G., «‘Here, the girl has to obey the family’s decision’: A qualitative exploration of the tactics, perceived perpetrator motivations, and coping strategies for reproductive coercion in Bangladesh», *SSM - Qualitative Research in Health*, 3, 2023, pp. 100243 ss. <https://doi.org/10.1016/j.ssmqr.2023.100243>. (RS).

PITT-RIVERS, Julian, «La enfermedad del honor», en GAUTHERON, Marie. (Ed.), *El honor: imagen de sí mismo o don de sí, un ideal equivoco*, Cátedra, 1992, pp. 19–34.

PUREWAL, Navtej, «Sex Selective Abortion, Neoliberal Patriarchy and Structural Violence in India», *Feminist Review*, 119(1), 2018, pp. 20–38. <https://doi.org/10.1057/s41305-018-0122-y>. (RS).

RIGONI, Clara, *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practises in Europe*, Routledge, 2023.

SABI BOUN, Saidou/OTU, Akaninyene/YAYA, Sanni, «Fighting female genital mutilation/cutting (FGM/C): towards the endgame and beyond», *Reproductive Health*, 20(1), 2023, pp. 51 ss. <https://doi.org/10.1186/s12978-023-01601-3>. (RS).

SADIK, Nafis (Dir), *The state of world population 2000: lives together, worlds apart: men and women in a time of change*, United Nations Population Fund (UNFPA), New York, 2000. Accesible en: swp2000_eng.pdf (unfpa.org).

SALAMEH, Hafsa O. G./SALAMEH, Rakiz J./SHWAIKI, Mohannad/ABDER-RAHMAN, Hasan, «Forensic medical aspects of femicide in Jordan», *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 56, 2018, pp. 90–93. <https://doi.org/10.1016/j.jflm.2018.03.015>. (RS).

SALENDIA, Kasjim, «Abuse of Islamic Law and child marriage in South-Sulawesi Indonesia», *Al-Jami ah Journal of Islamic Studies*, 54(1), 2016, pp. 95–122. doi: 10.14421/ajis.2016.541.95–122. (RS).

SALTER, Michael, «Multi-Perpetrator Domestic Violence», *Trauma, Violence, & Abuse*, 15(2), 2014, pp. 102–112. <https://doi.org/10.1177/1524838013511542>.

SANGAR, Maninder/HOWE, Julia, «How discourses of sharam (shame) and mental health influence the help-seeking behaviours of British born girls of South Asian heritage», *Educational Psychology in Practice*, 37(4), 2021, pp. 343–361. <https://doi.org/10.1080/02667363.2021.1951676>. (RS).

SARICH, Jody/OLIVIER, Michele/BALES, Kevin, «Forced Marriage, Slavery, and Plural Legal Systems: An African Example», *Human Rights Quarterly*, 38(2), 2016, pp. 450–476. <https://dx.doi.org/10.1353/hrq.2016.0030>. (RS).

SATTAR, Tehmina/AHMAD, Saeed/ZAKAR, Rubeena/MAQSOOD, Fauzia, «Watering the Plant in Another's Courtyard: An Ethnographic Exploration of Daughters' Devaluation Through Sex-Selected Abortions Among the Rural Married Females in South Punjab, Pakistan», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(9-10), 2021, pp. 4490–4519. <https://doi.org/10.1177/0886260518791598>. (RS).

SAUCIER, Donald. A/MARTENS, Amanda. L./EWERS, Karli. J./RENKEN, Noah. D, «Guardians: masculine honour beliefs and perceptions of men's roles in preventing sexual violence», *Journal of Sexual Aggression*, 29(2), 2022, pp. 238–302. <https://doi.org/10.1080/13552600.2022.2082572>.

SEDEM, Mina/FERRER-WREDER, Laura, «Fear of the Loss of Honor: Implications of Honor-Based Violence for the Development of Youth and Their Families», *Child Youth Care Forum*, 44, 2015, pp. 225 y ss. <https://doi.org/10.1007/s10566-014-9279-5>.

SEN, Purna, «Crimes of honour. Value and meaning», en WELCHMAN, Lynn/HOSSAIN, Sara (Eds.) *Crimes, paradigms and violence against women*, Zed Books, 2005, pp. 42–63.

SEV'ER, Aysan/YURDAKUL, Gökçeççek, «Culture of Honor, Culture of Change: A Feminist Analysis of Honor Killings in Rural Turkey», *Violence Against Women*, 7(9), 2001, pp. 964–998. <https://doi.org/10.1177/10778010122182866>.

SIFUNA, Daniel N./ABAGI, Okwach/WASIKE, Nabiswa M., «Female Genital Mutilation/Cutting among the Wardei of Kenya: Practice, Effects, and Prospects for Alternative Rites of Passage», *Journal of Anthropological Research*, 72(3), 2016, pp. 337–356. <http://ir-library.ku.ac.ke/handle/123456789/15426>. (RS).

SIMMONS, Frances/WONG, Grace, «Learning from lived experience: Australia's legal response to forced marriage», *University of New South Wales Law Journal*, 44(4), 2021, pp. 80–85. <https://doi.org/10.53637/YJYS9724>. (RS).

SINGH, Amit K., «Paradox between Universalism of Human Rights and Relativism of Culture: A Case Study of Honour Killings in India», *Journal of Southeast Asian Human Rights*, 4(1), 2020, pp. 258–270. doi:10.19184/jseahr.v4i1.8597. (RS).

SMALL, Eusebius/SHARMA, Bonita B./NIKOLOVA, Silviya P./TONUI, Betty C., «Hegemonic Masculinity Attitudes Toward Female Genital Mutilation/Cutting Among a Sample of College Students in Northern and Southern Sierra Leone», *Journal of transcultural nursing: official journal of the Transcultural Nursing Society*, 31(5), 2020, pp. 468–478. <https://doi.org/10.1177/1043659619875499>. (RS).

SNYDER, Hannah, «Literature review as a research methodology: An overview and guidelines», *Journal of Business Research*, 104, 2019, pp. 333–339. <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2019.07.039>.

STARK, Laura, «Motives and Agency in Forced Marriage among the Urban Poor in Tanzania», *Ethnos*, 85(1), 2019, pp. 124–144. <https://doi.org/10.1080/00141844.2018.1559214>. (RS).

TARZIA, Laura/DOUGLAS, Heather/SHEERAN, Nicola, «Reproductive coercion and abuse against women from minority ethnic backgrounds: views of service providers in Australia», *Culture, Health & Sexuality*, 24(4), 2020, pp. 466–481. <https://doi.org/10.1080/13691058.2020.1859617>.

THOMAS, Cheryl/PARK, Rosalyn/ELLINGEN, Mary/ELLISON, Mary C./MENATEAU, Beatriz/YOUNG, Laura (Eds.), *Developing Legislation on Violence against Women and Girls*, United Nations Women, 2011.

THUPAYAGALE-TSHWENEAGAE, Gloria B./PHUTHI, Kesiwe/IBITOYE, Olabisi F., «Patterns and Dynamics of Sexual Violence among Married Adolescents in Zimbabwe», *Africa Journal of Nursing and Midwifery*, 21 (2), 2019, pp. 6455 ss. <https://doi.org/10.25159/2520-5293/6455>. (RS).

TOPRAK, Sadik/ERSOY, Gokhan, «Femicide in Turkey between 2000 and 2010», *PloS one*, 12(8), 2017, pp. e0182409 ss. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0182409>. (RS).

TORRES, Núria/VILLACAMPA, Carolina, «Intervention with Victims of Forced Marriage», *Women & Criminal Justice*, 32(3), 2021, pp. 288–305. <https://doi.org/10.1080/08974454.2021.1875107>. (RS).

UNITED NATIONS, *Impunity for domestic violence, 'honour killings' cannot continue* – UN official. UN News Center, 2011. Accesible en: <https://news.un.org/en/story/2010/03/331422>.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *Working towards the elimination of crimes against women committed in the name of honour* (RES/55/66), 55th Session, 2000. Accesible en: <https://digitallibrary.un.org/record/428882?v=pdf>.

VAN BAAK, Carlijn./HAYES, Brittany E., «Female Genital Mutilation and Age at Marriage: Risk Factors of Physical Abuse for Women in Sierra Leone», *Journal of Family Violence*, 2023, pp 1 ss. <https://doi.org/10.1007/s10896-023-00593-9>. (RS).

VAN BROECK, Jeroen, «Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9(1), 2001, pp.1-32.

VILLACAMPA, Carolina, «Forced marriage as a lived experience: Victims' voices», *International Review of Victimology*, 26(3), 2020, pp. 344-367. <https://doi.org/10.1177/0269758019897145>. (RS).

VILLACAMPA, Carolina, «La violencia contra las mujeres por honor y su tratamiento jurídico en España», *Estudios Penales y Criminológicos*, 43, 2023, pp. 1-43. <https://doi.org/10.15304/epc.43.9016>.

VILLACAMPA, Carolina/SALAT, Marc, «El matrimonio forzado como manifestación de la violencia contra las mujeres: aproximación comparada», *IgualdadES*, 10, 2024, pp. 15-44. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.01>.

VILLACAMPA, Carolina/TORRES, Núria, «Forced marriage: what do professionals know?», *International Journal of Law, Crime and Justice*, 67, 2021, pp. 1-11. <https://doi.org/10.1016/j.ijlcj.2021.100506>.

WIKHOLM, Katherine/MISHORI, Ranit/OTTENHEIMER, Deborah/KOROSTYSHEVSKIY, Valeriy/REINGOLD, Rebecca/WIKHOLM, Colin/HAMPTON, Kathryn., «Female Genital Mutilation/Cutting as Grounds for

Asylum Requests in the US: An Analysis of More than 100 Cases», *Journal of Immigrant and Minority Health*, 22(4), 2020, pp. 675-681. <https://doi.org/10.1007/s10903-020-00994-8>. (RS).

WIKSTRÖM, Eva/GHAZINOUR, Mehdi, «Swedish experience of sheltered housing and conflicting theories in use with special regards to honour related violence (HRV)», *European Journal of Social Work*, 13 (2), 2010, pp. 245 ss. <https://doi.org/10.1080/13691451003690981>.

YADAV, Pushpender, «Crime Against Women in India: A Theoretical Review», *Indian Journal of Public Administration*, 69(4), 2023, pp. 925-939. <https://doi.org/10.1177/00195561231196233>.

Jordi Nieva-Fenoll
Universitat de Barcelona

Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez

Sumario

-

La valoración de la prueba es una actividad que los juristas, desde hace siglos, han confiado a la experiencia del juez. Esta decisión no solamente es acientífica, sino que hace que la actividad judicial sea víctima de los sesgos cognitivos propios del uso de heurísticos del pensamiento por parte de los jueces, que siendo algo parecido a atajos del pensamiento para tomar decisiones rápidas, se acaban aplicando a una actividad como la valoración de la prueba que, por definición, debiera ser mucho más reflexiva. En este artículo se da cuenta de los heurísticos y sesgos más importantes que afectan a la actividad judicial, y se abre la puerta hacia un futuro modelo de valoración de la prueba que huya de eso que piadosamente se ha llamado «experiencia» del juez, pero que es simplemente su intuición.

Abstract

-

Evidence assessment is an activity that jurists, for centuries, have entrusted to the experience of the judge. This decision is not only unscientific, but also makes judicial activity a victim of the cognitive biases inherent to the use of heuristics by judges, which, being something similar to shortcuts of thought to make quick decisions, end up being applied to an activity such as the assessment of evidence which, by definition, should be much more reflective. This article gives an account of the most important heuristics and biases that affect judicial activity, and opens the door to a future model of evidence assessment that avoids what has been piously called the judge's 'experience', but which is simply his or her intuition.

Title: Cognitive biases and evidence: escaping from the judge's intuition

-

Palabras clave: Heurístico, Experiencia, Valoración de la prueba, Estándares de prueba

Keywords: Heuristic, Experience, Evidence assessment, Standards of proof

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.11

1.2025

Recepción
07/10/2024

-

Aceptación
30/11/2024

-

Índice

-

- 1. Introducción*
- 2. Los heurísticos del pensamiento aplicados a la actividad probatoria*
- 3. Los sesgos en la valoración de la prueba*
- 4. La prevención de los sesgos*
- 5. Best of one's knowledge, intime conviction, máximas de la experiencia, reglas de la sana crítica*
- 6. Hacia una cancelación de la intuición en la valoración de la prueba*
- 7. Bibliografía*

-

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

1. Introducción

No es sencillo descubrir a toda una comunidad, humana en general y científica en particular, que estamos reiterando, una vez tras otra, un mismo error. El hecho es que pensamos, y afirmamos continuamente, que los jueces realizan una labor que, en realidad, no desempeñan. Por ejemplo, creemos –incluso firmemente– que descubren la verdad de los hechos observando interrogatorios, o bien que mantienen por completo su independencia e imparcialidad a la hora de aplicar el Derecho vigente, escogiendo la interpretación que más se ajusta a la justicia del caso concreto. Y, por descontado, también confiamos en ellos para determinar, precisamente, cuál es la «justicia» en ese caso concreto.

Tal vez somos muy poco –o nada– conscientes de que la noción de «justicia» posee un evidente origen teológico, pues en el Antiguo Egipto, cuando fue creada tal noción¹, se le atribuyó por completo a una diosa –Maat– cuyo nombre era, por cierto, la mismísima palabra «verdad» en lengua egipcia², lo que constituye algo más que una declaración de intenciones. Ese fue, con toda probabilidad, el auténtico contenido original del concepto: la averiguación de la verdad, lo que no deja de resultar curioso si se recuerdan los modernos debates sobre la finalidad de la prueba³. Por cierto, aquellos antiguos jueces egipcios fueron una especie de sacerdotes de Maat, en todo caso delegados del Faraón, que era la máxima autoridad religiosa⁴ como transmisor directo de la voluntad de la diosa. El modelo pudo ser copiado, al menos en parte, en la Roma monárquica⁵, la primera Roma, con la figura del *rex*, que dio lugar nada menos que al llamado *rex sacrorum* en época republicana⁶, y no hay duda de que ese *rex* no desvinculaba su poder de enjuiciar de su autoridad de origen divino⁷. Siendo todo ello así, se trataba en realidad de que una autoridad de raigambre religiosa⁸ nos trasladara el parecer de la divinidad, lo que implicaba un proceso que precisaba imperiosamente de la fe de las partes en conflicto, como es forzoso en ese contexto teológico.

Es curioso que actualmente todavía se hable de fe –o de confianza– en la justicia, sobre todo cuando han existido tantísimos jueces en la historia, en cualquier época, que lamentablemente han traicionado esa confianza⁹. Pero lo sorprendente, insisto, es que, en realidad, el éxito del proceso judicial se basa en buena medida en la confianza de los litigantes. Obsérvese que socialmente se atribuye una altísima fiabilidad a la intuición judicial para que valore correctamente pruebas que no están al auténtico alcance de la interpretación de los seres humanos, como sucede con los interrogatorios, salvo que se supongan capacidades paranormales adivinatorias en los jueces, que desde luego no poseen. En 2020, 51 expertos en

¹ ASSMANN, *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, 1995.

² LICHTHEIM, *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, 1992, p. 18.

³ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución al estudio de la prueba», en *Estudios de Derecho Procesal*, 1969, p. 357. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 2005, p. 45. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, 1967, p. 61. TARUFFO, *La semplice verità*, 2009, p. 78.

⁴ Vid. KOOTZ, «Der altägyptische Staat. Untersuchung aus politikwissenschaftlicher Sicht», *MENES. Studien zur Kultur und Sprache der ägyptischen Frühzeit und des Alten Reiches*, vol. 4, 2006, p. 70.

⁵ KASER;/ HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 1996, pp. 31-32.

⁶ KUNKEL; SCHERMAIER, *Römische Rechtsgeschichte*, 2001, p. 18.

⁷ KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 31.

⁸ KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 37.

⁹ Vid., por ejemplo, WILLIAMS, *A short book of bad judges*, 2013.

psicología forense y del testimonio de todo el mundo firmaron un manifiesto¹⁰ confirmando que no se puede detectar la mentira mediante comunicación no verbal, denunciando la pseudociencia que se halla detrás de quienes todavía lo defienden¹¹. Pese a ello, la creencia persiste en la sociedad, también entre jueces y policías a nivel mundial¹², lo que es el colmo, puesto que estos profesionales sí deberían conocer lo que dice la ciencia al respecto.

Sucede casi lo mismo con la prueba pericial. Se obliga a un no experto –el juez– a valorar el parecer de un experto –el perito–, lo que es una evidente *contradictio in terminis* que sólo puede tener un pase, nuevamente, si se confía –casi ciegamente– en el juez. Junto con su misión de determinar la «justicia» en el caso concreto, aunque no se diga de esta forma, todo el sistema se basa en una auténtica fe por la intuición del juez. Intuición que acostumbra a no ser siquiera motivable, lo que ha hecho saltar, con buen criterio, las alarmas de varios juristas en los últimos tiempos¹³.

Sin embargo, sobre todo ahora que tanto se debate sobre inteligencia artificial¹⁴, se habla de las ventajas del «factor humano» de los jueces, aludiendo con ello a las emociones que el juez sin duda emplea, así como, en el fondo, a esa intuición que acaba de referirse. Todo ello, insisto, dibuja una confianza casi incondicional en el criterio judicial que, si no es idéntica a la antigua fe por Maat de los egipcios, desde luego se le parece muchísimo. Y que empieza a recibir más que fundamentados cuestionamientos desde el mundo extrajurídico¹⁵.

Con todo, ese estudio de la mente judicial tiene actualmente un enorme recorrido que supera amplísimamente el análisis teológico, que obviamente también desborda el estudio filosófico y que se introduce de lleno en la psicología cognitiva¹⁶. Resulta que el ser humano, para tomar

¹⁰ DENAULT; PLUSQUELLEC; JUPE; ET AL., «The Analysis of Nonverbal Communication: The Dangers of Pseudoscience in Security and Justice Contexts», *Anuario de Psicología Jurídica*, 30, 2020, pp. 1 ss.

¹¹ Vid. también, citando este manifiesto, SÁNCHEZ; MANZANERO, «El engaño en contextos judiciales», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, 2023, p. 9.

¹² STRÖMWALL; GRANHAG; HARTWIG, «Practitioners' Beliefs About Deception» en GRANHAG; STRÖMWALL (eds), *The Detection of Deception in Forensic Contexts*, 2004, pp. 229 ss, y nuevamente SÁNCHEZ; MANZANERO, «El engaño en contextos judiciales», cit. p. 8, citando este mismo estudio.

¹³ Por todos, TARUFFO, *Libero convincimento del giudice. (I Diritto processuale civile)*, Enc. giur. Treccani, vol. XVIII, 1990, pp. 1 ss. TARUFFO, *Motivazione della sentenza. (III, Diritto processuale civile)*, Enciclopedia giuridica (Treccani), vol. XX, 1990, pp. 1 ss.

¹⁴ Entre otros muchos, BONET NAVARRO, «La tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos», *Revista CEFLegal*, n. 208 (mayo 2018), pp. 77 ss, NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, 2018, se han sucedido en los últimos años un sinfín de trabajos sobre la cuestión. RE; SOLOW-NIEDERMAN, «Developing Artificially Intelligent Justice», *Stanford Technology Law Review*, n. 22, 2019, pp. 242 ss. GIAMPIERO, «Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: How Normative Frameworks Protect Citizens from the Risks Related to AI Use in the Judiciary», *European Quarterly of Political Attitudes and Mentalities*, 8(2), 2019, pp. 75 ss, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62463-8>. RIGANO, «Using Artificial Intelligence to Address Criminal Justice Needs», *NIJ Journal*, n. 280 enero 2019, pp. 1 ss. CUI, *Artificial Intelligence and Judicial Modernization*, Springer 2020. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, 2020. SOURDIN, *Judges, Technology and Artificial Intelligence, The Artificial Judge*, 2021. FORREST, *When Machines Can Be Judge, Jury, and Executioner. Justice in the Age of Artificial Intelligence*, Singapur 2021. SOURDIN; MEREDITH; LI, *Digital Technology and Justice. Justice Apps*, 2020. SINGH, *AI and Justice*, 2021. FERREIRO BAAMONDE, «El control judicial de la legalidad de la prueba obtenida a través de inteligencia artificial», en AAVV, *El proceso como garantía*, 2023. MAI, BRAY, DAVIES, GRIFFIN, «Warning: Humans cannot reliably detect speech deepfakes», *Plos One*, 2-8- 2023.

¹⁵ Vid. KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN; CASS, *Noise, A Flaw in Human Judgment*, 2021, pp. 13 ss.

¹⁶ EPSTEIN, «Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior», *William & Mary Law Review*, vol. 57, 6, art. 3, 2017, p. 2024. CARRUBBA et al., «Judicial Behavior Under Political Constraints: Evidence from the European Court of Justice», 102 Am. Pol. Sci. Rev. 435, 449, 2008. KAPARDIS, *Psychology and Law: A Critical Introduction*. KLEIN;

decisiones en las que existen fuertes factores de incertidumbre –eso son muchas veces las resoluciones judiciales–, utiliza una serie de parámetros burdamente estadísticos para intentar asegurar el éxito de su decisión. Esos parámetros, junto con las emociones del juez, dibujan con mucha precisión ese «factor humano» que conviene conocer, desde luego a cualquier jurista, pero particularmente al propio juez, a fin de tratar de ser decididamente más imparcial en su criterio, acercándose así definitivamente al empirismo propio de la ciencia.

En el presente trabajo se van a describir esos parámetros psicológicos de cualquier ser humano, pero adaptando la explicación a la decisión judicial. Con ello se descubrirá cómo en el momento presente estamos ante un período de cambio que nos permitirá alejarnos al máximo, finalmente, de la intuición del juez, lo que también significará que se dejará atrás la arbitrariedad propia de la intuición. Y es que en absoluto está de más recordar algo obvio pero que tantísimas veces se olvida: es claramente autoritario un poder ejercido de forma arbitraria.

2. Los heurísticos del pensamiento aplicados a la actividad probatoria

La psicología cognitiva, desde los estudios de Tversky y Kahneman iniciados en los años setenta del siglo XX¹⁷, y que incluso merecieron el premio Nobel de Kahneman en 2002 –Tversky había fallecido en 1996–, han puesto a disposición una serie de categorías que a los juristas nos permiten ver por fin con muchísima mayor claridad, cuáles son los auténticos entresijos de la mente judicial. Hasta que no se dispuso de esas categorías, se había abordado el estudio del enjuiciamiento probatorio desde el terreno cuasi pseudofilosófico, que es el análisis jurídico tradicional y, en el mejor de los casos, epistemológico¹⁸. Pero no se había conseguido descender tanto al detalle de por qué un juez valora de un modo u otro la prueba.

La primera categoría útil en este sentido es la de los «heurísticos». Se trata de atajos del pensamiento que facilitan el proceso de toma de una decisión. Esos atajos se concretan en un cálculo estadístico, habitualmente rápido y hasta burdo¹⁹, de las probabilidades de éxito de esa decisión. Desde los estudios iniciales, la doctrina psicológica ha ido extendiendo el número de heurísticos. Pero si nos quedamos con los más utilizados por los autores, puede hablarse fundamentalmente de cuatro.

El primero en ser identificado fue el *heurístico de representatividad*²⁰. Supone que los seres humanos tomamos una decisión en función de aquello que recordamos que tuvo éxito otras veces, en nosotros o también en otras personas. Es decir, con ello tratamos de concretar cuál es nuestra «experiencia», lo que tiene una destacadísima importancia en el terreno probatorio, como veremos después. Sea como fuere, esta reflexión lleva al sujeto a optar por lo que le salió bien en el pasado o por aquello que ve que les sale bien a otros. Incluso se puede ver influido el sujeto por el comportamiento de personas que reúnan una serie de características que le

MITCHELL, *The Psychology of Judicial Decision Making*. DANZIGER, et. al., *Extraneous Factors in Judicial Decisions*, 108 Proc. Nat'l Acad. Sci. U.S. 6889, 2011, pp. 1 ss. FORZA; MENEGON; RUMIATI, *Il giudice emotivo*, 2017.

¹⁷ KAHNEMAN; SLOVIC; TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 1982.

¹⁸ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2002. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2004. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 2007.

¹⁹ KAHNEMAN; TVERSKY, «On the study of statistical intuitions», *Cognition*, 1982, 11, pp. 123 ss.

²⁰ TVERSKY; KAHNEMAN, «Judgments of and by Representativeness», en KAHNEMAN; SLOVIC; TVERSKY (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 1982, pp. 84 ss. KAHNEMAN; TVERSKY, *Subjective probability: A judgment of representativeness*, en KAHNEMAN; SLOVIC; TVERSKY (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit. pp. 33 ss.

parezcan exitosas, lo que supone ya una simplificación al máximo del proceso de decisión, y que por descontado provoca errores, como veremos en el siguiente epígrafe. Pero lo cierto es que habitualmente funciona bien proceder de este modo. De hecho, el heurístico de representatividad constituye la base principal de nuestras decisiones cotidianas.

En el campo probatorio, este heurístico lleva al juez a aplicar su «experiencia», lo que en el terreno práctico puede concretarse en una buena cantidad de prejuicios. De hecho, una de las conductas judiciales más frecuentes, pocas veces confesada²¹, consiste en intuir al principio del proceso, con relativamente pocos datos, alguna hipótesis tantas veces estereotípica en la que cuadre el relato de hechos del proceso. Más allá de ello, la credibilidad de los interrogados se hace depender demasiadas veces de su aspecto externo, de su gestualidad, de la seguridad con que declaren, etc., lo que no son más que generalizaciones sin el más mínimo fundamento científico²², pero que poseen una fuerza impresionante. Son las clásicas generalizaciones propias del heurístico de representatividad.

El *heurístico de accesibilidad*²³, que es el segundo más frecuente en la doctrina²⁴, supone que los seres humanos toman la decisión en función de aquello que recuerdan con más facilidad, lo que suele coincidir con lo más impactante, produciéndose una inmediata sobreestimación de la frecuencia con que sucede un acontecimiento. Este heurístico es muy fácil de entender si se piensa con sinceridad sobre los viajes en automóvil y en avión. Todos sabemos que estadísticamente es muchísimo más peligroso viajar en automóvil que en avión. Sin embargo, la mayoría de personas siente un mayor temor cuando vuelan que cuando circulan por una carretera. La razón es que las catástrofes aéreas impresionan sobremanera y se recuerdan con mayor facilidad.

Aplicado al terreno probatorio, lo anterior significa que un juez que decreta la libertad provisional de una persona perteneciente a un colectivo vulnerable que *a posteriori* comete un homicidio, podría acabar decretando la prisión provisional con más frecuencia en casos análogos. Ese juez y buena parte de sus compañeros, especialmente si el caso se hizo más mediático de lo habitual. Por supuesto, ello redundaría en que un buen número de inocentes acabarían en prisión antes de ser juzgados. Sería el precio a pagar por un uso tal vez desmedido –y muy probablemente abusivo– de la «experiencia» en el terreno judicial²⁵.

Con todo, es el tercer heurístico el que probablemente tiene una incidencia más evidente en materia probatoria, y judicial en general. Se trata del *heurístico de anclaje y ajuste*²⁶. Consiste en

²¹ PARMEGGIANI, «L'intervista. Gianrico Carofiglio: "I nostri errori vanno amati"», *La Repubblica*, 28-3-2022. HERNÁNDEZ VELASCO, «Carofiglio, exfiscal y 'bestseller': "No tener una opinión sobre todo es signo de inteligencia"», *El Confidencial*, 22-1-2023.

²² MAZZONI, *Psicologia della testimonianza*, 2015, pp. 108 ss.

²³ TVERSKY; KAHNEMAN, «Availability: A heuristic for judging frequency and probability», en KAHNEMAN; SLOVIC; TVERSKY (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., pp. 163 ss.

²⁴ Entre otros muchos, POLLARD, «Human Reasoning: Some Possible effects of Availability», *Cognition*, 1982, 12, pp. 65 ss.

²⁵ Así lo confirma la estadística. Vid. en *Fiscales.gob.ar*: «La Procuraduría de Violencia Institucional informó que las poblaciones más vulnerables registran los porcentajes más altos en prisión preventiva». <https://www.fiscales.gob.ar/violencia-institucional/la-procuraduria-de-violencia-institucional-informo-que-las-poblaciones-mas-vulnerables-registran-los-porcentajes-mas-altos-en-prision-preventiva/>.

²⁶ TVERSKY; KAHNEMAN, «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases», *Science*, New Series, Vol. 185, No. 4157, Sep. 27, 1974, p. 1128. FURNHAM; CHU BOO, «A literature review of the anchoring effect», *The Journal of Socio-Economics*, vol. 40, 1, Feb. 2011, pp. 35 ss.

la imposibilidad de cambiar de idea una vez que se ha formulado, pública o internamente, un parecer inicial. Después de que un juez se haya hecho una composición de lugar acerca de lo sucedido en la situación que debe enjuiciar aplicando, como vimos, el heurístico de representatividad, va a ser difícilísimo que cambie de idea después. Al contrario, por mucha actividad probatoria que se practique y que vaya dando datos en sentido contrario a ese parecer inicial, el juez los irá «anclando» y «ajustando» a fin de que cuadren con esa idea que formuló al inicio del proceso. A partir de ahí, será tan difícil convencer al juez de lo contrario como lo es intentar persuadir a alguien de que vote al partido rival del que habitualmente obtiene su sufragio. Misión habitualmente imposible, salvo que ocurra algo muy espectacular que altere esa tendencia. No se sabe por qué los seres humanos actuamos de esta forma, pero es posible que todo sea fruto de una cierta pereza mental, dado que supone un mayor esfuerzo cognitivo cambiar de opinión que mantenerla. Al fin y al cabo, para mantener una opinión basta con repetir los argumentos a favor que la sustentan. Cambiar de parecer obliga a pergeñar una argumentación diferente para defender el nuevo parecer. También explica esa tendencia el apego a la tradición, a lo que siempre se hizo o a lo que nos es más familiar²⁷.

Por último, debemos aludir al *heurístico de afección*²⁸. Nuevamente, es prácticamente una derivación del heurístico de representatividad. Consiste en la afectación del proceso de decisión de una persona por variables emocionales inducidas habitualmente por el lenguaje o por la apariencia, y que desde luego forman parte del bagaje de recuerdos del observador, tantas veces compartidos en una comunidad. De ese modo, creemos más próximo a nosotros a quien habla con un registro similar al nuestro, o va vestido de una determinada forma que consideramos elegante, o bien que exhibe una simple sonrisa que nos resulta agradable. Nos alejamos, en cambio, de quien viene a hablarnos de una desgracia que creemos que nos podría suceder a nosotros. Todo ello configura contextos positivos o negativos que ponen de mejor o peor humor al observador. Desde luego, en materia probatoria ello puede tener un impacto tremendo en los interrogatorios, aunque también en general en las exposiciones orales –o incluso escritas– de los abogados. Al final, esas son, en buena medida, las herramientas de la retórica, que tantas veces engañan a los ingenuos, como advirtió con gran precisión Platón en el *Gorgias*²⁹.

Todo lo anterior explica bastante bien lo que sucede cuando una persona decide intuitivamente³⁰, o incluso, dicho de una forma filosóficamente tal vez más elegante, por su experiencia³¹. En realidad, lo único que hace es realizar cálculos estadísticos atropellados influidos claramente tanto por lo que es capaz de recordar mejor en aquel momento, como por una indolencia para pensar con mayor reflexión. Abandonarse a la intuición supone entrar, por tanto, en un espacio de aparente confort en el que las decisiones no cuestan esfuerzo y se producen escuchando al «corazón» de uno. Por ello se llaman corazonadas y tienen tanto prestigio social, pues provocan un orgullo personal inconmensurable cuando culminan con un éxito, al tomar una persona decisiones acertadas basándose en un juicio rapidísimo basado en

²⁷ Vid. nuevamente KAHNEMAN; TVERSKY, «Subjective probability: A judgment of representativeness», cit. pp. 33 ss.

²⁸ FINUCANE; ALHAKAMI; SLOVIC; JOHNSON, «The Affect Heuristic in Judgment of Risks and Benefits», *Journal of Behavioral Decision Making* 13 (1), Enero 2000, pp. 1 ss. SLOVIC; FINUCANE; PETERS; MACGREGOR, «Risk as Analysis and Risk as Feelings: Some Thoughts about Affect, Reason, Risk, and Rationality», *Risk Analysis* 24 (2), 13-4-2004, pp. 311 ss.

²⁹ PLATÓN, *Gorgias o de la retórica*, 2019, pp. 48 ss.

³⁰ MYERS, *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, 2003. GIGERENZER, *Decisiones instintivas*, 2008. KAHNEMAN; TVERSKY, «On the study of statistical intuitions», *Cognition*, 1982, 11, pp. 123 ss.

³¹ KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, 1787, p. 31, HUME, *A Treatise of Human Nature*, Lib. I, Parte I, Sec. I.

su experiencia vital. No es difícil confundir a alguien así con una especie de «superhombre» –*Übermensch*–, como hubiera dicho Nietzsche³², aunque en un contexto muy distinto, pese a que tal vez no tanto en el fondo, o al menos en la intención del filósofo, que con todo no fue en absoluto la de aquellos que recomiendan confiar en los pálpitos o corazonadas³³.

Y es que las decisiones probatorias no pueden ser intuitivas en ningún caso, bajo ningún punto de vista. Al contrario, como se ha explicado de manera brillante muy recientemente³⁴, el proceso judicial existe precisamente para que el juez reflexione, es decir, para que pueda decidir pausadamente sin ser esclavo de esos heurísticos. Cuando las decisiones relevantes del proceso se toman de manera rápida y superficial, se regresa de nuevo a la intuición, lo que es un desastre en términos epistémicos, como se verá en el siguiente epígrafe.

3. Los sesgos en la valoración de la prueba

Los anteriores heurísticos provocan evidentes errores, ya se ha dicho. Esos errores son llamados «sesgos» por los psicólogos cognitivos³⁵. Existe actualmente un listado inacabable de los mismos, puesto que son muchísimos los investigadores que se han puesto en la labor de identificar con mayor precisión algunos errores, varios de los cuales, por cierto, ya habían sido descritos en el pasado como «falacias» por los epistemólogos, como sucede por ejemplo con la falacia de autoridad o *ad verecundiam*³⁶. Con todo, existen algunos de ellos que tal vez son de estudio más interesante, puesto que derivan de manera más evidente de los citados heurísticos.

En concreto, el heurístico de representatividad suele provocar, entre otros, el sesgo «tiene sentido»³⁷, que tiene relación con el llamado *framing effect*³⁸, tan frecuente en la profesión periodística y desde luego en la política. Consiste el primero en que el sujeto adquiera la opinión de que un relato es cierto sólo porque se corresponde con sus creencias previas sobre el tema. Justo esta tendencia es la que aprovecha el *framing effect*, que se produce cuando una información se considera creíble en función de cómo es presentada. Desde luego, todo ello prescinde del detenido análisis de los hechos, abandonándose a esa «experiencia» de la que tan a menudo se piensa que se saca un partido útil, cuando en realidad tantísimas veces solamente sirve para engañarnos mejor. El juez observa que la hipótesis que le cuenta una parte se corresponde con su experiencia y, acto seguido, sin más análisis, se la cree por completo.

El heurístico de accesibilidad es descrito en sí mismo a veces como un sesgo³⁹, puesto que la tendencia a creer más frecuente lo que más nos impresionó es, ciertamente, un error o falacia.

³² NIETZSCHE, *Also sprach Zarathustra*, 1976.

³³ Vid. ampliamente NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral*, 1988.

³⁴ JULIÀ PIJOAN, «Una razón de ser para el proceso judicial», *Revista General de Derecho Procesal*, n. 61, 2023.

³⁵ Por todos, KAHNEMAN; SLOVIC; TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 1982. Vid. también SANCHE GARGALLO (coord.), *La incidencia de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento*, 2024.

³⁶ MILGRAM, «Behavioral Study of Obedience», *Journal of Abnormal Psychology*, 67 (4), 1963, pp. 371 ss. WALTON, *Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority*, 1997.

³⁷ GARNHAM; OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, Barcelona 1996, p. 288. EINHORN; HOGARTH, «Judging probable cause», *Psychological Bulletin*, 1986, 99, p. 5.

³⁸ TVERSKY; KAHNEMAN, «The Framing of decisions and the psychology of choice», *Science*, 211, 1981, (4481), pp. 453 ss. PLOUS, *The psychology of judgment and decision making*, 1993. ANDREWS; CLAWSON; GRAMIG, «Finding the Right Value: Framing Effects on Domain Experts», *Political Psychology*, vol. 38, 2, Abril 2017, pp. 261 ss.

³⁹ HANSON; PEARSON, «Availability Bias: Retrievability, Narrow Range of Experience, and Client Behavior», *Journal of Financial Planning*, Tomo 36, n. 1, enero 2023, pp. 49 ss.

Sin embargo, tal vez el más directamente implicado por este heurístico es el llamado sesgo de la «minimización de la carga cognitiva»⁴⁰, a través del cual un sujeto tiende a despreciar reflexiones más complicadas en beneficio de pensamientos más simples, o bien incluso a creer que lo más simple es lo más cierto, como sostuvo nada menos que Guillermo de Ockham⁴¹. Desde luego, es más sencillo creer que los aviones se caen, o que los inmigrantes delinquen más, o que quien ha delinquido ya una vez, lo volverá a hacer en el futuro, descartando completamente la presunción de inocencia⁴². Todos los ejemplos citados, tremendamente frecuentes en el ámbito judicial, toman información muy accesible –la raza, el recuerdo de un accidente o el terror por la reincidencia– en beneficio de una simplificación.

Por su parte, el heurístico de anclaje y ajuste provoca una batería de sesgos de lo más entretenido, pues todos son muy fácilmente identificables. El más evidente es el «sesgo de confirmación»⁴³, que lleva al sujeto a creer que informaciones contrarias a su opinión inicial, en realidad la confirman, esforzándose el sujeto en ese ajuste de las informaciones contradictorias. También es consecuencia de este heurístico el «sesgo egocéntrico»⁴⁴, que lleva a aquel que ha formulado un juicio, a creer que todo el mundo pensaría exactamente lo mismo que él, lo que refuerza falazmente su convicción. Aunque la lista, ya se ha dicho, podría ser más larga, también se ve con frecuencia el llamado «sesgo de *a posteriori*»⁴⁵, consistente en que el sujeto formula un parecer inicial, tras lo cual olvida selectivamente los datos que no convienen a esa opinión y ajusta en sentido falazmente favorable las informaciones contrarias a la misma que van surgiendo. Cabe identificarlo muy fácilmente en todas aquellas personas que formulan juicios morales ambiguos relacionados con una situación futura aún incierta. Sólo después, ya con la información completa del evento en la mano, afirman haberlo previsto con el clásico «ya te lo dije». En materia judicial se observa con muchísima frecuencia, sobre todo en las decisiones inmotivadas de instancias superiores que confirman el parecer probatorio de las inferiores, simplemente repitiéndolo sin dar ningún dato adicional en absoluto, contando además con la excusa, por supuesto falaz, de la «inmediación»⁴⁶ del juez de primera instancia. Como si existiera un ser humano capaz de averiguar la realidad de los hechos mirándole a la cara a una persona...

En último lugar, el heurístico de afección recuerda mucho a lo que se ha descrito como principio de Pollyanna⁴⁷ o sesgo de positividad. Basado en el personaje de la recordada novela de Eleanor H. Porter, consiste en la tendencia a recordar mejor eventos positivos que negativos, lo que lleva a la sobreestimación de las posibilidades de éxito en diversos escenarios, cosa que se hace particularmente evidente con los juegos de azar. En todo caso, como ya se dijo antes, una

⁴⁰ GARNHAM; OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, cit. p. 288.

⁴¹ OCKHAM, *Summa logicae*, p. I, Louvain 1957, cap. 64, p. 178. Phil Mole, «Ockham's Razor cuts both ways: The Uses and Abuses of Simplicity in Scientific Theories», *Skeptic*, t. 1, n. 10, 2003, pp. 40 ss.

⁴² Vid. NIEVA FENOLL, *La duda en el proceso penal*, 2013, pp. 123 ss.

⁴³ MYERS, *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, cit. p. 175.

⁴⁴ ARTIETA PINEDO; GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit. p. 344.

⁴⁵ GARNHAM; OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, cit. p. 180. ARTIETA PINEDO; GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit. p. 372.

⁴⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, «Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)», *Jueces para la Democracia*, n. 46, 2003, pp. 57 ss. HENKE, «Rechtsfrage oder Tatfrage - eine Frage ohne Antwort?», *ZZP*, 81, 3-4, 1968, p. 323 ss. BACIGALUPO ZAPATER, «Presunción de inocencia, "in dubio pro reo" y recurso de casación», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 29 ss.

⁴⁷ MATLIN, «Pollyanna Principle», en Rüdiger, F. Pohl (ed.). *Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking*, 2004, p. 260. ARTIETA PINEDO; GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit. p. 372.

presentación en tono positivo mantendrá mejor la atención y memoria de un juez si se es capaz de conectar con sus emociones, sobre todo a la hora de decidir la justicia del caso concreto, que en última instancia consiste en determinar lo que es hacer «el bien» en aquella situación. Si se logra conectar con ese sentido de la bondad que tenga cada juez –que en realidad es también su sentido de la justicia⁴⁸–, y que desde luego no tiene por qué ser un sentido único entre toda una comunidad, aumentan exponencialmente las posibilidades de lograr su convicción acerca de un relato de hechos.

Como puede verse, todos los errores descritos son burdos, e incluso fáciles de reconocer a pesar de su extraordinaria frecuencia y extensión entre los seres humanos. Todos ellos son producto, como se ha explicado, de la simplificación de los heurísticos, o incluso más bien de la simplificación del pensamiento, que lleva a pasar por alto muchísimas informaciones relevantes en aras de la comodidad.

4. La prevención de los sesgos

La única posibilidad de prevenir todos esos errores es conocerlos. Como ya se advirtió, el listado de los mismos es enorme, como también lo es el de las falacias, a pesar de que tampoco es necesario ese detallismo en la identificación del sesgo en concreto, ni mucho menos. En realidad, basta con saber que la simplificación provoca errores, conociendo con mayor precisión aquellos que sean más frecuentes, como se ha hecho en el anterior apartado.

Para ello, el estudio del jurista, y por supuesto particularmente el de los jueces, debe salir del ámbito del Derecho. Aunque nuestra doctrina ha identificado tradicionalmente algunos errores lógicos derivados sobre todo de las defectuosas motivaciones⁴⁹, cuanto aquí se ha descrito pertenece al ámbito previo a la motivación, es decir, al fuero interno del juez, que es el que sin duda hay que formar debidamente en evitación de los indicados errores. Ello significa que, al contrario de lo que se ha hecho durante muchas décadas y hasta siglos, no se pueden simplificar los errores de los jueces en los ataques a la congruencia o a la cosa juzgada, o en defectuosas redacciones de las sentencias, sino que hay que ir mucho más allá, descubriendo la excesiva incidencia de un determinado heurístico en el juez con datos que lo hagan demostrable, naturalmente. También la precisa identificación de sesgos que han influido en el enjuiciamiento debería ser algún día un motivo impugnatorio, puesto que nadie desea que un juez errado dicte sentencias.

Pues bien, eso justamente es lo que hasta el momento ha impedido la falta de estudio psicológico de los enjuiciamientos. Al no ser ni tan siquiera conocidos en el ámbito judicial estos problemas de la toma de decisiones entre los seres humanos, simplemente se pasan por alto, y puede que pertenezcan a comentarios a vuelapluma que se hacen en privado entre abogados, sobre todo, tratando de entender por qué un juez se equivocó. Pero no traspasan ese terreno, ni mucho menos suelen formar parte del ámbito impugnatorio, por evidente que sea la existencia de un sesgo.

Es por ello por lo que la formación de los jueces al menos, aunque también la de los abogados, debería extenderse a la psicología cognitiva. Hay que ser muy conscientes de que un enjuiciamiento no es otra cosa que la toma de una decisión, y que, en consecuencia, debe ser

⁴⁸ NIEVA FENOLL, *El origen de la justicia*, 2023, pp. 183 ss.

⁴⁹ Vid. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, 1997.

estudiada con detalle para evitar sus posibles defectos a la luz de la ciencia que estudia la toma de decisiones: la psicología cognitiva. En este sentido, por supuesto que habrá abogados que intenten inducir errores, igual que habrá quien esté dispuesto a advertirlos para que tengan incidencia en la mente judicial. Ello ya forma parte de algunas de esas impugnaciones de preguntas en los interrogatorios, particularmente en el ámbito del *Common Law*⁵⁰, pero no son frecuentes cuando se escuchan alegatos, en los que se permite el uso de la retórica más disparatada sin que nadie se inmute lo más mínimo. Este espectáculo lamentable debiera acabarse algún día, haciendo que el juez, como el buen periodista entrevistando a un político, corrija el intento de inducción de sesgos por parte de los litigantes. Es algo que, en un futuro, incluso debería poder acaecer a instancia de parte.

Y todo ello sólo es posible si los jueces conocen toda la información ofrecida en los dos epígrafes anteriores incluso con un muy superior grado de detalle, a fin de evitar ellos mismos caer en los errores descritos una y otra vez. Se desea que las resoluciones judiciales sean lo más perfectas posible, precisamente porque son una de las claves de la concordia en una comunidad: la recta resolución de conflictos, como sucedió en el Antiguo Egipto⁵¹. Desde luego, los enjuiciamientos serán tanto más perfectos cuantos menos errores epistémicos contengan, y dichos errores son fácilmente identificables si se conocen. Ojalá en el futuro veamos, por tanto, una más que necesaria formación en este terreno, tradicionalmente rechazada de forma soberbia por los juristas. Esa incomunicación entre la Psicología y el Derecho debe acabar⁵². No se olvide, además, que la Psicología es una ciencia empírica⁵³ y en cambio el Derecho, aunque debiera serlo, todavía no lo es. Está demasiado afectado por categorías exclusivamente filosóficas –más bien pseudofilosóficas en demasiadas ocasiones– y generalizaciones tradicionales que no son más que el producto de esas simplificaciones del pensamiento que se han descrito. Hora es ya de cambiar las cosas.

5. *Best of one's knowledge, intime conviction*, máximas de la experiencia, reglas de la sana crítica

Para ello, habrá que acabar con uno de los conceptos más tradicionales, y hasta queridos, de la valoración de la prueba⁵⁴. El antes llamado *id quod plerumque accidit*, conocido en el procesalismo desde el siglo XIX⁵⁵, por influencia de la filosofía empirista⁵⁶, como «experiencia»

⁵⁰ WIGMORE, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, 1904. ROBERTS; ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, 2010. MUNDAY, *Evidence*, Oxford 2013, MURPHY, *Murphy on evidence*, 2005.

⁵¹ ASSMANN, *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, cit. p. 161.

⁵² Vid. los intentos de MUÑOZ SABATÉ, *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, 2008. MUÑOZ SABATÉ, *Introducción a la probática*, 2007. MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», *InDret* 2/2011. ALONSO GALLO, «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», *InDret* 4/2011. ALONSO GALLO, «Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje a Antonio González-Cuellar García*, Madrid 2006, pp. 31 ss. NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie: aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, 2007.

⁵³ Al menos desde WUNDT, *Grundriss der Psychologie*, 1896. WUNDT, „Über die Definition der Psychologie, en *Philosophische Studien*, 1896, t. 12, pp. 9 ss.

⁵⁴ NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, 2010. ABEL LLUCH, *La valoración de la prueba en el proceso civil*, 2014.

⁵⁵ STEIN, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893, p. 15: «Bleiben wir also einstweilen bei diesem Namen. Er ist nicht einwandsfrei, – ich weiss es und bin bereit, ihn für einen besseren aufzugeben».

⁵⁶ Nuevamente KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, cit. p. 31: «Daß alle unsere Erkenntniß mit der Erfahrung anfangt, daran ist gar kein Zweifel».

o, más precisamente, como máximas de experiencia⁵⁷, siguiendo la traducción de la expresión original de Friedrich Stein acabada de mencionar a pie de página.

A decir verdad, por mucha admiración que suscitara esa antigua obra de Stein, sobre todo sus primeras decenas de páginas, desde una perspectiva racional es literalmente alucinante que hayamos permitido que los jueces hayan tomado como asidero de sus juicios probatorios simplemente su experiencia, es decir, su manera de ver el mundo, su *Weltanschauung*, en el fondo. Pero eso es lo que se les ha permitido desde siempre en la doctrina, y sobran ejemplos reafirmando que así es, como veremos seguidamente.

Desde luego, y aunque no se sea consciente de ello, el origen de esta idea es aquella fe en los jueces egipcios que ya se ha comentado anteriormente, y que muy pronto debió pasar a una observación por parte de esos juzgadores de aquello que parecía correcto en una comunidad, como todavía se hace en los procesos asamblearios de las comunidades indígenas⁵⁸, y que al final es el mismísimo concepto de justicia, positivizado más modernamente en las leyes. Nada distinto sucedía en los procesos asamblearios, en los que toda la comunidad expresaba su parecer⁵⁹, siendo esa, justamente, la justicia de aquel caso concreto. Ahí debieron nacer los prejuicios a la hora de evaluar a los testigos por su aspecto externo y su retórica⁶⁰, aunque en un contexto muy diferente al actual y que, de hecho, era bastante más lógico. En comunidades pequeñas, todos se conocen, y por tanto están familiarizados con la expresividad de los demás y saben, en el fondo, algo de los hechos que se juzgan, lo que hace no solamente algo más sencilla la detección de la mentira, sino que, por encima de todo, facilita también un consenso de la comunidad sobre cómo fallar en un proceso, es decir, acerca de cómo hacer justicia, lo que por descontado alcanza a la valoración de la prueba.

En fechas mucho más cercanas a las nuestras, tenemos constancia de que los jurados ingleses medievales eran integrados prioritariamente por testigos de los hechos⁶¹, que precisamente por su conocimiento estaban en mejores condiciones de juzgar que los demás. Fue mucho más adelante cuando se acabó reconociendo que provocaba un prejuicio precisamente conocer los hechos con carácter previo al proceso, lo que excluía la imparcialidad judicial⁶².

Pero ya en ese momento, la filosofía había alcanzado un grado de evolución que iba a acabar provocando una lentísima revolución en materia procesal, particularmente en materia probatoria. Fue Montaigne⁶³ quien dijo que nuestro conocimiento provenía de la percepción que, aunque podía ser engañosa –alucinaciones–, si era reiterada podía llegar a ser fiable. Ello

⁵⁷ Vid. ABEL LLUCH, Xavier, *Las reglas de la sana crítica*, La Ley, Madrid, 2015.

⁵⁸ JIMÉNEZ FORTEA, «El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Una visión desde Europa», *Sistemas Judiciales*, año 6, n. 12, 2007, p. 33. COLMENARES OLÍVAR, «El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas», *Revista IIDH*, vol. 41, 2005, p. 99.

⁵⁹ MALINOWSKI, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, 1982, p. 75.

⁶⁰ Lo explico en NIEVA FENOLL, *El origen de la justicia*, cit. pp. 106 ss.

⁶¹ MACNAIR, «Vicinage and the Antecedents of the Jury», *Law and History Review*, 17, 1999, pp. 538, 556.

⁶² BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, Oxford 1773, p. 375. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, T. II, 1856, p. 214: «El Magistrado, si quiere ser testigo, que se quite la toga, que preste juramento, que se someta a las preguntas de los magistrados y de las partes, que podrán discutir sobre sus declaraciones; pero que no condene por una persuasión secreta que no pueden combatir los litigantes, y cuyas razones ignora también el público».

⁶³ MONTAIGNE, *Ensayos completos*, 2003, Lib. I, cap. 21, p. 141; Lib. II, cap. 12, p. 445.

les puso prácticamente una autopista a filósofos posteriores como Descartes⁶⁴, que ya situó en la observación –en la capacidad de hacerlo más bien– la constatación de la realidad de las cosas, pero tuvo que venir algo después Hume⁶⁵ para anunciarnos que el conocimiento humano deriva de la experiencia, conclusión reiterada por Kant⁶⁶.

Esa experiencia es a la que aludía Blackstone en ese mismo siglo XVIII cuando anunciaba que los jurados valoraban la prueba acudiendo a sus «*own consciences*», según «*the best of their knowledge*»⁶⁷, expresión de uso cotidiano en lengua inglesa que se transformó en la *intime conviction* cuando fue traducida por los juristas franceses de la Revolución Francesa⁶⁸, y que de ahí pasó a ser la «sana crítica» en España⁶⁹ –muy probablemente por influencia de D’Alembert o de Voltaire⁷⁰– y una expresión alemana de resonancias claramente kantianas –como ya se ha explicado– que hizo fortuna a finales del siglo XIX: *Erfahrungssätze*⁷¹, es decir, las máximas de experiencia⁷².

⁶⁴ DESCARTES, *Discurso del método*, 1986, cuarta parte, p. 62.

⁶⁵ HUME, *A Treatise of Human Nature*, cit. Lib. I, Parte I, Sec. I.

⁶⁶ KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, cit. p. 31.

⁶⁷ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 374-375: «As to such evidence as the jury may have in their own consciences, by their private knowledge of facts, it was an ancient doctrine, that this had as much right to sway their judgment as the written or parol evidence which is delivered in court. And therefore it hath been often held, that though no proofs be produced on either side, yet the jury might bring in a verdict. For the oath of the jurors, to find according to their evidence, was construed to be, to do it according to the best of their own knowledge. This seems to have arisen from the ancient practice in taking recognitions of assise, at the first introduction of that remedy; the sheriff being bound to return such recognitors as knew the truth of the fact, and the recognitors, when sworn, being to retire immediately from the bar, and bring in their verdict according to their own personal knowledge, without hearing extrinsic evidence or receiving any direction from the judge. And the same doctrine (when attainments came to be extended to trials by jury, as well as to recognitions of assise) was also applied to the case of common jurors; that they might escape the heavy penalties of the attainment, in case they could shew by any additional proof, that their verdict was agreeable to the truth, though not according to the evidence produced: with which additional proof the law presumed they were privately acquainted, though it did not appear in court. But this doctrine was again gradually exploded, when attainments began to be disused, and new trials introduced in their stead. For it is quite incompatible with the grounds upon which such new trials are every day awarded, viz. that the verdict was given without, or contrary to, evidence. And therefore, together with new trials, the practice seems to have been first introduced, which now universally obtains, that if a juror knows anything of the matter in issue, he may be sworn as a witness, and give his evidence publicly in court.»

⁶⁸ Ley de 16-21 de septiembre de 1791: «La loi ne demande pas compte des moyens par lesquels (les jurés) se sont formés une conviction; elle ne leur prescrit point de règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une preuve: elle leur demande de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves apportées contre l'accusé, et les moyens de la défense. La loi ne leur dit point: «Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins, ou vous ne regardez pas comme suffisamment établi toute preuve qui ne sera pas formée de tant de témoins ou de tant d'indices»; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: Avez-vous une intime conviction? (...)».

⁶⁹ Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración de 30 de diciembre de 1846 (Gaceta de Madrid 21 de enero de 1847, nº 4512, p. 1), en cuyo artículo 148 podía leerse: «Las demás personas serán examinadas como testigos, sin perjuicio de que las partes puedan proponer acerca de ellas, y el Consejo calificar según las reglas de sana crítica, las circunstancias conducentes á corroborar ó disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones».

⁷⁰ Discurso preliminar de D'ALEMBERT a la Enciclopedia de Diderot de 1751: «les lois de la saine Critique étoient entièrement ignorées». Vid. también VOLTAIRE, Carta 24 sobre las academias, al final de la misma, 1734 en *Lettres philosophiques*, Rouen 1734, p. 136.

⁷¹ STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit. p. 15.

⁷² La última referencia en la doctrina es la publicación del antiguo estudio de TARUFFO, *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*, 2023.

Y ahí nos hemos quedado. La doctrina intentó separar la definición de una parte de esas expresiones, pero no lo consiguió en realidad⁷³. Se pretendió evocar algo más científico con la «experiencia» y algo más subjetivo con la «íntima convicción», pero no se consiguió en absoluto. En realidad, nos estábamos refiriendo en todo caso, sin demasiada consciencia sobre ello, al bagaje de conocimientos generales del juez, que eran verificables cuando son conocimientos científicos, pero que ni siquiera se concretaban cuando, en realidad, lo que ocurría es que no se sabía cómo hacía el juez para valorar una prueba, como sucedió con los interrogatorios. Desconectada ya la doctrina del XIX, y desde luego del XX, del antiquísimo precedente egipcio, y además ignorando absolutamente todo sobre los ancestrales procesos asamblearios –pese a que existían numerosas evidencias coetáneas de su celebración en aquellos días en varios lugares⁷⁴–, la doctrina se abandonó en la intuición del juez, confiando en ella como una renovada –o redescubierta implícitamente– fe en la antigua Maat. Es increíble que no se intentara ir más allá, aunque hubo algunos destellos en este sentido en Von Liszt⁷⁵ –inspirado por William Stern⁷⁶– y Gorphe⁷⁷ sobre todo, que realizaron las primeras experiencias empíricas de psicología del testimonio⁷⁸. De hecho, Von Liszt se hizo en el lugar citado, tras un llamativo experimento, la pregunta adecuada:

«¿Qué va a ser de toda nuestra administración de justicia penal si su fundamento más seguro, la declaración de testigos creíbles, se ve sacudido por excelentes investigaciones científicas, si se socava la fe en la fiabilidad de nuestras pruebas más valiosas?»⁷⁹.

En el resto del texto, Von Liszt recomendaba a los jueces dejarse asistir por los auténticos expertos en el tema: los psicólogos. Pero sus palabras no tuvieron, sobre todo en la práctica, el impacto que hubieran debido tener. Al final, pesaban muchísimo las reflexiones de Blackstone⁸⁰ y Bentham⁸¹ sobre la fiabilidad del parecer de los jueces –¡o jurados!– al valorar los interrogatorios valiéndose de algo que ya por aquel entonces, sólo se practicaba en Inglaterra: la intermediación, propiciada por la oralidad. Es increíble que un genio incuestionable como el de Bentham no se diera cuenta de que con ello se estaba retrocediendo a fases precientíficas, fiándolo todo en la intuición judicial. Pero así sucedió. El pensamiento de Bentham tuvo tantísima fuerza que aún hoy en día son mayoría los juristas que confían ciegamente en la «intermediación», aunque su número está menguando muy decididamente como consecuencia de

⁷³ Sólo se ha acercado a ese objetivo con respecto de las reglas de la sana crítica, con riqueza de argumentos, GONZÁLEZ LAGIER, «¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 23, 2020, p. 83.

⁷⁴ Vid. ampliamente, entre otros, PATETTA, *Le ordalie*, Torino 1890. KOHLER, *Über das Recht in Afrika*, en: «Bechmann; Sendel, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», Neue Folge, tomo XII, der ganzen Folge, tomo 31, 1889, pp. 105 ss.

⁷⁵ VON LISZT, «Strafrecht und Psychologie», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1-1-1902, n. 1, pp. 16-18.

⁷⁶ SCHNEIDER, *Mordversuch im Hörsaal*, NZZ, 1-7-2002, <https://www.nzz.ch/folio/mordversuch-im-horsaal-ld.1618293>

⁷⁷ GORPHE, *La critique du témoignage*, Paris 1924.

⁷⁸ JULIA PIJOAN, «Un análisis del fundamento de la declaración del testigo ocular como medio de prueba, a partir de la investigación empírica», *Ius et Praxis*, vol. 29, n. 2, 2023, pp. 44 ss.

⁷⁹ «Was soll aus unserer ganzen Strafrechtspflege werden, wenn ihre sicherste Grundlage, die Aussage unverdächtiger Thatzeugen, durch exakte wissenschaftliche Forschung erschüttert, wenn der Glaube an die Zuverlässigkeit unseres wertvollsten Beweismaterials untergraben wird?».

⁸⁰ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit. p. 373.

⁸¹ BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 9 ss.

los estudios de psicología del testimonio⁸², lo que ya se está dejando sentir incluso en la jurisprudencia de algunos países⁸³.

Pero aún falta mucho para aplicar el conocimiento realmente científico a la prueba. Un primer paso lo dio Muñoz Sabaté en 1967⁸⁴ al anunciar solemnemente que todas las pruebas eran libres, porque dependían, precisamente, de las máximas de experiencia, no habiendo pruebas directas o indirectas. Lo que, por cierto, como él mismo sugirió, convertía a todas las pruebas en presunciones. Pocos le escucharon, aunque sus conclusiones fueron confirmadas posteriormente por otros autores⁸⁵. En todo caso, quisiéramos o no ser conscientes de ello, la prueba había salido ya del oscurantismo fetichista y burocrático de la prueba legal en el que había permanecido durante siglos, y sin duda se estaba acercando ya a un estudio de la mente judicial, que por supuesto, como se ha ido explicitando en este trabajo, primero fue eminentemente filosófico y más adelante epistemológico, yendo un poco más allá en el camino correcto.

El punto de llegada debe ser la averiguación de dos puntos de vital importancia: el primero consiste en la averiguación de en qué consiste la intuición judicial, con el propósito de decidir qué hacer con ella, como veremos en el siguiente epígrafe, lo que será determinante para decidir también qué hacer con las máximas de la experiencia.

El segundo no es objeto del presente trabajo, pero no por ello posee menor relevancia, bien al contrario. Si se acabara reconociendo que la intuición no debe ser tan determinante como lo ha sido hasta el momento en la valoración de la actividad probatoria, habrá qué decidir con qué sustituirla. Ese contenido está integrado por las ciencias que se esconden detrás de cada medio de prueba, que son múltiples con la prueba pericial, y por ahora una sola con los interrogatorios: la psicología del testimonio, siendo la semiótica textual la ciencia que estudia los documentos para conseguir interpretar rectamente su contenido. Pero insisto, este estudio ya es ajeno al presente trabajo⁸⁶.

6. Hacia una cancelación de la intuición en la valoración de la prueba

¿Qué es la intuición? Justamente lo que Taruffo había definido como máximas de experiencia: *un insieme caotico e indeterminato*⁸⁷. En realidad, es algo menos caótico e indeterminado si se piensa que lo que llamamos intuición es el uso de los heurísticos que ya se describieron en los apartados anteriores, lo que hace, no sólo que se convierta en algo aprehensible, sino que además podamos identificar los errores que provocan las generalizaciones propias de esos heurísticos, que a mi juicio es precisamente lo más importante, sobre todo a los efectos de evaluar el acierto de la valoración de la prueba realizada por el juez, fundamentalmente con el fin de poderla impugnar, en su caso. Por supuesto, cuando existe algún conocimiento científico

⁸² ANDRÉS IBÁÑEZ, «Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)», *Jueces para la Democracia*, n. 46, 2003, pp. 57 ss. IGARTUA SALAVERRIA, *Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)*, La Ley, nº 6812, 2-11-2007. NIEVA FENOLL, «Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad», *Civil Procedure Review*. V. 3, n. 1, enero-abril 2012, pp. 3 ss.

⁸³ STS (Sala II) 806/2021 de 20/10/2021.

⁸⁴ MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit. p. 46. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, 3ª ed., 1993, p. 20.

⁸⁵ BENDER; NACK, „Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre, *Deutsche Richterzeitung* 1980, p. 121.

⁸⁶ Me ocupé de ello en NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, cit. pp. 209 ss.

⁸⁷ TARUFFO, «Libero convincimento», cit. p. 4. Taruffo, M., «Considerazioni sulle massime d'esperienza», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2009, pp. 557 ss.

implicado en la valoración de la prueba –lo que también se ha considerado máxima de experiencia–, es más fácil de evaluar esa actividad.

Pero cuando todo acaba consistiendo en el uso de esa intuición, ¿es realmente adecuado que permitamos al juez hacer un uso incondicional de ella? Eso es justamente lo que estamos haciendo cada vez que la jurisprudencia sostiene que la valoración de los interrogatorios depende de la «inmediación» del juez de primera instancia, y nadie se sonroja después de decir semejante barbaridad. ¿Qué aporta la inmediación? ¿Evaluar la veracidad de una declaración observando la gestualidad, modo de vestir y retórica del testigo? Si al menos se evaluara solamente el contenido de esa declaración⁸⁸, como propone la psicología del testimonio, la conclusión sería científicamente más aceptable. Pero es que, para la evaluación de ese contenido, la inmediación no es imprescindible. Al contrario, puede llegar hasta a ser perturbadora si se piensa en la cantidad de prejuicios de los que puede ser víctima el juez cuando observa hablar a una persona.

En consecuencia, disponiendo de datos empíricos que el juez debe evaluar, debemos avanzar hacia una cancelación de la intuición en el razonamiento probatorio, es decir, en la actividad de valoración de la prueba en su conjunto, desde la admisión hasta su práctica y, desde luego, en la extracción de conclusiones sobre lo practicado. De ese modo, el juez debe motivar, por ejemplo, por qué considera a un testigo más creíble que a otro, no pudiéndose contentar con expresar que fue más vehemente, porque eso es pura retórica. O bien que fue coherente, porque eso puede revelar un interrogatorio preparado, que descarta, por cierto, su validez científica, insisto, desde el punto de vista de la psicología del testimonio.

En todo ese proceso de análisis de por qué el juez considera a un testigo creíble o no, el juzgador debe explicarse, es decir, motivar por qué se convenció o no. Si no lo hace, la sentencia no está debidamente motivada, lo que la hace impugnabile, naturalmente. Y si lo hace, debemos evaluar en cada una de sus palabras y silencios la presencia de heurísticos, que son los que descubrirán si el juez le dio margen a esa intuición que, en realidad, no está motivando, incurriendo así en arbitrariedad. No podemos mantener por más tiempo la creencia en el buen criterio del juez. En una sociedad democrática, las autoridades se explican. Dicen por qué toman sus decisiones, que es justamente lo que no hacen en las dictaduras. Los jueces no son, en absoluto, una excepción en esa obligación.

De esa forma, el juez podrá afirmar, con más tranquilidad que ahora, que no es capaz de saber si un testigo mentía o no, porque no ha podido corroborar lo que dice con ningún otro medio de prueba, o bien porque no existen motivos objetivos de incredulidad, como podrían serlo una distancia excesiva al hecho observado o la ausencia de luz, por ejemplo. De ese modo, ya no podremos poner al juez ante la tesitura de evaluar la palabra del uno frente a la del otro, si no hay más pruebas. Al contrario, deberemos poder saber si un testigo tiene motivos para ser creído, o bien no se puede saber en absoluto si miente o no. Para ello será imprescindible acudir, como se ha dicho, a los otros medios de prueba, en busca de indicios que corroboren o no un relato.

Si el juez no procede de esa manera, simplemente estará decidiendo según su olfato, su corazón, en definitiva, su intuición, lo que no es admisible, como se acaba de explicar. Eso es algo que se les permite a los jurados del *Common Law* por pura tradición histórica, pero no deja

⁸⁸ MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit. p. 177.

de ser un sinsentido científico que nada tiene que ver con una actividad probatoria debidamente llevada a cabo. Cuando la comunidad pensaba que un jurado, precisamente por el hecho de jurar, decidía en conexión con la divinidad, este sistema podía tener un sentido. Hace ya mucho tiempo que estamos intentando no mezclar a la fe en los asuntos judiciales, al menos desde 1215⁸⁹, porque sabemos que la verdad de los hechos no se obtiene por métodos adivinatorios como en el pasado fueron las ordalías, sino que, bien al contrario, se consigue acceder a la realidad dejándose acompañar por la ciencia. Eso es justamente lo que todavía se tiene que aprender en materia probatoria en tantos y tantos lugares, la mayoría, de hecho.

En consecuencia, es evidente que estamos a las puertas de una auténtica revolución: aquella que traerá la ciencia a la valoración de la prueba, convirtiendo así al juez en un auténtico científico, y no en un adivino o en un lector de un oráculo cualquiera. El juez ganará una renovada dignidad cuando, igual que el médico en el pasado, deje de utilizar una especie de «ojo clínico» y se incline más bien por el camino de la ciencia, como corresponde y hace ya mucho tiempo que han hecho los médicos, mejorando sobremanera en sus diagnósticos, salvándose así un incontable número de vidas. Del mismo modo, muchos menos justiciables se irán a su casa después de un proceso pensando que no se les hizo justicia, porque sabrán lo que en el proceso se llevó a cabo, conociendo con precisión la labor del juez.

Y así se conocerán mejor las fronteras de su labor. Se ha dicho con gran reiteración, de forma unánime, de hecho, que el juez no puede incurrir en un *non liquet*. Es decir, que debe resolver de un modo u otro la controversia que le ha sido sometida. Hablando así, puede que no hayamos sido demasiado conscientes de que cada vez que el juez no estima una demanda, en realidad se está inclinando por no hacer nada, es decir, por dejar la realidad tal y como estaba antes de que le fuera sometida al proceso. Puede parecer que la decisión es diferente de un «no lo sé», pero no lo es en realidad. Al contrario, si la demanda y la prueba que la sustenta no le convence, lo que tiene que hacer es no hacer nada en términos de decisión de la controversia, puesto que no se produce transformación alguna de la realidad que ya existía antes del proceso. Sólo se produce esa transformación en los casos de estimación. Cuesta mucho más de observar el mismo fenómeno en el proceso penal, pues por mor de la presunción de inocencia, el «no lo sé» se transforma en una absolución, lo que sí resulta transformador, sobre todo si el reo padeció medidas cautelares privativas de libertad. Lo que debe observarse, no obstante, es que el reo siempre fue inocente, en todo momento, antes del proceso y durante el mismo. La absolución mantiene ese estado de inocencia. Lo cual quiere decir que ese *non liquet* se produce igualmente.

En definitiva, los justiciables aceptarán por fin que los jueces no son dioses, y tampoco sacerdotes. Son simples seres humanos con una capacidad de raciocinio idéntica a la del resto, que deben tener cuidado en no cometer errores al incurrir en un exceso de generalizaciones, particularmente si son inmotivadas. Ese debe ser, prioritariamente, el siguiente objetivo a conseguir, que provoca, como se anunció, la abolición de la intuición como herramienta de razonamiento probatorio. En realidad, la intuición es la negación de dicho razonamiento.

⁸⁹ Concilio Lateranense IV de Inocencio III. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, vol. 22, Graz 1961, p. 1007, XVIII: «Nullus quoque clericus rottariis, aut balistariis, aut huiusmodi viris sanguinum praeponatur, nec illam chirurgiae partem subdiaconus, diaconus, vel sacerdos exerceant, quae ad ustionem vel incisionem inducit. Nec quisquam purgationi aquae ferventis vel frigidae seu ferri candentis ritum cuiuslibet benedictionis aut consecrationis impedit, salvo nihilominus prohibitionibus de monomachiis sive duellis antea promulgatis».

7. Bibliografía

- ABEL LLUCH, Xavier, *La valoración de la prueba en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2014.
- ABEL LLUCH, Xavier, *Las reglas de la sana crítica*, La Ley, Madrid, 2015.
- ALONSO GALLO, Jaime, «Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje a Antonio González-Cuéllar García*, Madrid 2006, pp. 31 ss.
- ALONSO GALLO, Jaime, «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», *InDret* 4/2011.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)», *Jueces para la Democracia*, n. 46, 2003, pp. 57 ss.
- ANDREWS, A.; CLAWSON, R.A.; GRAMIG, B.M., «Finding the Right Value: Framing Effects on Domain Experts», *Political Psychology*, vol. 38, 2, Abril 2017, pp. 261 ss.
- ARTIETA PINEDO, Isabel; GONZÁLEZ LABRA, María José, «La toma de decisiones», en GONZÁLEZ LABRA, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento*, Madrid 2005, pp. 369 ss.
- ASSMANN, Jan, *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, München 1995.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 29 ss.
- BENDER, Rolf; NACK, Armin, «Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre», *Deutsche Richterzeitung*, 1980, p. 121.
- BENTHAM, Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, Hector Bossange, Paris, 1823.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, Clarendon Press, Oxford, 1773.
- BONET NAVARRO, José, «La tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos», *Revista CEFLegal*, n. 208 (mayo 2018), pp. 77 ss.
- CARRUBBA, Clifford J. e. a., «Judicial Behavior Under Political Constraints: Evidence from the European Court of Justice», *102 Am. Pol. Sci. Rev.*, 2008, pp. 435 ss.
- COLMENARES OLÍVAR, Ricardo, «El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas», *Revista IIDH*, vol. 41, 2005, p. 99.
- CUI, Yadong, *Artificial Intelligence and Judicial Modernization*, Springer, Singapur, 2020.
- DANZIGER, Shai, e. a., «Extraneous Factors in Judicial Decisions», *108 Proc. Nat'l Acad. Sci. U.S.* 6889, 2011, pp. 1 ss.
- DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, T. II, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1856.

DENAULT, Vincent; PLUSQUELLEC, Pierrich; JUPE, Louise M.; ST-YVES, Michel; DUNBAR, Norah E.; HARTWIG, Maria; SPORER, Siegfried L.; RI-OUX-TURCOTTE, Jessica; JARRY, Jonathan; WALSH, Dave; OTGAAR, Henry; VIZITEU, Andrei; TALWAR, Victoria; KEATLEY, David A.; BLANDÓN-GITLIN, Iris; TOWNSON, Clint; DESLAURIERS-VARIN, Nadine; LILIENFELD, Scott O.; PATTERSON, Miles L.; VAN KOPPEN, Peter J., «The Analysis of Nonverbal Communication: The Dangers of Pseudoscience in Security and Justice Contexts», *Anuario de Psicología Jurídica*, 30, 2020, pp. 1 ss.

DESCARTES, René, *Discurso del método*, Espasa Calpe, Madrid, 1986.

EINHORN, Hillel J.; HOGARTH, Robin M., «Judging probable cause», *Psychological Bulletin*, 1986, 99, p. 5.

EPSTEIN, Lee, «Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior», *William & Mary Law Review*, vol. 57, 6, art. 3, 2017, p. 2024.

FERREIRO BAAMONDE, Xulio, «El control judicial de la legalidad de la prueba obtenida a través de inteligencia artificial», en AAVV, *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona 2023.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2007.

FINUCANE, Melissa L.; ALHAKAMI, Ali; SLOVIC, Paul; JOHNSON, Stephen M., «The Affect Heuristic in Judgment of Risks and Benefits», *Journal of Behavioral Decision Making* 13 (1), Enero 2000, pp. 1 ss.

FORREST, Katherine B., *When Machines Can Be Judge, Jury, and Executioner. Justice in the Age of Artificial Intelligence*, World Scientific, Singapur, 2021.

FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino, *Il giudice emotivo*, Il Mulino, Bologna, 2017.

FURNHAM, Adrian; CHU BOO, Hua, «A literature review of the anchoring effect», *The Journal of Socio-Economics*, vol 40, 1, Feb. 2011, pp. 35 ss.

GARNHAM, Alan; OAKHILL, Jane, *Manual de psicología del pensamiento*, Paidós, Barcelona, 1996.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2004.

GIGERENZER, Gerd, *Decisiones instintivas*, Ariel, Barcelona, 2008.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, «¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 23, 2020, p. 83.

GORPHE, François, *La critique du témoignage*, Dalloz, Paris, 1924.

HANSON, Sidney; PEARSON, Blain, «Availability Bias: Retrievability, Narrow Range of Experience, and Client Behavior», *Journal of Financial Planning*, Tomo 36, n. 1, enero 2023, pp. 49 ss.

HENKE, Horst-Eberhard, «Rechtsfrage oder Tatfrage - eine Frage ohne Antwort?», *ZZP*, 81, 3-4, 1968, p. 323 ss.

HERNÁNDEZ VELASCO, Irene, «Carofiglio, exfiscal y 'bestseller': "No tener una opinión sobre todo es signo de inteligencia"», *El Confidencial*, 22-1-2023, https://www.elconfidencial.com/cultura/2023-10-22/carofiglio-entrevista-ex-fiscal-best-seller_3758325/.

HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, John Noon, London, 1738.

IACOVIELLO, Francesco Mauro, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan, «Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)», *La Ley*, n. 6812, 2-11-2007.

JIMÉNEZ FORTEA, Javier, «El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Una visión desde Europa», *Sistemas Judiciales*, año 6, n. 12, 2007, p. 33.

JULIA PIJOAN, Miquel, «Un análisis del fundamento de la declaración del testigo ocular como medio de prueba, a partir de la investigación empírica», *Ius et Praxis*, vol. 29, n. 2, 2023, pp. 44 ss.

JULIA PIJOAN, Miquel, «Una razón de ser para el proceso judicial», *Revista General de Derecho Procesal*, n. 61, 2023.

KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos, «On the study of statistical intuitions», *Cognition*, 1982, 11, pp. 123 ss.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos, «Subjective probability: A judgment of representativeness», en KAHNEMAN; SLOVIC; TVERSKY (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit. pp. 33 ss.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R., *Noise, A Flaw in Human Judgment*, William Collins, London, 2021.

KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, Johann Friedrich Hartnoch, Riga, 1787.

KAPARDIS, Andreas, *Psychology and Law: A Critical Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

KASER, Max / Hackl, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, Beck, München, 1996.

KLEIN DAVID E.; MITCHELL GREGORY (EDS.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

KOHLER, Josef, «Über das Recht in Afrika», en Bechmann; Sendel, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Neue Folge, tomo XII, München 1889, pp. 105 ss.

KOOTZ, Anja Berendine, «Der altägyptische Staat. Untersuchung aus politikwissenschaftlicher Sicht», *MENES. Studien zur Kultur und Sprache der ägyptischen Frühzeit und des Alten Reiches*, vol. 4, Wiesbaden 2006, p. 70.

KUNKEL, Wolfgang; SCHERMAIER, Martin, *Römische Rechtsgeschichte*, UTB, Köln, 2001.

LICHTHEIM, Miriam, *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, Universitätsverlag Freiburg, Freiburg (Suiza) 1992.

LUPO, Giampiero «Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: How Normative Frameworks Protect Citizens from the Risks Related to AI Use in the Judiciary», *European Quarterly of Political Attitudes and Mentalities*, 8(2), 2019, pp. 75 ss, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62463-8>.

MACNAIR, Mike, «Vicinage and the Antecedents of the Jury», *Law and History Review*, 17, 1999, pp. 538 ss.

MAI, Kimberli T., BRAY, Sergi, DAVIES, Toby, GRIFFIN, Lewis D., «Warning: Humans cannot reliably detect speech deepfakes», *Plos One*, 2-8- 2023.

MALINOWSKI, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1982.

MANSI, Joannes Dominicus, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Akademische Druck- U. Verlagsanstalt, Graz, 1961.

MANZANERO, Antonio Luis, *Psicología del testimonio*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2008.

MATLIN, Margaret W., «Pollyanna Principle», en Rüdiger, F. Pohl (ed.). *Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking*, 2004, p. 260.

MAZZONI, Giuliana, *Psicologia della testimonianza*, Carocci Editore, Roma, 2015.

MILGRAM, Stanley, «Behavioral Study of Obedience», *Journal of Abnormal Psychology*, 67 (4), 1963, pp. 371 ss.

MOLE, Phil, «Ockham's Razor cuts both ways: The Uses and Abuses of Simplicity in Scientific Theories», *Skeptic*, t. 1, n. 10, 2003, pp. 40 ss.

MONTAIGNE, Michel, *Ensayos completos*, Omega, Madrid, 2003.

MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor 2005.

MUNDAY, Roderick; *Evidence*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», *InDret* 2/2011.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Introducción a la probática*, Bosch, Barcelona, 2007.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, 3ª ed., Bosch, Barcelona 1993.

- MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, Bosch, Barcelona 1967.
- MURPHY, Peter, *Murphy on evidence*, Oxford 2005.
- MYERS, David G., *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de Guillermo Solana de Intuition: its power and perils, New Haven y Londres 2002, Paidós, Barcelona, 2003.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Also sprach Zarathustra*, Insel, Frankfurt 1976.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Zur Genealogie der Moral*, Reclam, Ditzingen 1988.
- NIEVA FENOLL, Jordi, «Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad», *Civil Procedure Review*, V. 3, n. 1, enero-abril 2012, pp. 3 ss.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *El origen de la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie: aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Atelier, Barcelona, 2007.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- OCKHAM, William, *Summa logicae*, p. I, The Franciscan Institute St. Bonaventure, Louvain, 1957.
- PARMEGGIANI, Stefania, «L'intervista. Gianrico Carofiglio: "I nostri errori vanno amati"», *La Repubblica*, 28-3-2022, https://www.repubblica.it/cultura/2022/03/28/news/intervista_gianrico_carofiglio_nuovo_roma_nzo_penelope_sbagli_passato_i_nostri_errori_vanno_amati-343195224/.
- PATETTA, Federico, *Le ordalie*, Fratelli Bocca, Torino, 1890.
- PLATÓN, *Gorgias o de la retórica*, Espasa Libros, Barcelona, 2019.
- PLOUS, Scott, *The psychology of judgment and decision making*, McGraw-Hill Book Company, Berkshire, 1993.
- POLLARD, Paul, «Human Reasoning: Some Possible effects of Availability», *Cognition*, 1982, 12, pp. 65 ss.
- QUATTROCOLO, Serena, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Springer, Cham, 2020.
- RE, Richard M.; SOLOW-NIEDERMAN, Alicia, «Developing Artificially Intelligent Justice», 22 Stan. Tech. L. Rev. 2019, pp. 242 ss.
- RIGANO, Christopher, «Using Artificial Intelligence to Address Criminal Justice Needs», *NIJ Journal*, n. 280 enero 2019, pp. 1 ss.
- ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

SÁNCHEZ, Nuria; MANZANERO, Antonio Luis, «El engaño en contextos judiciales», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, 2023, pp. 8 ss.

SANCHO GARGALLO, Ignacio (coord.), *La incidencia de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

SCHNEIDER, Reto U., «Mordversuch im Hörsaal», *NZZ*, 1-7-2002, <https://www.nzz.ch/folio/mordversuch-im-horsaal-ld.1618293>

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Contribución al estudio de la prueba», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona 1969, p. 357.

SINGH, Nishant, *AI and Justice*, publicado por el autor, New Delhi 2021.

SLOVIC, Paul; FINUCANE, Melissa; PETERS, Ellen; MACGREGOR, Donald, «Risk as Analysis and Risk as Feelings: Some Thoughts about Affect, Reason, Risk, and Rationality», *Risk Analysis* 24 (2), 13-4-2004, pp. 311 ss.

SOURDIN, Tania, *Judges, Technology and Artificial Intelligence, The Artificial Judge*, Elgar online, Cheltenham, 2021.

SOURDIN, Tania, MEREDITH, Jacqueline, LI, Bin, *Digital Technology and Justice. Justice Apps*, London 2020.

STEIN, Friedrich, *Das private Wissen des Richters*, Hirschfeld, Leipzig, 1893.

STRÖMWALL, Leif A.; GRANHAG, Pär Anders; y HARTWIG, Maria, «Practitioners' Beliefs About Deception» en P. A. GRANHAG y L. A. STRÖMWALL (eds), *The Detection of Deception in Forensic Contexts*, pp. 229 ss, Cambridge University Press, Cambridge 2004.

TARUFFO, Michele, «Considerazioni sulle massime d'esperienza», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2009, pp. 557 ss.

TARUFFO, Michele, *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*, Marcial Pons, Madrid 2023.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán de "La prova dei fatti giuridici", Milano 1992, Trotta, Madrid 2002.

TARUFFO, Michele, *La semplice verità*, Laterza, Bari 2009.

TARUFFO, Michele, «Libero convincimento del giudice», (I Diritto processuale civile), *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma 1990, pp. 1 ss.

TARUFFO, Michele, «Motivazione della sentenza», (III, Diritto processuale civile), *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma 1990, pp. 1 ss.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel, «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases», *Science*, New Series, Vol. 185, No. 4157, Sep. 27, 1974, p. 1128.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel, «The Framing of decisions and the psychology of choice», *Science*, 211, 1981, (4481), pp. 453 ss.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel, «Judgments of and by Representativeness», en KAHNEMAN; SLOVIC; TVERSKY (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982, pp. 84 ss.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel, Availability: «A heuristic for judging frequency and probability», en KAHNEMAN; SLOVIC; TVERSKY (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., pp. 163 ss.

VOLTAIRE, «Carta 24 sobre las academias», 1734, en *Lettres philosophiques*, Claude-François Jore, Rouen, 1734, p. 136.

VON LISZT, Franz, «Strafrecht und Psychologie», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1-1-1902, n. 1, pp. 16-18.

WALTON, Douglas, *Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority*, Pennsylvania State University Press, University Park, 1997.

WIGMORE, John Henry, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Little Brown, Boston, 1904.

WILLIAMS, Graeme, *A short book of bad judges*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London, 2013.

WUNDT, Wilhelm Maximilian, «Über die Definition der Psychologie», en *Philosophische Studien*, 1896, t. 12, pp. 9 ss.

WUNDT, Wilhelm Maximilian, *Grundriss der Psychologie*, Engelmann, Leipzig, 1896.

Juan María Martínez Otero
Universidad de Valencia

Hacia un nuevo paradigma de protección de los menores en Internet: las normas protectoras de segunda generación

Sumario

Son muchos los países que en el último lustro han aprobado normas para proteger más eficazmente a los menores en el entorno digital, particularmente en las redes sociales y frente a contenidos de carácter pornográfico. El presente estudio analiza las líneas maestras de esta nueva generación de normas, confrontándolas con las líneas que inspiraron las normas protectoras de primera generación. A fin de obtener una visión de conjunto, el análisis se extiende a la normativa estadounidense y europea, tanto a nivel federal y comunitario como estatal.

Abstract

In the last years, many countries have passed legislation to protect minors more effectively in the digital environment, particularly in social networks and against pornographic content. This study analyzes the main lines of this new generation of protective rules, comparing them with the lines that inspired the first generation rules. The focus is on US and European regulations, both at federal, EU and state level.

Title: Towards a new paradigm for the protection of minors on the Internet: second-generation protective rules

Palabras clave: Protección de los menores, Redes sociales, Plataformas digitales, Internet.

Keywords: Protection of minors, Social networks, Digital platforms, Internet.

DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.12

1.2025

Recepción
16/10/2024

-

Aceptación
27/11/2024

-

Índice

-

1. Introducción

2. Contexto en el que surge la nueva generación de normas protectoras

3. Cambios en el paradigma regulatorio

3.1. De un modelo liberalizado a un modelo intervencionista

3.2. De una protección genérica a una protección específica

3.3. De un modelo reactivo a un modelo proactivo

3.4. De la preocupación por el contenido a la preocupación por el diseño

4. Primeras consecuencias del nuevo paradigma regulatorio

5. Conclusiones

6. Bibliografía

Anexo: Normativa citada

-

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

1. Introducción*

Son muchos los países que en el último lustro han aprobado normas para proteger más eficazmente a los menores en el entorno digital, particularmente en las redes sociales y frente a contenidos de carácter pornográfico¹.

Sin ánimo de exhaustividad, valga presentar algunos ejemplos. En 2020, Reino Unido aprobó el *Age Appropriate Design Code*, que exige a los prestadores de servicios digitales a los que puedan acceder menores arquitecturas de diseño garantistas por defecto². En el mismo año Francia modificó su Código Penal para tipificar más claramente la puesta a disposición de menores de pornografía a través de Internet³. En 2024, Utah aprobó su *Social Media Regulation Amendments* (SB 194), que exige a los servicios de redes sociales deshabilitar ciertos mecanismos para captar y retener la atención de los usuarios menores, como el *scroll* infinito, el *autoplay* o ciertas notificaciones emergentes. Un último botón de muestra es la *Online Protections for Minors Bill* de Florida (HB 3), aprobada en 2024, que impone el cierre de los perfiles de menores de 14 años en redes, refuerza las exigencias de consentimiento parental para los usuarios de 14 y 15 años, y exige sistemas fiables de verificación de la edad en los portales pornográficos⁴.

A nivel comunitario también encontramos normativa relativamente reciente con idéntica preocupación. Así, la Directiva audiovisual de 2018, entre otros fines, se propuso reforzar la protección de los menores frente a contenidos audiovisuales inadecuados –violentos, discriminatorios, pornográficos–, extendiendo por primera vez su ámbito de aplicación a las plataformas de compartición de vídeos en Internet⁵. Más recientemente, el Reglamento de Servicios Digitales de 2022 (RSD) ha establecido una serie de responsabilidades de los

* Juan María Martínez Otero (juan.maria.martinez@uv.es). El presente trabajo se ha realizado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: «Derechos y garantías públicas frente a las decisiones automatizadas y el sesgo y discriminación algorítmicas» 2023-2025 (PID2022-136439OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y «Cuestiones controvertidas en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica por los y las menores de edad» (ref. CIGE/2023/71), financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana. Agradezco a los profesores Luis Miralles Pechuán y Susan McKeever, de la Technological University of Dublin, sus valiosas aportaciones al resultado de la presente investigación.

¹ De acuerdo con la estadounidense *Age Verification Providers Association*, en el año 2023 se aprobaron 144 normas en 43 de los Estados Unidos de América con la finalidad de proteger a los menores frente a peligros provenientes de Internet. Cfr. «Calendar for US state legislation requiring age assurance». Disponible en: <https://avpassociation.com/calendar-of-us-state-legislation-requiring-age-assurance/> (visitado el 25.07.2024).

² Normas muy similares han sido aprobadas en California (*California Age-Appropriate Design Code Act*, que entró en vigor en julio de 2024) y en Irlanda (*Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing*, aprobados por la autoridad nacional de protección de datos en 2021).

³ La modificación del artículo 227-24 del Código Penal francés fue operada por la Ley n.º 2020-936, de 30 de julio de 2020, destinada a proteger a las víctimas de violencia doméstica (art. 22).

⁴ La norma entra en vigor en enero de 2025.

⁵ Directiva 2018/1808/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. La regulación de las plataformas de compartición de vídeos en Internet se contiene en un nuevo Capítulo, el IX bis, compuesto de dos artículos: el 28 bis y el 28 ter.

prestadores de servicios de intermediación en Internet, con el fin de configurar un entorno digital más seguro, también para los usuarios menores de edad⁶.

Junto a estas normas efectivamente aprobadas, son muchas las que se encuentran en fase de discusión o tramitación parlamentaria al momento de redactar estas páginas. En efecto, desde el año 2022 en los Estados Unidos se han propuesto hasta siete regulaciones federales en la materia, abordando cuestiones como la protección de datos, la verificación de la edad o la prevención de la adicción⁷. Varias de estas propuestas han sido consensuadas por senadores republicanos y demócratas, de modo que resulta previsible que terminen siendo aprobadas⁸. En Italia, en mayo de 2024 se presentó la propuesta de ley *Disposizioni per la tutela dei minori nella dimensione digitale*, iniciativa consensuada por diputados y senadores de diversos partidos del arco parlamentario⁹. En España, en junio de 2024 el Gobierno hizo público un Anteproyecto de ley para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, que exige la implementación de sistemas de control parental en todos los dispositivos con conexión a Internet, contiene medidas de lucha contra la adicción y aborda el uso de los dispositivos en los centros educativos¹⁰.

El panorama apenas esbozado permite concluir que nos encontramos ante lo que cabría calificar de una verdadera «primavera» regulatoria orientada a proteger a niños y adolescentes en el contexto digital. Estas normas y proyectos vienen a sustituir o actualizar disposiciones adoptadas en torno al cambio de siglo, que se han manifestado insuficientes para proteger el bienestar de los niños en un entorno digital enormemente dinámico.

El presente estudio analiza las líneas maestras de esta nueva generación de normas, confrontándolas con las líneas que inspiraron las normas protectoras de primera generación. A fin de obtener una visión de conjunto, nuestra atención se extiende a la normativa estadounidense y europea, tanto a nivel federal y comunitario como estatal¹¹. La perspectiva de estudio es conscientemente amplia y generalista, a fin de captar las principales tendencias regulatorias. En este sentido, al análisis sistemático y profundo de unas pocas disposiciones se ha preferido un repaso a vista de pájaro de un buen número de normas, metodología que en

⁶ Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

⁷ Estas propuestas son: *Kids Online Safety Act* (KOSA) (2022); *Children and Teens' Online Privacy Protection Act (Amended COPPA 2.0)* (2023); *Eliminating Abusive and Rampant Neglect of Interactive Technologies Act* (EARN IT Act) (2022); *Protecting Kids on Social Media Act* (2023); *Making Age-Verification Technology Uniform, Robust, and Effective Act* (MATURE Act) (2023); *Kids privacy Act* (2023); y *Focus on Learning Act* (2023). De fecha algo anterior, también procede referenciar la *Social Media Addiction Reduction Technology Act* (SMART Act) (2019-2020).

⁸ Así, por ejemplo, la *Protecting Kids on Social Media Act* (2023), respaldada por 6 senadores demócratas y 5 republicanos de 10 estados diferentes.

⁹ El texto íntegro de la propuesta puede consultarse en el portal del Senado italiano, en la siguiente dirección: <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/58233.htm> (última visita: 2.10.2024).

¹⁰ El Anteproyecto fue aprobado por el Consejo de Ministros el 4.06.2024 y puede consultarse desde la página web del Ministerio de Presidencia: <https://www.mpr.gob.es> (última visita: 2.10.2024).

¹¹ Una vez concluida la primera redacción de estas páginas, en noviembre de 2024, el gobierno australiano ha presentado una propuesta de regulación muy ambiciosa en la materia: la *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*. Aunque esta norma excede el ámbito geográfico de nuestro estudio y no es analizada en detalle, nos ha parecido oportuno incorporar a pie de página algunas referencias a la misma, ya que constituye un muy buen ejemplo de los cambios de paradigma regulatorio que pretendemos exponer.

nuestra opinión se ajusta mejor al propósito del presente estudio, que no es otro que tomar el pulso de esta nueva corriente normativa, buscar su denominador común.

El estudio procede del siguiente modo. En primer lugar, (1) se describen y comparan los contextos en que surgen las normas protectoras que hemos dado en llamar de primera y segunda generación, cuya línea de cesura hemos establecido en el año 2018. La parte central del estudio (2) identifica y describe los cambios en el paradigma regulatorio que han ocasionado las normas de segunda generación. A continuación, (3) se presentan dos consecuencias de las nuevas normas que resultan de particular interés: la apertura de viejos debates en torno a la libertad de expresión; y la imposición de las primeras sanciones administrativas por vulnerar los derechos de los menores en Internet. El artículo se cierra con unas (4) reflexiones conclusivas. Junto a la bibliografía, se incluye un Anexo en el que se referencian todas las normas citadas, con enlaces a las direcciones de Internet donde pueden consultarse.

2. Contexto en el que surge la nueva generación de normas protectoras

Las normas jurídicas no surgen en el vacío aséptico de una probeta ni son realidades atemporales, monolíticas y estáticas. Por el contrario, se aprueban en un contexto social concreto que influye en sus líneas maestras, y cuya evolución determina su progresiva adaptación. En este sentido, de cara a comprender mejor la segunda generación de normas que aspiran a proteger a los menores en Internet, resulta oportuno entender el contexto social en el que se aprueban, comparándolo con el contexto que propició la aparición de las primeras normas tuitivas en la Red.

Previamente, sin embargo, se impone justificar la elección del año 2018 como momento de «cambio generacional». En el ámbito de la Unión Europea, en dicho año entró en vigor el Reglamento General de Protección de Datos (RGDP)¹² y se aprobó la última versión de la Directiva audiovisual, que incluyó por primera vez en su ámbito subjetivo a las plataformas de intercambio de vídeo en Internet. Ambos textos legales revisten una gran importancia en el campo que nos ocupa, y han marcado unas pautas regulatorias en todos los países de la Unión. En cualquier caso, los cambios en las tendencias normativas no se producen normalmente de la noche a la mañana, de modo que la elección de 2018 tiene un punto discrecional. En Estados Unidos, por ejemplo, la nueva ola regulatoria para proteger a los menores en Internet se ha producido a partir de 2022, quizá propiciada por el escándalo que en el año 2021 salpicó a Facebook, cuando *The Wall Street Journal* reveló que el gigante americano tenía informes internos evidenciando que Instagram producía ansiedad y depresión entre muchas de sus usuarias más jóvenes, y la compañía no había tomado medidas para evitarlo¹³.

Justificada la elección del año 2018 como punto de inflexión, procedemos a caracterizar los diferentes contextos en que surgen ambas generaciones de normas, y lo hacemos atendiendo a tres elementos dicotómicos que se nos antojan determinantes.

¹² Reglamento (UE) 2016/679 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.

¹³ «Facebook Knows Instagram Is Toxic for Teen Girls, Company Documents Show», *The Wall Street Journal*, 14 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/facebook-knows-instagram-is-toxic-for-teen-girls-company-documents-show-11631620739> (última visita: 10.09.2024).

El primer de ellos es la actitud respecto de la tecnología digital e Internet. En los años en que se aprueban las primeras regulaciones de Internet existe un indudable optimismo en torno a la Red, que es vista primariamente como una herramienta al servicio del desarrollo cultural y de la extensión de derechos, particularmente los derechos comunicativos y a la educación¹⁴. Más allá de las concepciones ciberlibertarias un tanto ingenuas y maximalistas, en esos primeros años de generalización de Internet la visión optimista o tecnófila es claramente predominante¹⁵. Ese optimismo inicial, sin embargo, ha ido empalideciendo paulatinamente, siendo sustituido por un cierto escepticismo -cuando no pesimismo- sobre el impacto de las tecnologías digitales y las pantallas en los derechos de los usuarios, en el buen funcionamiento de la democracia o en el bienestar de los menores^{16,17}. En relación con los menores, y a pesar de que la literatura científica sobre el particular todavía no es absolutamente concluyente, todo apunta a que la sobreexposición a las pantallas, las dinámicas de las redes sociales y el acceso indiscriminado a contenido violento y pornográfico está en la base de lo que algunos autores han calificado de verdadera epidemia de desórdenes mentales entre las generaciones más jóvenes¹⁸. Desde algunas instancias también se ha asociado el incremento de delitos contra la libertad sexual cometidos por jóvenes y menores al contenido que consumen en plataformas pornográficas de Internet¹⁹.

Un segundo elemento característico y diferenciador de los contextos regulatorios es el objeto de preocupación en relación con los menores. En efecto, en los primeros años de generalización de Internet la preocupación se centra en los mismos peligros que amenazaban a los menores en otros contextos de ocio audiovisual, fundamentalmente la exposición a contenido inadecuado para su edad (violencia extrema y pornografía). A estos peligros se añade tempranamente la pornografía infantil, con unos perfiles muy concretos que la hacen ajena a nuestro objeto de estudio. Y, progresivamente, la preocupación por su protección de datos y su intimidad. En el contexto actual, por el contrario, la preocupación por el impacto negativo de Internet en niños y

¹⁴ Cfr. GOSZTONYI, Gergely, «Aspects of the History of Internet Regulation from Web 1.0 to Web 2.0», *Journal of European History of Law*, núm 13 (1), 2022, p. 171; y también: BLEVINS, John, «The use and abuse of light-touch Internet regulation», *Boston University Law Review*, núm. 99, 2019, p. 205.

¹⁵ Esta visión positiva se deriva tanto de las innegables promesas de Internet como del sesgo en favor de la innovación, que determina una sobrevaloración de las ideas, productos o servicios que se perciben como innovadores. En relación con este sesgo, véase: GRIPENBERG, Pernilla *et al.*, «Challenging the Innovation Paradigm. The Prevailing Pro-Innovation Bias», en SVEIBY, Karl-Erik *et al.* (eds.), *Challenging the Innovation Paradigm*, Routledge, Nueva York, 2012, pp. 1-12. Paradigma de las visiones ciberlibertarias fue la famosa «Declaración de Independencia del Ciberespacio», publicada en 1996 como reacción al primer intento de regulación de la Red por la Administración CLINTON.

¹⁶ Diversos acontecimientos históricos influyen en esta progresiva toma de conciencia de los riesgos asociados al uso de Internet. Así, las filtraciones de Wikileaks (2010), las protestas de Ocupa Wall Street (2011), el Brexit y el uso de Cambridge Analytica (2016) o el ya mencionado reportaje en el Wall Street Journal sobre los efectos potencialmente nocivos de Instagram (2021). Entre los ensayos más influyentes que contribuyeron a erosionar el optimismo en torno a Internet, destacamos: CARR, Nicholas, *Superficiales. ¿Qué está haciendo Internet con nuestras mentes?*, Taurus, Barcelona, 2011; y KEEN, Andrew, *Internet no es la respuesta*, Catedral, Madrid, 2016.

¹⁷ De acuerdo con un informe de 2022 del *Pew Research Center*, un 64% de estadounidenses piensan que las redes sociales son negativas para la democracia en su país; un 85% piensa que hacen a las personas más manipulables; y un 79% cree que generan polarización política. Cfr. «Views of social media and its impacts on society», *Pew Research Center*, diciembre de 2006. Disponible en: <https://www.pewresearch.org/global/2022/12/06/views-of-social-media-and-its-impacts-on-society-in-advanced-economies-2022/> (última visita: 16.10.2024).

¹⁸ Sobre el particular, posiblemente el trabajo que mayor impacto ha tenido en la opinión pública mundial sea HAIDT, Jonathan, *The Anxious Generation: How the Great Rewiring of Childhood Is Causing an Epidemic of Mental Illness*, Penguin Press, New York, 2024.

¹⁹ Cfr. *Memoria de 2018*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 2019, pp. 734.

adolescentes ha ensanchado su foco, extendiéndose a muchas otras cuestiones: la salud física y mental, los desórdenes alimenticios y del sueño, las prácticas autolesivas y la adicción²⁰; la educación sexual y para la igualdad de hombres y mujeres; el acoso, el *ciberbullying*, el *grooming* y el *sexting*; el rendimiento escolar; o el derecho de los niños al libre desarrollo de la personalidad²¹.

El tercer elemento que condiciona sustancialmente la respuesta reguladora es el estado de desarrollo y difusión de la propia tecnología²². En este sentido, es preciso tener en cuenta que las primeras normas reguladoras de Internet y protectoras de los menores son aprobadas en el contexto de un Internet unidireccional. La web 2.0 y las primeras redes sociales aparecen a mediados de la primera década del nuevo siglo²³. Y no será hasta comienzos de la década siguiente cuando se generalicen los *smartphones*, fenómeno que posibilita una penetración de la tecnología digital en la vida de las personas –menores de edad incluidos- y a un tratamiento sistemático de sus datos personales que unos pocos años antes era difícil de imaginar²⁴. La primera generación de normas tendentes a proteger a los menores se aprueba, por lo tanto, en una fase incipiente de Internet, cuando todavía (1) la información ofrecida en Internet es eminentemente unidireccional; (2) el uso de Internet por parte de los menores no está generalizado; (3) resulta difícil avizorar el impacto que estas tecnologías pueden tener en la vida de los menores de edad; (4) es complejo verificar quién accede a qué contenido; y (5) los propios intermediarios de servicios tienen una capacidad de control muy limitada sobre el contenido que almacenan, recomiendan o comparten. En torno al año 2018, sin embargo, el panorama ya es radicalmente distinto. La extensión e incisividad de Internet y de las aplicaciones digitales en la vida personal de sus usuarios –particularmente de los menores- es mayúscula. Las industrias digitales ostentan un poder fabuloso, que puede utilizarse –y, de hecho, se ha utilizado- sin atender a los intereses de los usuarios, o directamente contra ellos. Finalmente, su capacidad de identificar a los usuarios y de supervisar los contenidos que albergan y les recomiendan está fuera de toda duda, por lo que ciertas formas de protección de los menores han comenzado a ser técnicamente viables²⁵.

Los tres cambios brevemente presentados –actitud frente a Internet y sus aplicaciones, objeto de la preocupación y grado de desarrollo y penetración de la tecnología- permiten contextualizar y comprender la evolución de la normativa protectora de menores en Internet desde su aparición y hasta el momento actual. Evolución que alrededor del año 2018 experimentó un salto cualitativo y está alumbrando un nuevo paradigma regulatorio, cuyas líneas maestras procedemos a analizar.

²⁰ Sobre el impacto del uso de Internet en los menores de edad desde el punto de vista de la salud, véase: MARTÍNEZ-GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Salmones, hormonas y pantallas*, Planeta, Barcelona, 2023, pp. 51-76.

²¹ Un análisis crítico de algunos de estos motivos de preocupación puede consultarse en MARWICK, Alice *et al.*, *Child Online Safety Legislation. A primer*, Center for Information, Technology, Policy, Princeton, 2024, pp. 16-24.

²² En este sentido, GARCÍA MEXÍA, Pablo, «El Derecho de Internet», en PÉREZ BES, Francisco (coord.), *El Derecho de Internet*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 17-18.

²³ Facebook se crea en 2004; YouTube, en 2005. En este mismo año, Internet alcanza los mil millones de usuarios.

²⁴ En el año 2013 la venta de *smartphones* superó por primera vez la de teléfonos convencionales (cfr. “Teléfono inteligente”, *Wikipedia*).

²⁵ Así lo apunta, por ejemplo, MARSDEN, Christine, «Age-verification Laws in the Era of Digital Privacy», *National Security Law Journal*, núm. 10(2), 2023, p. 213.

3. Cambios en el paradigma regulatorio

3.1. De un modelo liberalizado a un modelo intervencionista

La primera generación de normas reguladoras de Internet apostó por un modelo muy liberalizado.

Siendo la cuna de Internet, no resulta sorprendente que fuera Estados Unidos el primer país que se enfrentó a la necesidad de regular y proteger a los menores en la Red²⁶. En efecto, la Administración CLINTON fue la primera que impulsó dos textos legales orientados a tal fin: la *Telecommunications Act* 1996 y la *Child Pornography Prevention Act* 1996. En lo que aquí interesa, resulta particularmente relevante el Título V de la primera de esas normas, conocido como la *Telecommunications Decency Act* 1996, ya que constituyó el primer intento de regulación de la libertad de expresión en Internet con la finalidad de proteger a los usuarios más jóvenes. Para ello, la norma pretendió asimilar el régimen jurídico de Internet al de las telecomunicaciones y la radiodifusión, caracterizado por unas ciertas restricciones relativas al contenido y a una incisiva supervisión federal. Esta opción, empero, fue declarada inconstitucional pocos meses después por el Tribunal Supremo norteamericano, que en su sentencia *Reno v. American Civil Liberties Union* 521 U.S. 844 (1997), estableció que el régimen jurídico de Internet debía asemejarse al de la prensa escrita, mucho más liberalizado²⁷.

Esta opción jurisprudencial se fundamentó en dos razones. En primer lugar, se sostuvo que, a diferencia del sector radioeléctrico, en Internet no había escasez de espectro que repartir, de modo que la intervención pública estaba menos justificada. Junto con ello, se esgrimió el carácter menos invasivo, predeterminado y generalizado de Internet, en comparación con la televisión o la radio, medios de comunicación que, presentes en todas las casas americanas, «imponen» unos contenidos a sus usuarios a través de sus parrillas. Por este motivo, se entendió que resultaba preferible dejar en manos de los internautas la decisión sobre a qué contenidos acceder, sin limitar dicha libertad mediante restricciones o prohibiciones apriorísticas impuestas desde instancias públicas.

Esta temprana decisión del Tribunal Supremo determinó la concepción de Internet como un espacio liberalizado, en el que el control de contenidos se rige por normativa genérica –penal, civil, de propiedad intelectual–; se deja a la iniciativa de los usuarios o consumidores; y se lleva a cabo fundamentalmente *a posteriori*²⁸.

²⁶ Es difícil exagerar la importancia de las opciones normativas que se decantaron en dicho país, ya que marcaron la pauta a la posterior regulación de la materia en la inmensa mayoría de países del mundo.

²⁷ Después de este primer revés jurisprudencial, el Congreso hizo un intento menos ambicioso de regulación para limitar la exposición de los menores de edad a contenidos perjudiciales en Internet, con la aprobación de la *Child Online Protection Act* 1998. Esta ley fue declarada contraria a la Primera Enmienda por diversos tribunales, que suspendieron su aplicación. Cfr. *Ashcroft v. Am C. L. Union*, 542 U.S. 656, 674 (2004); y también MARSDEN, *National Security Law Journal*, núm. 10(2), 2023, p. 222.

²⁸ Como explica MANSELL, esta opción resultó coherente con el clima político neoliberal imperante en el mundo anglosajón en torno al cambio de siglo, que mostró una clara preferencia por soluciones regulatorias consensuadas o provenientes de la propia industria. Cfr. MANSELL, Robin, «New visions, old practices: policy and regulation in the internet era», *Continuum: journal of media & cultural studies*, núm. 25 (1), 2011, pp. 22 y ss.

Dicha lógica fue asumida por la Unión Europea en su primera regulación de Internet, la Directiva del Comercio Electrónico del año 2000, de un corte marcadamente genérico, sin apenas previsiones sobre contenidos ni protección de menores y que renunció a imponer autorizaciones previas para la prestación de servicios a través de Internet²⁹.

En relación con la protección de los menores, la consecuencia de esta opción normativa de equiparar Internet a la prensa fue la de dejar a la autorregulación y a la responsabilidad de las familias la supervisión del contenido al que acceden sus hijos, con la ayuda de unas rudimentarias herramientas de control parental.

Avanzada la segunda década del nuevo siglo, paulatinamente se fue evidenciando la insuficiencia de un modelo tan liberalizado para proteger ciertos intereses públicos potencialmente comprometidos en Internet, particularmente el interés superior del menor.

Por ello, no es de extrañar que un elemento común de la nueva ola de regulaciones de Internet sea su voluntad de intervenir más decididamente en algunos ámbitos y mercados digitales, principalmente en las plataformas de compartición de vídeo, las redes sociales y los servicios de carácter pornográfico. Se abandona así la narrativa del Tribunal Supremo norteamericano de 1996 que, equiparando la Red a la prensa escrita, determinó para este medio un régimen jurídico muy desregulado. En el nuevo contexto, los Estados parecen coincidir en que el potencial invasivo de la Red y su capacidad transformadora de los usos sociales requiere una intervención pública más incisiva, a fin de proteger importantes intereses públicos y derechos de los usuarios³⁰. Respecto de los menores de edad, se impone la convicción de tanto estos como sus responsables necesitan del apoyo público para garantizar el respeto de sus derechos en Internet. Las políticas que dejan toda la responsabilidad protectora en manos de las familias –apostando exclusivamente por mecanismos de protección parental- y del mercado –a través de mecanismos de autorregulación- han resultado ineficientes y, por ende, injustas³¹.

El intervencionismo público en un determinado sector se materializa en el ejercicio más intenso de ciertas potestades públicas, como la reguladora, la supervisora o la sancionadora. Veamos a continuación algunos ejemplos que ilustran bien este rasgo intervencionista que caracteriza a las normas protectoras de segunda generación.

Varios Estados norteamericanos –v.g. Arkansas, Luisiana, Mississippi, Texas, Utah o Virginia- han aprobado recientemente normas que exigen a los portales pornográficos el establecimiento

²⁹ Cfr. arts. 3.4.a, 4.1 y 16 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. En pro de la brevedad, nos referimos a esta norma como la Directiva del Comercio Electrónico.

³⁰ FROSIO señala que las nuevas corrientes reguladoras de Internet que se extienden a finales de los años diez del presente siglo obedecen a cambios teóricos, de mercado, políticos y tecnológicos. FROSIO, Giancarlo, «Platform responsibility in the Digital Services Act: constitutionalizing, regulating and governing private ordering», en SAVIN, Andrej y TRZASKOWSKI, Jan (eds.), *Research Handbook on EU Internet Law*, 2ª, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2023, p. 254.

³¹ Como apunta BLANTON, no es infrecuente que los padres no comprendan ciertas herramientas digitales, ignoren que sus hijos emplean determinadas aplicaciones o tengan unas habilidades tecnológicas inferiores a las de sus propios hijos. BLANTON, Zackary, «Moving the United States into the 21st Century for Children's Online Privacy Rights», *Journal of Technology Law and Policy*, núm. 28, 2023, p. 5 ss.

de sistemas de verificación de la edad fiables, bajo la amenaza de severas multas³². La normativa tejana, además del establecimiento de sistemas de verificación de la edad, exige a los portales pornográficos la presentación a todos sus usuarios de una advertencia alertando del carácter potencialmente adictivo de la pornografía y de sus efectos nocivos para el desarrollo cerebral. Esta previsión se sitúa en la línea de otras análogas tendentes a desincentivar el consumo de productos legales pero nocivos, como el tabaco. A nivel federal, y todavía en fase de discusión parlamentaria, la *Protecting Kids on Social Media Act 2023* prevé imponer a las redes sociales mecanismos más eficaces de verificación de la edad y prohibirles el uso de datos personales para afinar sus recomendaciones algorítmicas, a fin de evitar su potencial adictivo. Además, esta norma prevé atribuir competencias de vigilancia y sanción a la *Federal Trade Commission* (FTC) y a otras autoridades estatales, a quienes corresponderá desempeñar una supervisión intensa sobre estos sectores de Internet.

En el ámbito europeo, procede traer a colación la Directiva audiovisual de 2018, traspuesta en la totalidad de países europeos a lo largo del lustro siguiente. Esta norma extiende por primera vez su ámbito de aplicación a las plataformas de compartición de vídeos en Internet (como YouTube), así como a sus usuarios de especial relevancia (o *influencers*), imponiéndoles obligaciones específicas en relación con contenidos problemáticos, potencialmente nocivos para los menores o publicitarios. En este sentido, se produce una cierta nivelación del terreno de juego entre los prestadores de servicios audiovisuales tradicionales –televisión– y estas plataformas y sus usuarios más influyentes, que empiezan a estar sujetos a un régimen más intervencionista³³. La transposición de la directiva ha implicado que numerosas autoridades audiovisuales independientes vean ampliadas sus competencias a la regulación, supervisión y sanción de servicios prestados a través de Internet³⁴. En otros países se han creado organismos al efecto, como es el caso de la irlandesa *Coimisiún na Meán*, a quien se encomienda –además de la supervisión del sector audiovisual– la promoción y vigilancia de la seguridad en Internet. Otra consecuencia de la Directiva audiovisual ha sido la creación de registros nacionales de plataformas de compartición de vídeos e *influencers*, registros que permiten ejercer las potestades públicas de supervisión de forma más efectiva³⁵. Finalmente, el RSD impone ciertas obligaciones de protección a las plataformas de Internet. Entre ellas, destacamos las impuestas a los prestadores de muy gran tamaño, que tendrán que realizar evaluaciones de riesgo y someterse a auditorías periódicas para garantizar –entre otros aspectos– la adecuada protección de los menores en su entorno³⁶.

³² Las referencias a esas normas son las siguientes: Arkansas SB 66 (2023); Luisiana SB 162 (2023); Mississippi SB 2346 (2023); Texas HB 1181 (2023); Utah SB 287 (2023); y Virginia SB 1515 (2023).

³³ Sobre el particular, véase: SAVIN, Andrej, «Regulating internet platforms in the EU – The emergence of the *Level playing field*», *Computer Law & Security Review*, núm. 34, 2018, pp. 1215-1231.

³⁴ Es el caso de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En Francia, el Consejo Superior del Audiovisual se ha convertido en el año 2022 en *l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique* (ARCOM), con competencias tanto en el ámbito de la radio y la televisión, como de Internet. La reciente Ley n° 2024-449, de 21 de mayo de 2024, de seguridad y regulación del espacio digital, amplía las competencias y refuerza las competencias de ARCOM para prevenir el acceso de los menores a los menores a contenido pornográfico.

³⁵ Considerando 7 de la Directiva audiovisual.

³⁶ Art. 37 RSD. Como recuerda WINSECK, esta obligación de someterse a auditorías periódicas externas rige en otros sectores regulados, como el bancario o el bursátil. Cfr. WINSECK, Dwayne, «The Broken Internet and Platform Regulation: Promises and Perils», en FLEW, Terry y MARTIN, Fiona (eds.), *Digital Platform Regulation: Global Perspectives on Internet Governance*, Palgrave Macmillan, Londres, 2022, p. 247.

También evidencia este mayor intervencionismo público lo dispuesto en la británica *Online Safety Act 2023*, con previsiones muy similares a las contenidas en las normas estadounidenses que hemos tenido ocasión de mencionar. Tras un intento fallido en 2017 con la *Digital Economy Act*, el Parlamento británico retoma con esta norma su intención de imponer sistemas de verificación de la edad fiables para acceder a redes sociales y a contenidos pornográficos, con el objetivo de convertirse «en el país más seguro del mundo para ser niño en Internet»³⁷. La *Online Safety Act 2023* también amplía las competencias del regulador audiovisual (Ofcom) al ámbito de la seguridad *online*, atribuyéndole un vasto haz de potestades para garantizar el cumplimiento de la normativa y de los códigos de autorregulación.

3.2. De una protección genérica a una protección específica

Aunque inicialmente el régimen jurídico de Internet se caracterizó por ser abiertamente liberalizado, ello no supuso que en dicho contexto el cumplimiento del ordenamiento jurídico quedara exceptuado, como es natural³⁸.

Conforme a las primeras normas reguladoras de Internet, los prestadores de servicios *online* quedaban sujetos a todas las disposiciones que les resultaran de aplicación en función de su actividad, con independencia de la utilización de medios electrónicos para su realización. Por consiguiente, de acuerdo con dichas normas, podían incurrir en responsabilidad civil, penal o administrativa³⁹. En relación con nuestro objeto de estudio, esto suponía que los prestadores de servicios en Internet debían respetar todo el entramado normativo elaborado para proteger a los menores de edad. Entre esta normativa, destacan las previsiones penales que prohíben ofrecer pornografía a menores; las que se refieren al tratamiento de su imagen y de sus datos personales; y las referidas a comunicaciones comerciales, normas todas ellas existentes en la inmensa mayoría de jurisdicciones.

La aplicación en Internet de esta normativa genérica encontró tres obstáculos de entidad.

En primer lugar, se trataba de normativa previa a la generalización de Internet, por lo que no tomaba en consideración las peculiaridades del nuevo medio. Un buen ejemplo de ello lo constituye el delito de ofrecimiento de pornografía a menores, delito que –pensado para un contexto *off line*– normalmente castigaba el ofrecimiento de material por medios directos,

³⁷ *Online Safety Act: explainer*, Department for Science, Innovation & Technology, Londres, mayo de 2024. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/online-safety-act-explainer/online-safety-act-explainer> (última visita: 16.10.2024).

³⁸ La ya citada «Declaración de Independencia del Ciberespacio», del año 1996, auspició una visión anárquica y romántica de Internet, como un espacio universal sin barreras temporales ni espaciales, ajeno a todo tipo de límites y cortapisas, incluidas las jurídicas. Frente a esta posición, se alzaron otras voces que –esgrimiendo el aserto clásico *ubi societas ibi ius*– señalaron la necesidad de imponer ciertas normas en la Red, ya que, tratándose de un espacio de relaciones interpersonales, necesariamente surgirían controversias que habría que resolver conforme a Derecho. Esta visión, mucho más sensata y realista, se impuso rápidamente, al ritmo que los abusos y los conflictos fueron apareciendo también en Internet.

³⁹ Así lo dispone, por ejemplo, el art. 13 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

dejando fuera del tipo delictivo el lucrativo negocio de poner ese contenido a la libre disposición de los menores en Internet⁴⁰.

La segunda dificultad para aplicar la normativa genérica proviene del generalizado anonimato en Internet, que hace difícil tanto determinar la edad de los usuarios como identificar a los prestadores de servicios en Internet cuando han cometido una ilegalidad⁴¹.

Por último, también dificulta la aplicación de estas normas genéricas –habitualmente de índole estatal- la naturaleza global de Internet⁴².

A fin de superar estos obstáculos, los diferentes Estados están aprobando normativa específica que, atendiendo a las peculiaridades de Internet, permita proteger a los menores de forma más efectiva. Veamos algunos ejemplos.

Comenzando por los Estados Unidos, a nivel federal cabe destacar dos proyectos normativos del año 2023. Por un lado, el impulsado por la FTC para reformar en profundidad la *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA), normativa que data de 1998 y cuyas previsiones han quedado abiertamente desfasadas por el enorme dinamismo de la Red⁴³. Por otro lado, el proyecto *Kids Online Safety Act* (KOSA), apoyado por 62 senadores tanto republicanos como demócratas. Entre otras disposiciones, KOSA pretende imponer un deber de diligencia a los prestadores para proteger a los menores, que se concreta en ciertas medidas garantistas por defecto, como desactivar los sistemas de recomendación personalizados, los *nudges* o los filtros que alteran la apariencia en las fotos. Además, KOSA pretende elevar de 13 a 16 años la edad en que los menores pueden ceder sus datos en Internet sin consentimiento paterno⁴⁴.

⁴⁰ Un segundo ejemplo elocuente lo encontramos en la normativa española de protección de la propia imagen y la intimidad de los menores, que señala que el consentimiento paterno para ceder ciertos derechos de los menores a su cargo en el contexto de los medios de comunicación de masas debe ser ratificado por el Ministerio fiscal (art. 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y 4.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). Nada se dice de esta ratificación en relación con la explotación de la imagen de los niños en perfiles de redes sociales, actividad potencialmente más incisiva en los derechos de los menores, pero que no está prevista en la normativa genérica, que data de los años 1982 y 1996. Esta laguna ha sido colmada por el artículo 84.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que dispone: «la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor».

⁴¹ Si bien es cierto que en el ámbito de la UE la Directiva del Comercio Electrónico de 2000 exige a los prestadores la publicación de una serie de datos identificativos, muchos otros servicios ofrecidos desde fuera de la Unión Europea no tienen un responsable claro, con lo que fácilmente sus eventuales ilícitos o infracciones pueden resultar impunes.

⁴² Una temprana explicación de esta dificultad puede consultarse en: BOIX PALOP, Andrés, «La LSSI y las diversas concepciones sobre la extraterritorialidad de las limitaciones a la libre expresión derivadas de la cláusula de orden público», *Revista de Derecho*, núm. 2, 2003, pp. 1-21.

⁴³ «FTC Proposes Strengthening Children's Privacy Rule to Further Limit Companies' Ability to Monetize Children's Data», Nota de prensa de 20.12.2023, FTC. Disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/12/ftc-proposes-strengthening-childrens-privacy-rule-further-limit-companies-ability-monetize-childrens> (última visita: 16.10.2024).

⁴⁴ Medidas similares se contienen en la australiana *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill* (2024), que prohíbe la creación de perfiles en las redes sociales a los menores de 16 años e impone a las plataformas ciertos deberes de diligencia.

A estas iniciativas federales se añade un elevado número de normas estatales sobre diferentes aspectos: protección de datos, intimidad, verificación de la edad, contenido pornográfico, publicidad en plataformas digitales, medidas para evitar la adicción, etc.⁴⁵ Algunas de estas normas ya han sido aprobadas y están en vigor; otras, aprobadas, están en *vacatio legis* o han sido suspendidas por algún órgano jurisdiccional; y otras se encuentran todavía en fase de discusión parlamentaria. Más allá de su contenido concreto, la proliferación de estas normas evidencia el cambio en el paradigma regulatorio que venimos exponiendo: la opción por una normativa genérica para proteger a los menores en Internet se bate en retirada ante una ola de normas de corte específico, pensadas para el entorno digital.

En el ámbito de la Unión Europea asistimos a la misma tendencia, tanto a nivel comunitario como nacional. En el plano comunitario destacan tres normas. En primer lugar, el RGPD de 2016, que adapta sus previsiones al nuevo entorno digital y sitúa los datos de los menores de edad como una categoría a la que prestar una atención especial⁴⁶. En segundo lugar, la Directiva audiovisual de 2018, que incluye por primera vez en su ámbito de aplicación las plataformas de compartición de vídeo en Internet y a sus usuarios más populares, asimilando su régimen jurídico al de los prestadores de servicios televisivos. Y, en tercer lugar, el RSD, que impone a las plataformas de Internet ciertas medidas garantistas para proteger a sus usuarios más jóvenes. Se evidencia así la voluntad de las instancias comunitarias de diseñar un marco jurídico garantista específico para Internet, superando las previsiones marcadamente genéricas que contenían las primeras Directivas de protección de datos (1995) y del comercio electrónico (2000).

Como no podía ser de otro modo, idéntica impronta se observa en los ordenamientos jurídicos domésticos de los Estados miembros. Valgan cuatro botones de muestra, más allá de las respectivas normas de trasposición de la directiva audiovisual de 2018. En 2020, Francia modificó su Código Penal para tipificar de forma más nítida la puesta a disposición de menores de pornografía a través de Internet⁴⁷; en 2023 actualizó su regulación de Internet a fin de elevar la edad a la que los menores pueden abrirse un perfil en una red social, exigir sistemas de verificación de la edad más garantistas y endurecer las sanciones a los prestadores que incumplieran las previsiones legales⁴⁸; y en 2024 amplió las competencias de su autoridad audiovisual para supervisar la efectividad de las previsiones previamente descritas⁴⁹. En España,

⁴⁵ Un elenco de la normativa de protección de datos de los menores en los diferentes estados puede consultarse en: «USA: Children's privacy updates», One Trust Data Guidance, 1.05.2024. Disponible en: <https://www.dataguidance.com/opinion/usa-childrens-privacy-updates> (última visita: 11.09.2024). Otro relativo a las normas de verificación de la edad en: «US State age verification laws for adult content», The Age Verification Providers Association, 01.06.2024. Disponible en: <https://avpassociation.com/4271-2/> (última visita: 11.09.2024). A título ejemplificativo, véase la *Protecting Children from Social Media Act* del Estado de Tennessee (HB1891, 2024), que aborda la cuestión del control parental y del consentimiento paterno para abrir o mantener perfiles en redes sociales; o la *Prohibits social media companies from collecting data to use for targeted advertising to minors* del Estado de Luisiana (HB 577, 2024), sobre la publicidad basada en perfiles.

⁴⁶ Si bien los datos de los menores no están incluidos en el elenco de «categorías especiales de datos personales» del artículo 9 RGPD, el propio Reglamento exige que se les otorgue un trato particularmente cuidadoso (cfr. Considerando 38).

⁴⁷ La modificación del artículo 227-24 del Código Penal francés fue operada por la Ley n.º 2021-1539, de 30 de noviembre 2021.

⁴⁸ Cfr. Ley n.º 2023-566, de 7 de julio de 2023, sobre la mayoría de edad digital y la lucha contra el odio en línea.

⁴⁹ Cfr. Ley n.º 2024-449, de 21 de mayo de 2024, de seguridad y regulación del espacio digital.

el ya mencionado Anteproyecto de ley para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, presentado en junio de 2024, contiene abundantes previsiones sobre el particular, modificando hasta seis textos legislativos para adaptarlos al nuevo entorno tecnológico, entre los que se encuentra el Código Penal en lo relativo al delito de ofrecimiento de pornografía a menores de edad (art. 186). En Italia, la propuesta de ley *Disposizioni per la tutela dei minori nella dimensione digitale* pretende elevar a los 16 años la edad en que los menores pueden abrirse un perfil en una red social sin consentimiento paterno. Además, contiene previsiones referidas a los «bebés influencers», niños menores de 6 años con una fuerte presencia en las redes, normalmente en contextos promocionales de bienes y servicios dirigidos a otros niños de su edad. Finalmente, en julio de 2024 se presentó en el Parlamento irlandés la *Protection of Children (Online Age Verification) Bill 2024*, cuyo objeto es exigir el establecimiento de sistemas de verificación de la edad fiables a quienes ofrecen contenido pornográfico en Internet, castigando penalmente a quien no lo haga.

La tendencia hacia la especialización en la normativa protectora también se observa en el Reino Unido, que en 2020 aprobó el *Age Appropriate Design: A Code of Practice for Online Services*, y en 2023 la ya mencionada *Online Safety Act 2023*. Por lo que al *Age Appropriate Design Code* se refiere, éste se compone de quince estándares que tienen que respetar todos los servicios y productos accesibles a los menores británicos que traten datos personales. El Código, que ha sido replicado por diferentes estados norteamericanos, es de aplicación a programas, páginas web, plataformas, redes sociales, aplicaciones, juegos, dispositivos y juguetes conectados a Internet.

El conjunto de disposiciones compendiado ilustra de forma diáfana cómo la nueva tendencia reguladora abandona el modelo de regulación genérica y apuesta por disposiciones específicas, diseñadas para ser aplicadas fundamentalmente en Internet.

3.3. De un modelo reactivo a un modelo proactivo

Probablemente una de las notas más características de la regulación de Internet desde sus orígenes ha sido la limitación de la responsabilidad de los intermediarios por los contenidos ajenos que transmiten u ofrecen, al no tener sobre ellos una responsabilidad editorial⁵⁰. Esta exclusión de la responsabilidad se incluyó por vez primera en la *Telecommunications Decency Act 1996*, y ha sido posteriormente acogida por la normativa de muy diferentes países, muy señaladamente por el artículo 15 de Directiva Europea del Comercio Electrónico del año 2000⁵¹.

De acuerdo con ella, los prestadores de servicios en Internet que trabajan con contenido ajeno – sean servidores, buscadores, plataformas, redes sociales- ni responden de la legalidad de dicho contenido ni tienen una obligación general de supervisión respecto del mismo. Conforme con la normativa más extendida en la materia, solo responderán de dicho contenido si, una vez obtengan conocimiento efectivo de su ilegalidad, no procedan a retirarlo con la debida diligencia. Se establece, de este modo, un paradigma de supervisión y protección de los usuarios

⁵⁰ ELKIN-KOREN, Niva *et al.*, «Is It Time to Abolish Safe Harbor? When Rhetoric Clouds Policy Goals», *Stanford Law & Policy Review*, núm. 31(1), 2020, p. 3.

⁵¹ Sobre el particular, puede consultarse una aproximación general en CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, «La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis (dir.), *Internet y los derechos de la personalidad*, 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 99-142.

esencialmente reactivo *-notice and take down-*, que se activa cuando un prestador recibe una denuncia sólidamente fundada por parte de un perjudicado.

La exención de responsabilidad *-safe harbor provisions*, como se conocen en inglés- facilitó un rápido desarrollo de la Red, un crecimiento exponencial de las redes sociales y una explosión de contenido generado y compartido por usuarios, legal e ilegal, inocuo y nocivo⁵². En cualquier caso, es indudable que también ha dificultado la protección de los menores en Internet y la respuesta jurídica eficaz frente a los incumplimientos legales. Y ello porque, mientras que responsabilizar a plataformas y redes sociales puede resultar factible –muchas de ellas son corporaciones solventes y conocidas-, hacer lo propio con usuarios individuales, a menudo anónimos y ubicados en cualquier parte del globo, resulta infinitamente más complejo.

En este contexto normativo las redes sociales y plataformas han podido desarrollar sus modelos de negocio prestando una atención residual a la lucha contra el contenido ilegal y la protección de sus usuarios más jóvenes, lo que ha propiciado un entorno digital indiscutiblemente inseguro para ellos.

Esta opción normativa, que quizá en su día pudo ser razonable, en fechas recientes ha sido puesta progresivamente en entredicho, a medida que las premisas sobre las que sostenía se han ido diluyendo⁵³. En primer lugar, la exención da por hecho que el negocio de plataformas o redes sociales es independiente del contenido controvertido que alojan o transmiten, cuando esto evidentemente no es así. En segundo lugar, la exención tiende a tratar a estas empresas como transmisores neutrales del contenido, cuando esa transmisión implica una toma de decisiones –normalmente algorítmicas- que nunca es neutral, dando mayor o menor visibilidad a un contenido. Y, en tercer lugar, porque la exención parte de la base de que las plataformas y redes no pueden controlar el alud de contenido que alojan, mientras que lo cierto es que lo vienen haciendo desde hace al menos un lustro para optimizar la extracción de datos personales de sus usuarios⁵⁴.

Por todo ello, las normas de nuevo cuño –y las autoridades llamadas a aplicarlas- han comenzado a cuestionar esta exención de responsabilidad por contenidos ajenos, a fin de luchar de forma más efectiva contra distintos contenidos ilegales o problemáticos: discurso del odio, contenido contrario a la propiedad intelectual, *fake news*, incitación al terrorismo, etc. Sin abandonar formalmente la lógica de las *safe harbor provisions* y del sistema de *notice and take down*, la normativa aplicable a Internet progresivamente ha ido imponiendo a determinados prestadores de servicios un mayor número de obligaciones, exigiéndoles una aproximación mucho más proactiva en la defensa de los usuarios más jóvenes.

⁵² Sobre cómo la exención de responsabilidad contribuyó al desarrollo de Internet tal y como hoy lo conocemos, véase: FROSIO, en *Research Handbook on EU Internet Law*, p. 256.

⁵³ La primera norma que responsabiliza directamente a las plataformas por contenido ilegal de terceras personas es la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital.

⁵⁴ DE MIGUEL ASENSIO pone en tela de juicio el carácter pretendidamente neutral de ciertas plataformas en: «Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de Servicios Digitales», *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, p. 16. En idéntico sentido, BUITEN, Miriam, «The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation», *JIPITEC*, núm. 12, 2021, p. 372.

En efecto, a fin de ser eximidos de responsabilidad, la nueva normativa impone a ciertas plataformas y buscadores un deber de diligencia, que se concreta en diferentes medidas tendentes a configurar sus entornos de una manera más segura para los menores. Estas medidas protectoras deben adaptarse a los riesgos propios de cada servicio, para lo que será necesario realizar una evaluación de riesgos, un seguimiento y ciertas auditorías periódicas, como exigen algunas normas. Aquellas plataformas que adopten medidas garantistas podrán acreditar la diligencia debida y no responderán de posibles perjuicios ocasionados a los menores en sus entornos. Por el contrario, las que no hayan adoptado estas medidas previas podrán ser responsabilizadas por daños y perjuicios, sin poder ampararse en la retirada *a posteriori* del material controvertido o ilegal, como hasta ahora permitía el sistema de *notice and take down*. Muchas de estas medidas garantistas proactivas –v.g. evaluaciones de riesgos, presunciones legales de responsabilidad, auditorías– se ha importado del Derecho del medio ambiente, pionero en la gestión de riesgos derivados de la tecnología⁵⁵.

Veamos cómo las nuevas normas reguladoras de Internet asumen este enfoque proactivo de la protección de los menores.

En los Estados Unidos, varias de las propuestas normativas que se están discutiendo a nivel federal contienen medidas proactivas en la línea señalada. En concreto, la Sección III de la *Kids Online Safety Act* (KOSA) (2022), bajo el título «Deber de cuidado» (*Duty of care*), exige a las plataformas digitales –entre las que se encuentran las redes sociales– la adopción de medidas para prevenir y mitigar los perjuicios a los menores, señalando específicamente los riesgos asociados a su salud mental, adicciones, violencia física o explotación sexual. De acuerdo con su sección VI, las plataformas colaborativas con más de 10 millones de usuarios mensuales deberán publicar un informe anual, basado en una auditoría independiente, en el que describan los riesgos previsibles a que se enfrentan los menores en su plataforma y las medidas que están tomando para reducirlos.

Descendiendo a normativa estatal, traemos a colación la *Social Media Regulation Amendments (Harm to Minors by Algorithmically Curated Social Media Service)* (HB 464), del Estado de Utah. Esta norma abre la puerta a exigir indemnizaciones de hasta 10.000 euros a aquellas redes sociales que recomiendan contenido personalizado algorítmicamente, cuando un profesional sanitario diagnostique perjuicios de salud mental a niños ocasionados por un uso excesivo de dichas plataformas. Pues bien, en la línea de incentivar su actitud proactiva, las plataformas que adopten medidas de protección de los menores –tales como reducir el uso a tres horas al día, restringir el acceso entre las 22.30 y las 6.30 horas o desactivar los mecanismos para retener más tiempo a los usuarios– gozarán de una presunción de diligencia (*due diligence*) y podrán exonerarse de su eventual responsabilidad por los perjuicios mentales diagnosticados⁵⁶.

⁵⁵ Una aproximación al Derecho del medio ambiente como derecho de gestión de riesgos, y a sus peculiares fórmulas de regulación pueden consultarse en: ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente*, 4ª, Marcial Pons, Barcelona, 2017.

⁵⁶ Véase la sección 4 de la HB. La norma establece una presunción de responsabilidad en contra de la industria, presunción que puede ser destruida mediante el establecimiento de esas medidas garantistas. Sobre esta fórmula de prevención de riesgos en entornos de incertidumbre, véase ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, 4ª, 2017, p. 69-70. Otra norma que presta atención al diseño, en este caso de las páginas de citas a través de Internet, es la *Online-Facilitated Misconduct & Remote Tracking* del Estado de Colorado (SB 11, de 2024), con previsiones relativas a la verificación de la edad de los usuarios y a los sistemas de denuncia de actitudes inadecuadas o ilegales, que necesariamente deben incluir las páginas. Cfr. su Sección 2.

En un sentido similar, y en la estela del Reino Unido, diferentes estados norteamericanos han aprobado normas sobre la protección de los menores desde el diseño de las plataformas digitales⁵⁷. A fin de no resultar reiterativos, nos remitimos a lo expuesto más adelante en relación con la norma británica.

En el ámbito Europeo, el RSD también impone a los prestadores ciertas obligaciones proactivas de protección de los menores en materia de datos personales, publicidad, diseño y contenidos potencialmente nocivos⁵⁸. Una primera novedad relevante se contiene en los artículos 19 y siguientes RSD, que establece unos estándares de celeridad, transparencia y contradicción para atender las reclamaciones de los usuarios. Como ha apuntado la doctrina, esas disposiciones convierten en principio de *notice and take down* en otro de *notice and take action*, en la medida en que no se limita a exigir la retirada de contenido indudablemente ilegal, sino que impone a las plataformas en línea unos deberes concretos en el tratamiento de las denuncias recibidas⁵⁹. Aun tratándose todavía de medidas reactivas y *a posteriori*, la norma europea impone a algunos prestadores la carga de revisar las reclamaciones con celeridad y resolverlas de forma transparente. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 28 RSD, los prestadores de plataformas en línea accesibles a los menores «establecerán medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar un elevado nivel de privacidad, seguridad y protección de los menores en su servicio», al tiempo que «no presentarán anuncios en su interfaz basados en la elaboración de perfiles (...) mediante la utilización de datos personales del destinatario del servicio cuando sean conscientes con una seguridad razonable de que el destinatario del servicio es un menor». Conforme a los artículos 34 y 35, las plataformas y motores de búsqueda de muy gran tamaño realizarán evaluaciones de impacto para detectar los riesgos que en su entorno amenazan a los menores y establecerán medidas para mitigarlos, de acuerdo con un deber de diligencia desarrollado en el Capítulo III de la norma. Finalmente, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 37, los operadores de muy gran tamaño se someterán a auditorías periódicas que evalúen su grado de diligencia en la implementación de las medidas protectoras. Como concluye FROSIO, sin renunciar a las previsiones de *safe harbor*, el RSD establece responsabilidades adicionales para los prestadores de servicios, cuyo cumplimiento puede ser supervisado por las autoridades administrativas competentes⁶⁰.

Como hemos tenido ocasión de apuntar, la normativa británica también ha realizado esfuerzos por adelantar la protección de los menores, haciéndola más preventiva que reactiva. En efecto, en el año 2020 en Reino Unido se aprobó el *Age appropriate design: a code of practice for online services*, que contiene un conjunto de quince estándares que deben guiar el diseño de plataformas

⁵⁷ La denominación más extendida de estas normas es *Age-appropriate Design Code*. Algunos estados que han aprobado estas normas son: California (AB 2273, 2022); Maryland (HB 603, 2024); Minnesota (HB 2257, 2023) o Nuevo México (SB 68, 2024).

⁵⁸ Cfr. Considerandos 71 y 89 RSD. En relación con las plataformas de muy gran tamaño, el Considerando 89 señala que «deben adoptar medidas a fin de proteger a los menores de contenidos que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral y proporcionar herramientas que permitan el acceso condicional a dicha información».

⁵⁹ SCHWEMER, Sebastian Felix, «Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more», en SAVIN, Andrej y TRZASKOWSKI Jan (eds.), *Research Handbook on EU Internet Law*, 2ª, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2023, p. 247.

⁶⁰ FROSIO, en *Research Handbook on EU Internet Law*, p. 259.

y dispositivos digitales que traten datos de menores de edad. Entre esos estándares, podemos destacar la importancia de las evaluaciones de impacto, la transparencia y el control parental.

El panorama normativo descrito evidencia un cambio de modelo regulatorio. De un paradigma reactivo y articulado en torno a la responsabilidad extracontractual por daños, típico de los sectores liberalizados, se ha pasado a otro proactivo, articulado en torno a la gestión de riesgos y al diseño garantista por defecto, característico de los llamados sectores regulados y del Derecho del medio ambiente⁶¹. En este nuevo paradigma, el consentimiento del interesado pierde relevancia y es progresivamente sustituido por una obligación de protección por defecto, particularmente cuando los interesados ocupan una posición de vulnerabilidad, en la que la autonomía y libertad para aceptar las condiciones de un determinado servicio resultan más que dudosas⁶².

3.4. De la preocupación por el contenido a la preocupación por el diseño

Tradicionalmente, las normas de protección de menores en el ámbito audiovisual han centrado su atención en los contenidos potencialmente nocivos: violencia, pornografía, consumo de drogas, etc. Junto con ello, también ha sido un clásico objeto de regulación la publicidad, tanto en lo relativo al bien promocionado entre los niños (restringiendo la publicidad de ciertos productos, v.g. el alcohol), como a su forma de promoción (prohibiendo, por ejemplo, la presentación de menores en situaciones peligrosas o la invitación a adquirir directamente un producto)⁶³.

La primera generación de normas de Internet fue muy parca a la hora de establecer garantías específicas para los menores. En cualquier caso, del quehacer de los poderes públicos y de los esfuerzos autorreguladores de la propia industria se desprende que la preocupación por proteger a los menores en Internet siguió la estela de la normativa audiovisual, centrándose en los dos frentes apuntados: los contenidos nocivos y la publicidad. A estos dos frentes habría que añadir, progresivamente, la preocupación por la protección de sus datos y su intimidad⁶⁴. Resulta

⁶¹ BUITEN, *JIPITEC*, núm. 12, 2021, p. 379. En el ámbito del medio ambiente, describe muy bien este cambio de paradigma de «la policía administrativa y el orden público a la gestión de riesgos y la opción por el riesgo permitido» ESTEVE PARDO en *REDUR*, núm. 4, 2006, pp. 10 y ss.

⁶² En relación con la privacidad por defecto, resultan pioneras las intuiciones de CAVOUKIAN. Cfr., entre otros trabajos, CAVOUKIAN, Ann, «Privacy by design», *IEEE Technology and Society Magazine*, núm. 31 (4), 2012, pp. 18-19. La reforma normativa planteada en noviembre de 2024 por el gobierno australiano incluye la propuesta de aprobar una norma específica sobre el “deber de cuidado digital” (*Digital Duty of Care*). Cfr. Minister for Communications, Second reading speech, Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024, 21.09.2024. Disponible en: <https://minister.infrastructure.gov.au/rowland/speech/online-safety-amendment-social-media-minimum-age-bill-2024-second-reading-speech> (última visita: 25.11.2024).

⁶³ A título ejemplificativo, véase los arts. 11.a y 16 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, de Televisión sin Fronteras.

⁶⁴ Valga un espigado relativamente aleatorio de legislación, literatura gris e iniciativas para avalar la afirmación precedente. En el ámbito estadounidense, podemos referirnos a la *Children's Internet Protection Act* 2000 (CIPA), que garantiza la instalación de filtros de contenidos en los ordenadores de escuelas y bibliotecas públicas; así como a la *Children's Online Privacy Protection Act* 1998 (COPPA), que regula la protección de datos de los menores en la Red. En el ámbito europeo, destacamos la Recomendación 98/560/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, orientada a la creación de un marco garantista para los menores en los servicios audiovisuales y de información; y la Recomendación 2006/952/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información.

ilustrativo, en esta línea, el artículo 18.2 de la LSSI española, que prevé: «cuando su contenido pueda afectarles, los códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias». Como puede verse, el legislador del año 2002 reduce todo potencial perjuicio para los menores en Internet a aquellos que pueden ocasionar los contenidos, sin atender a perjuicios provenientes del diseño.

Pues bien, sin desatender la protección en dichos frentes, la normativa de segunda generación incorpora disposiciones relativas al diseño de los servicios prestados a través de Internet. Estas previsiones responden a la evidencia de que el diseño de ciertas aplicaciones y plataformas de Internet, en las que están muy presentes los menores de edad, no es neutral, sino que determina en buena medida el bueno o mal uso que se hace del servicio. El diseño de una aplicación o servicio, en efecto, puede incentivar su uso sensato o imprudente, moderado o adictivo. Habida cuenta de que el interés empresarial a menudo incentiva la maximización del tiempo de uso de las aplicaciones y de los datos extraídos del usuario –lo que no raras veces se persigue explotando sus sesgos cognitivos y debilidades psicológicas-, no es de extrañar que esta nueva generación de normas procure poner coto a dichas prácticas empresariales, imponiendo exigencias al diseño para proteger a los usuarios, particularmente cuando estos son menores de edad.

Veamos algunas de las previsiones que se están adoptando y discutiendo en esta dirección.

En los Estados Unidos, entre las propuestas normativas a nivel federal, presta una atención particular al diseño de las plataformas la *Social Media Addiction Reduction Technology Act* (SMART Act), presentada en el año 2019⁶⁵. La finalidad de la SMART Act es prohibir a las redes sociales el recurso a mecanismos que, aprovechándose de los sesgos y debilidades de la mente humana, reducen la libertad de elección de sus usuarios y fomentan el uso compulsivo o adictivo de las redes⁶⁶. Entre otras medidas, la norma pretende reducir por defecto el tiempo diario de uso de cada plataforma a 30 minutos, así como limitar el *scroll* infinito, la reproducción automática de contenido o la entrega de recompensas a los usuarios como premio a un mayor tiempo de uso o a la cesión de más datos. Aunque la tramitación de esta norma se encuentra paralizada y resulta dudoso que termine aprobándose, su tenor literal ha inspirado otras normas estatales que sí han llegado a buen puerto, y que presentamos a continuación. Medidas muy similares se encuentran en otro proyecto de ley federal que ha concitado un mayor apoyo, la *Kids Online Safety Act* (KOSA) (2022), cuya eventual aprobación resulta más plausible⁶⁷.

A nivel estatal, destacamos dos regulaciones aprobadas en Utah. En primer lugar, la *Social Media Regulation Amendments* (SB 194), que exige a los servicios de redes sociales deshabilitar ciertos

en línea. A nivel tanto internacional como nacional son muchas las iniciativas autorreguladoras y de fomento en este sentido. Por su alcance internacional, valga referirse a los esfuerzos de la *Internet Content Rating Association* (ICRA), que incentivó el etiquetado de contenidos de Internet; y a los sucesivos programas europeos *Safer Internet*, que desde 1999 y hasta hoy aspiran a la creación de una Red más segura, con particular atención hacia los contenidos accesibles para los usuarios más jóvenes.

⁶⁵ Véase las secciones 3 y 4 del proyecto de ley.

⁶⁶ Sobre la cuestión del diseño adictivo de las redes, su restricción por vía legal y la SMART Act, resulta de interés: SAPONE, Larissa, «Moving Fast & Breaking Things: An Analysis of Social Media's Revolutionary Effects on Culture and Its Impending Regulation», *Duquesne Law Review*, núm. 59, 2021, pp. 362-386.

⁶⁷ Véase la sección 4 de KOSA.

mecanismos para captar y retener la atención de los usuarios menores, como el *scroll* infinito, el *autoplay* o ciertas notificaciones emergentes⁶⁸. Y, en segundo lugar, la *Social Media Regulation Amendments (Harm to Minors by Algorithmically Curated Social Media Service)* (HB 464), que, como hemos señalado anteriormente, incorpora incentivos a las redes para que establezcan medidas protectoras desde el diseño y por defecto. Normativa similar a la de Utah ha sido aprobada en otros estados, como California (SB 976, *Protecting Our Kids from Social Media Addiction Act*, de 2024), Colorado (HB 1136, *Healthier Social Media Use by Youth* de 2024) o Nueva York (SB 7694, *Stop Addictive Feeds Exploitation (SAFE) for Kids Act*, de 2024)⁶⁹. En materia de protección de datos, y en la estela de una normativa británica de 2020, diferentes Estados han aprobado estándares para el diseño garantista de servicios a los que presumiblemente acceden menores de edad⁷⁰. Las líneas maestras de estos códigos son analizadas un poco más adelante, al presentar las regulaciones irlandesa y británica.

En el ámbito europeo, tanto el RGPD (2016) como el RSD (2022) contienen previsiones referidas al diseño de los servicios de Internet y sus interfaces. En cuanto al RGPD, su artículo 25 consagra el principio de protección de datos desde el diseño y por defecto. Resulta interesante subrayar que, con fundamento en el citado artículo, ya existen sanciones administrativas a portales pornográficos por no incorporar medidas de protección por defecto tendentes a evitar el acceso de los usuarios menores de edad⁷¹. El RSD, por su parte, otorga una importancia fundamental a la protección de los usuarios desde el diseño. Así lo acreditan las referencias expresas al diseño en ocho de sus considerandos, uno de los cuales, el 89, está referido específicamente a los menores de edad⁷². Ya en su articulado, el artículo 25.1 prohíbe que las plataformas en línea diseñen sus interfaces «de manera que engañen o manipulen a los destinatarios del servicio o de manera que distorsionen u obstaculicen sustancialmente de otro modo la capacidad de los destinatarios de su servicio de tomar decisiones libres e informadas». El artículo 34.1, aplicable a los prestadores de muy gran tamaño, impone evaluaciones de riesgos derivados del diseño, entre los que se mencionan aquellos que puedan afectar a los derechos del niño. El artículo 35.1.a, por su parte, exige la adopción de medidas para adaptar los diseños y reducir los riesgos detectados. Todavía en el ámbito comunitario, el Parlamento Europeo aprobó una resolución en diciembre de 2023 invitando a la Comisión a tomar medidas concretas para evitar el diseño adictivo de los servicios en línea, a fin de proteger más eficazmente a sus usuarios⁷³. Entre las medidas sugeridas se encontraban algunas de las ya mencionadas al comentar la normativa estadounidense: la prohibición del *scroll* infinito, de la reproducción automática predeterminada, de las notificaciones *push* y de los sistemas aleatorios de recompensa.

⁶⁸ Véase la sección 5 de la SB.

⁶⁹ La norma de Colorado hace hincapié en medidas de carácter educativo e informativo; entre ellas, por ejemplo, exige en ciertos casos la presentación de una advertencia a los usuarios menores de edad cuando llevan más de una hora en una red social en un período de 24 horas; o la presentación de información sobre el impacto de un uso excesivo de las redes en el desarrollo cerebral y en la salud física y psíquica (véase su Sección 4).

⁷⁰ Así, los *Age-Appropriate Design Code* de California (AB 2273); Maryland (HB 603); o Nuevo México (SB 68).

⁷¹ Se trata de las Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos 555/2021, de 31 de octubre de 2022 y 554/2021, de 22 de marzo de 2023. Ambas resoluciones sancionan varias infracciones, ascendiendo su montante total a 70.000 y 525.000 euros, respectivamente. La cuestión del tratamiento de datos de los menores se analiza en los Fundamentos Jurídicos XIX (Resolución 554/2021) y XXIII (Resolución 555/2021).

⁷² Cfr. Considerandos 67, 79, 81, 83, 84, 87, 89 y 96.

⁷³ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2023, sobre el diseño adictivo de los servicios en línea y la protección del consumidor en el mercado único de la Unión (2023/2043(INI)).

Las previsiones contenidas en los Reglamentos europeos mencionados han sido objeto de diferentes concreciones en los Estados miembros. Entre las mismas, valga destacar a título de ejemplo la guía de la autoridad de protección de datos irlandesa: «*Children Front and Centre: Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing*», conocida como «*the Fundamentals*». Este documento, aprobado en diciembre de 2021 en desarrollo de la *Data Protection Act 2018*, va dirigido a todas las organizaciones que ofrecen servicios dirigidos a menores o a los que presumiblemente acceden menores de edad y tratan sus datos personales. A lo largo de sus 14 principios (o *fundamentals*) se encuentran numerosas recomendaciones relativas a la protección desde el diseño y por defecto, tales como desactivar por defecto la geolocalización; no hacer visible el perfil de los menores de edad a terceras personas sin consentimiento paterno; o evitar los incentivos (*nudges*) para compartir más datos personales.

Allende el ámbito de la Unión Europea, volvemos a referirnos al británico *Age Appropriate Design: A Code of Practice for Online Services*. Este código, aprobado en 2020 y en vigor desde septiembre de 2021, ha resultado pionero en su género y ha servido de modelo para normativa similar en otros estados (v.g. Irlanda, California, Maryland y Nuevo México)⁷⁴. El código británico es un corolario de su normativa de protección de datos, y se articula en torno a quince estándares que los prestadores de servicios que tratan datos de menores deben respetar. Entre esos estándares, se encuentran algunos de los que ya hemos referido: verificación de la edad, opciones garantistas por diseño, lenguaje informativo claro, minimización de datos, desactivación de la geolocalización, control parental, limitación de incentivos, etc. El código pivota sobre la evaluación de riesgos y la adopción proactiva de medidas para prevenirlos⁷⁵.

El puñado de normas presentado evidencia cómo el foco de los legisladores y agencias reguladoras se ha ampliado, incluyendo de forma muy significativa el diseño de las plataformas y redes sociales de Internet, cuyos efectos perniciosos para los niños pueden ser más punzantes que los producidos por los propios contenidos.

4. Primeras consecuencias del nuevo paradigma regulatorio

Para finalizar nuestro estudio, nos gustaría destacar dos consecuencias de esta nueva generación de normas tuitivas.

La primera es la profundización en ciertos debates jurídicos acerca de los límites de la libertad de expresión y la libertad de empresa, cuya concepción maximalista puede erosionar derechos e intereses públicos muy relevantes, como el bienestar de los menores. La tramitación de normas como las aquí descritas propicia que esos debates jurídicos rebasen los márgenes de lo académico y lleguen a Parlamentos y a las más altas instancias judiciales, lo que sin duda resulta positivo a fin de contrastar argumentos y aquilatar el equilibrio entre derechos e intereses generales en liza en el entorno digital, siempre tan dinámico y cambiante. Esto es lo que está sucediendo, por ejemplo, en los Estados Unidos, donde muchas de las normas que hemos presentado han dado lugar a batallas judiciales con la Primera Enmienda como telón de fondo, llegando incluso al

⁷⁴ Cfr. *Children Front and Centre: Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing* en Irlanda; o los *Age-Appropriate Design Code Act* de California (AB 2273), Maryland (HB 603); o Nuevo México (SB 68, que finalmente no fue aprobada).

⁷⁵ Véase el Estándar 2 del Código.

Tribunal Supremo⁷⁶. En Francia, el Tribunal Constitucional ha tenido también ocasión de pronunciarse en relación con la constitucionalidad de dejar en manos de una autoridad administrativa (ARCOM) la evaluación de los sistemas de verificación de la edad de los portales pornográficos⁷⁷.

En esta línea, considero positivo que los legisladores y las agencias reguladoras se muestren algo más audaces en sus pretensiones protectoras, aun cuando en ocasiones su celo pueda ser posteriormente considerado excesivo en sede judicial, con la consiguiente anulación de una norma o decisión administrativa. Y ello porque hasta muy recientes fechas ha prevalecido una actitud tan cauta y pasiva que la protección de los menores ha brillado prácticamente por su ausencia. Sin proponer el recurso indiscriminado al método de ensayo-error en un ámbito tan sensible como el de los derechos fundamentales, resulta evidente que en asuntos tan complejos no se da con la solución perfecta a la primera, de modo que las tentativas resultan imprescindibles, y no es de extrañar que a veces se peque por carta de más y por exceso. Quizá, por una vez, este pecado pueda ser una buena noticia, y eventuales reveses judiciales no deberían ser óbice para nuevos ensayos más matizados, orientados a salvaguardar los derechos de los menores en Internet.

La segunda consecuencia de estas normas de nuevo cuño ha sido la apertura de algunos expedientes sancionadores por no respetar los derechos de los menores en Internet, circunstancia prácticamente inédita hasta la fecha. Con carácter meramente ilustrativo y sin ánimo de exhaustividad, consignamos algunos de estos procedimientos, cuya heterogeneidad no empee que todos ellos respondan al cambio de paradigma que hemos descrito.

En septiembre de 2022, la agencia de protección de datos irlandesa impuso a Meta una sanción de 405 millones de euros, por hacer públicos datos de usuarios menores de edad en Instagram y establecer perfiles por defecto demasiado abiertos⁷⁸. En España, en octubre de 2022 y marzo de 2023 la AEPD impuso las dos primeras sanciones administrativas de su historia a páginas pornográficas por no incluir sistemas de verificación de la edad fiables⁷⁹. En abril de 2023, la agencia de protección de datos británica impuso a TikTok una sanción de 12,7 millones de libras por infringir la normativa de protección de datos, entre otros motivos, por no adoptar medidas

⁷⁶ Es el caso de la ley tejana HB 1181, sobre verificación de la edad en Internet, cuya compatibilidad con la Primera Enmienda está siendo discutida en el Tribunal Supremo al momento de redactarse estas líneas. Otro ejemplo lo ofrece la *Social Media Safety Act 2023* de Arkansas (SB 396), que exigía el consentimiento paterno para que los menores de 18 años se abrieran un perfil en una red social y fue declarada inconstitucional por un juez federal. Cfr. «Judge blocks law requiring parental consent for kids to use social media», *Politico*, 31.08.2023. Disponible en: <https://www.politico.com/news/2023/08/31/judge-arkansas-law-parental-consent-social-media-00113696> (última visita: 16.10.2024).

⁷⁷ Sentencia n° 2024-866 DC de 17 de mayo de 2024. La sentencia entiende que las previsiones legales impugnadas, en lo relativo a la protección de los menores frente a contenido pornográfico en Internet, eran conformes con la Constitución.

⁷⁸ «Data Protection Commission announces decision in Instagram Inquiry», Nota de prensa, 22.09.2022, Data Protection Commission, Dublín. Disponible desde: <https://www.dataprotection.ie/en/news-media/press-releases> (última visita: 16.10.2024).

⁷⁹ Se trata de las Resoluciones 555/2021, de 31 de octubre de 2022 y 554/2021, de 22 de marzo de 2023. Ambas resoluciones sancionan varias infracciones, ascendiendo su montante total a 70.000 y 525.000 euros, respectivamente. Un análisis más detenido de estas resoluciones puede consultarse en: MARTÍNEZ OTERO, Juan María, «La restricción del acceso de los menores de edad a la pornografía online: soluciones desde el derecho», *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 40, 2024, pp. 8-10.

proactivas para evitar que menores de 13 años abrieran perfiles en su plataforma⁸⁰. En ese mismo mes, la autoridad audiovisual francesa (ARCOM) envió tres requerimientos a portales pornográficos sin sistemas de verificación de la edad exigiéndoles la implementación de los mismos, bajo amenaza de sanciones administrativas y de bloqueo judicial de sus plataformas⁸¹. En marzo de 2024, las autoridades italianas impusieron a TikTok una multa de 10 millones de euros, por vulnerar la normativa de protección de los consumidores. La infracción sancionada consistió en recomendar a usuarios menores de edad contenidos idóneos para amenazar su seguridad física y psíquica, en concreto una serie de vídeos sobre el desafío autolesivo de la «cicatriz francesa», consistente en pellizcarse el pómulo hasta producirse un hematoma. Aunque TikTok alegó su irresponsabilidad por los vídeos que proponían el desafío, pretendiendo la aplicación de la exención de responsabilidad prevista en la Directiva del Comercio Electrónico, la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* desestimó sus pretensiones, al entender que jugó un papel activo al recomendar dichos contenidos y no adoptar medidas de vigilancia suficientes para evitar su extensión en el seno de su plataforma, de acuerdo con su propia política de defensa de los menores⁸².

La apertura de estos expedientes sancionadores constituye una muy buena noticia para la protección de los menores en Internet, que no es un mero desiderátum, sino una verdadera exigencia de justicia. La nueva determinación sancionadora que están manifestando distintas autoridades pone fin a la sensación de impunidad generalizada que se ha vivido en el entorno digital, abandonado a unas medidas protectoras autorreguladoras meramente cosméticas de muy dudosa efectividad. De cara a las familias, los educadores y los menores, se lanza el mensaje de que no están solos en su esfuerzo por proteger y protegerse frente a contenidos y diseños nocivos. De cara a la industria, se refuerza el compromiso de las empresas responsables, que venían adoptando medidas garantistas efectivas; y se amenaza a las demás, generando un incentivo para que las adopten. Y es que, como ha señalado ESTEVE PARDO, la autorregulación efectiva en los sectores económicos habitualmente no es fruto de un desinteresado afán proteccionista ni se motiva con normativa laxa e indulgente, sino que resulta de un cálculo de conveniencia de las empresas que toma en consideración la amenaza real de intervenciones públicas incisivas y rigurosas⁸³. En este sentido, un ejercicio sereno de la potestad sancionadora resulta imprescindible para prevenir incumplimientos legales y promocionar buenas prácticas en un determinado sector, también en el de las plataformas y los servicios prestados a través de Internet⁸⁴.

⁸⁰ «ICO fines TikTok £12.7 million for misusing children's data», nota de prensa de 4.04.2023, Information Commissioner's Office (ICO). Disponible desde: <https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/news-and-blogs/> (última visita: 16.10.2024).

⁸¹ Más información sobre estas cartas puede consultarse en BLOCMAN, Amélie, «Contenus pornographiques: l'Arcom met en demeure trois sites internet d'installer une solution de contrôle d'âge plus forte qu'une simple déclaration de majorité», Observatorio Europeo Audiovisual, *IRIS*, núm. 5:1/13, 2023.

⁸² Resolución de la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 5 de marzo de 2024, pto. 79.

⁸³ ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, 4ª, 2017, pp. 138-139.

⁸⁴ Como apunta FRIEDMAN, junto a la presión social y a la conciencia personal, los premios y castigos son una razón esencial –y, a menudo, un mecanismo irrenunciable– para respetar una determinada disposición legal. Cfr. FRIEDMAN, Lawrence M., *Impact*, Harvard University Press, Cambridge, 2016, pp. 96 y ss.

5. Conclusiones

Desde el año 2018, muchos países de nuestro entorno cultural están adaptando su ordenamiento jurídico para proteger de forma más eficaz a los menores en el contexto de las plataformas y redes sociales de Internet.

En el presente artículo, tras analizar las causas de esta «primavera» regulatoria, hemos expuesto las líneas maestras de estas normas de nuevo cuño, incidiendo en sus diferencias respecto de las normas de primera generación, aquellas que protegieron a los menores desde los albores de la regulación de Internet. Para ello, hemos prestado atención a la normativa estadounidense y europea, tanto federal y comunitaria como estatal.

A la hora de determinar las causas de surgimiento de esta nueva generación de normas, hemos atendido a tres cambios culturales o de contexto: (1) el progresivo abandono del optimismo tecnófilo que caracterizó los primeros compases de la Red; (2) el paulatino surgimiento de nuevos peligros para los menores en Internet, más allá de los derivados del acceso a contenidos nocivos; y (3) la impresionante generalización y penetración de Internet y de sus plataformas en la vida cotidiana de sus usuarios, especialmente de los más jóvenes.

En cuanto a los cambios en el paradigma regulador, los hemos resumido en cuatro vectores: (1) de un modelo liberalizado a un modelo intervencionista, caracterizado por una regulación y supervisión pública más incisivas; (2) de una protección genérica, ofrecida por normas concebidas para un contexto *off line*, a una protección específica, recogida en normas diseñadas para entornos digitales; (3) de un modelo de protección reactivo, típico del Derecho de daños, a un modelo proactivo y preventivo, propio del Derecho medioambiental y de la gestión de riesgos; y (4) de un modelo que gravita en torno a la protección frente a contenidos nocivos, a un modelo más centrado en el diseño o arquitectura de decisión de las plataformas.

Las primeras consecuencias de esta nueva normativa no han tardado en hacerse sentir. De un lado, se han avivado debates jurídicos en torno a las libertades de expresión y empresa y sus límites, que resulta pertinente afrontar a la luz de las nuevas posibilidades que ofrece Internet. De otro lado, numerosas autoridades nacionales han comenzado a adoptar medidas restrictivas y sancionadoras más severas, lo que sin duda constituye una buena noticia para la causa de la protección de los menores en Internet. Y ello independientemente de su eventual anulación en sede judicial, lo que en su caso será una oportunidad para afinar el instrumental protector.

La causa de la protección de los menores en Internet es y será siempre una causa abierta. El esfuerzo que se constata desde 2018 por parte de legisladores de todo el mundo para adaptar los ordenamientos jurídicos al nuevo contexto digital y proteger más eficazmente a los menores resulta muy positivo. Resta por ver si se trata de un esfuerzo sostenido, sobre todo cuando lleguen los primeros reveses judiciales; resta por ver si ese esfuerzo es secundado por los demás poderes públicos llamados a aplicar las normas, principalmente las autoridades administrativas y judiciales; y resta por ver si los poderes fácticos –especialmente las grandes corporaciones globales de Internet- se suman a dicho esfuerzo en la construcción de un Internet más seguro para los más jóvenes, aunque ello implique una merma en su cuenta de resultados.

Sea de ello lo que fuere, concluimos compartiendo nuestra convicción de que los últimos pasos que se están dando, y que a lo largo del presente estudio hemos tenido ocasión de rastrear, apuntan en una buena dirección.

6. Bibliografía

BLANTON, Zackary, «Moving the United States into the 21st Century for Children's Online Privacy Rights», *Journal of Technology Law and Policy*, núm. 28, 2023, pp. 1-23.

BLEVINS, John, «The use and abuse of *light-touch* Internet regulation», *Boston University Law Review*, núm. 99, 2019, pp. 177-232.

BLOCMAN, Amélie, «Contenus pornographiques: l'Arcom met en demeure trois sites internet d'installer une solution de contrôle d'âge plus forte qu'une simple déclaration de majorité», Observatorio Europeo Audiovisual, *IRIS*, núm. 5:1/13, 2023.

BOIX PALOP, Andrés, «La LSSI y las diversas concepciones sobre la extraterritorialidad de las limitaciones a la libre expresión derivadas de la cláusula de orden público», *Revista de Derecho*, núm. 2, 2003, pp. 1-21.

BUITEN, Miriam, «The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation», *JIPITEC*, núm. 12, 2021, pp. 361-380.

CARR, Nicholas, *Superficiales. ¿Qué está haciendo Internet con nuestras mentes?*, Taurus, Barcelona, 2011.

CAVOUKIAN, Ann, «Privacy by design», *IEEE Technology and Society Magazine*, núm. 31 (4), 2012, pp. 18-19.

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, «La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis (dir.), *Internet y los derechos de la personalidad*, 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 99-142.

ELKIN-KOREN, Niva *et al.*, «Is It Time to Abolish Safe Harbor? When Rhetoric Clouds Policy Goals», *Stanford Law & Policy Review*, núm. 31(1), 2020, pp. 1-50.

ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente*, 4ª, Marcial Pons, Barcelona, 2017.

ESTEVE PARDO, José, «El Derecho del medio ambiente como Derecho de decisión y gestión de riesgos», *REDUR*, núm. 4, 2006, pp. 7-16.

FRIEDMAN, Lawrence M., *Impact*, Harvard University Press, Cambridge, 2016.

FROSIO, Giancarlo, «Platform responsibility in the Digital Services Act: constitutionalizing, regulating and governing private ordering», en SAVIN, Andrej y TRZASKOWSKI, Jan (eds.), *Research Handbook on EU Internet Law*, 2ª, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2023, pp. 253-270.

GARCÍA MEXÍA, Pablo, «El Derecho de Internet», en PÉREZ BES, Francisco (coord.), *El Derecho de Internet*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 17-39.

GOSZTONYI, Gergely, «Aspects of the History of Internet Regulation from Web 1.0 to Web 2.0», *Journal of European History of Law*, núm 13 (1), 2022, pp. 168-173.

GRIPENBERG, Pernilla *et al.*, «Challenging the Innovation Paradigm. The Prevailing Pro-Innovation Bias», en SVEIBY, Karl-Erik *et al.* (eds.), *Challenging the Innovation Paradigm*, Routledge, Nueva York, 2012, pp. 1-12.

HAIDT, Jonathan, *The Anxious Generation: How the Great Rewiring of Childhood Is Causing an Epidemic of Mental Illness*, Penguin Press, New York, 2024.

KEEN, Andrew, *Internet no es la respuesta*, Catedral, Madrid, 2016.

MANSELL, Robin, «New visions, old practices: policy and regulation in the internet era», *Continuum: journal of media & cultural studies*, núm. 25 (1), 2011, pp. 19-32.

MARSDEN, Christine, «Age-verification Laws in the Era of Digital Privacy», *National Security Law Journal*, núm. 10(2), 2023, pp. 210-244.

MARTÍNEZ-GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Salmones, hormonas y pantallas*, Planeta, Barcelona, 2023.

MARTÍNEZ OTERO, Juan María, «La restricción del acceso de los menores de edad a la pornografía online: soluciones desde el derecho», *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 40, 2024, pp. 1-12.

MARWICK, Alice *et al.*, *Child Online Safety Legislation. A primer*, Center for Information, Technology, Policy, Princeton, 2024.

MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de, «Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de Servicios Digitales», *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, pp. 1-47.

SAPONE, Larissa, «Moving Fast & Breaking Things: An Analysis of Social Media's Revolutionary Effects on Culture and Its Impending Regulation», *Duquesne Law Review*, núm. 59, 2021, pp. 362-386.

SAVIN, Andrej, «Regulating internet platforms in the EU – The emergence of the *Level playing field*», *Computer Law & Security Review*, núm. 34, 2018, pp. 1215-1231.

SCHWEMER, Sebastian Felix, «Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more», en SAVIN, Andrej y TRZASKOWSKI Jan (eds.), *Research Handbook on EU Internet Law*, 2ª, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2023, pp. 232-252.

WINSECK, Dwayne, «The Broken Internet and Platform Regulation: Promises and Perils», en FLEW, Terry y MARTIN, Fiona (eds.), *Digital Platform Regulation: Global Perspectives on Internet Governance*, Palgrave Macmillan, Londres, 2022, p. 229-257.

Anexo. Normativa citada

1. Estados Unidos

a. Normativa y proyectos a nivel federal

1. [Telecommunications Decency Act 1996](#)
2. [Child Pornography Prevention Act 1996](#)
3. [Child Online Protection Act 1998](#)
4. [Children's Online Privacy Protection Act \(COPPA\) 1998](#)
5. [Children's Internet Protection Act \(CIPA\) 2000](#)
6. [Social Media Addiction Reduction Technology Act \(SMART Act\) 2019-2020](#) (Proyecto)
7. [Kids Online Safety Act \(KOSA\) 2022](#) (Proyecto)
8. [Eliminating Abusive and Rampant Neglect of Interactive Technologies Act \(EARN IT Act\) 2022](#) (Proyecto)
9. [Protecting Kids on Social Media Act 2023](#) (Proyecto)
10. [Children and Teens' Online Privacy Protection Act \(Amended COPPA 2.0\) 2023](#) (Proyecto)
11. [Making Age-Verification Technology Uniform, Robust, and Effective Act \(MATURE Act\) 2023](#) (Proyecto)
12. [Kids privacy Act 2023](#) (Proyecto)
13. [Focus on Learning Act 2023](#) (Proyecto)

b. Normativa y proyectos a nivel estatal

14. Arkansas. SB 66 / Act 612. [To Create The Protection Of Minors From Distribution Of Harmful Material Act; To Establish Liability For The Publication Or Distribution Of Material Harmful To Minors On The Internet; And To Require Reasonable Age Verification](#). 2023.
15. Arkansas. SB 396 / Act 689. [To Create The Social Media Safety Act; To Require Age Verification For Use Of Social Media; And To Clarify Liability For Failure To Perform Age Verification For Use Of Social Media And Illegal Retention Of Data](#). 2023.
16. California. AB 2273. [California Age-Appropriate Design Code Act](#). 2022.
17. California. SB 976. [Protecting Our Kids from Social Media Addiction Act](#). 2024.
18. Colorado. HB 1136. [Healthier Social Media Use by Youth](#). 2024.
19. Colorado. SB 11. [Online-Facilitated Misconduct & Remote Tracking](#). 2024.
20. Florida. HB 2. [Online Protections for Minors Bill de Florida](#). 2024.
21. Luisiana. SB 162. [Secure Online Child Interaction and Age Limitation Act](#). 2023.
22. Luisiana. HB 577. [Prohibits social media companies from collecting data to use for targeted advertising to minors](#). 2024.
23. Maryland. HB 603. [Maryland Kids Code](#). 2024.
24. Minnesota. HB 2257. [Minnesota Age-Appropriate Design Code Act](#). 2023.
25. Mississippi. SB 2346. [Material harmful to minors; provide for liability for any entity that distributes on the internet without age verification](#). 2023.
26. Nueva York. SB 7694. [Stop Addictive Feeds Exploitation \(SAFE\) for Kids Act](#). 2024.
27. Nuevo México. SB 68. [Age-Appropriate Design Code Act](#). 2024. (No fue aprobada).
28. Tennessee. HB1891. [Protecting Children from Social Media Act](#). 2024.

29. Texas. HB 1181. [Relating to the publication or distribution of sexual material harmful to minors on an Internet website; providing a civil penalty](#). 2023.
30. Utah. SB 287. [Online Pornography Viewing Age Requirements](#). 2023.
31. Utah. SB 194. [Social Media Regulation Amendments](#). 2024.
32. Utah. HB 464. [Social Media Regulation Amendments \(Harm to Minors by Algorithmically Curated Social Media Service\)](#). 2024.
33. Virginia. SB 1515. [Harmful materials; civil liability for publishing or distributing to minors on the Internet](#). 2023.

2. Unión Europea

34. Directiva del Comercio Electrónico (DCE). [Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior](#).
35. Reglamento General de Protección de Datos (RGDP). [Reglamento \(UE\) 2016/679 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](#).
36. Directiva audiovisual (DSA). [Directiva 2018/1808/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual](#).
37. Directiva de derechos de autor. [Directiva \(UE\) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital](#).
38. Reglamento de Servicios Digitales (RSD). [Reglamento \(UE\) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE](#).

3. España

39. [Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen](#)
40. [Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor](#)
41. [Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, de Televisión sin Fronteras](#).
42. [Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico](#)
43. [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales](#)
44. [Anteproyecto de ley para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales](#). 2024.

4. Francia

- 45. [Ley n.º 2020-936, de 30 de julio de 2020, destinada a proteger a las víctimas de violencia doméstica.](#)
- 46. [Ley n.º 2023-566, de 7 de julio de 2023, sobre la mayoría de edad digital y la lucha contra el odio en línea.](#)
- 47. [Ley n.º 2024-449, de 21 de mayo de 2024, de seguridad y regulación del espacio digital.](#)

5. Italia

- 48. [Disposizioni per la tutela dei minori nella dimensione digitale.](#) 2024. (Proyecto).

6. Irlanda

- 49. [Data Protection Act.](#) 2018.
- 50. [Children Front and Centre: Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing.](#) 2021.
- 51. [Protection of Children \(Online Age Verification\) Bill.](#) 2024. (Proyecto).

7. Reino Unido

- 52. [Digital Economy Act.](#) 2017.
- 53. [Age Appropriate Design: A Code of Practice for Online Services.](#) 2020.
- 54. [Online Safety Act.](#) 2023.

8. Australia

- 55. [Online Safety Amendment \(Social Media Minimum Age\) Bill.](#) 2024. (Proyecto)

Compendio de jurisprudencia básica del capítulo II de la Ley de Competencia Desleal

Artículos 4 al 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

Sumario

-

Esta obra ofrece una recopilación de las interpretaciones judiciales más relevantes sobre los artículos 4 a 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. El capítulo II, dedicado a las conductas desleales, ha sido objeto de un gran desarrollo jurisprudencial, y esta obra detalla las decisiones clave de jueces y tribunales que han moldeado su aplicación práctica. Con el fin de servir como una herramienta útil para profesionales del derecho, empresarios y académicos, esta obra proporciona una guía que facilita la comprensión y aplicación efectiva de la Ley de Competencia Desleal.

Abstract

-

This work offers a compilation of the most relevant judicial interpretations of Articles 4 to 18 of Law 3/1991, of January 10, on Unfair Competition. Chapter II, dedicated to unfair practices, has been the focus of extensive case law, and this work details the key decisions by court and tribunals that have shaped its practical application. Designed to serve as a valuable resource for legal professionals, business leaders, and academics, this work provides a guide that enhances the understanding and effective application of the Unfair Competition Act.

Title: *Compendium of basic case law of chapter II of the Unfair Competition Act*

-

Palabras clave: Competencia desleal, jurisprudencia, engaño, confusión, denigración, comparación, imitación, aprovechamiento de la reputación ajena, secretos empresariales, publicidad, violación de normas, inducción a la infracción contractual, venta a pérdida

Keywords: *Unfair competition, case law, deception, confusion, disparagement, comparison, imitation, exploitation of another's reputation, trade secrets, advertising, violation of rules, inducement to breach of contract, loss leader selling*

-

1. La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: jurisprudencia general	1.1. La sustantividad propia de los actos de la LCD 1.2. El carácter restrictivo de la LCD 1.3. El demandante debe concretar el acto desleal que se quiera hacer valer con la demanda
2. La teoría de los círculos concéntricos	2.1. La relación de la propiedad intelectual e industrial con la competencia desleal 2.2. La teoría de los círculos concéntricos 2.3. Los requisitos de la complementariedad relativa
3. Cláusula general (Artículo 4 de la LCD)	3.1. Ámbito de aplicación 3.2. Requisitos 3.3. La cláusula general tiene un carácter autónomo 3.4. Es necesario identificar las razones en las que se funda la deslealtad de la conducta
4. Actos de engaño (Artículo 5 de la LCD)	4.1. El alcance de los actos de engaño 4.2. Requisitos 4.3. Los actos de engaño no requieren un elemento subjetivo 4.4. Es esencial identificar el grupo de consumidores en la demanda
5. Actos de confusión (Artículo 6 de la LCD)	5.1. Ámbito de aplicación 5.2. Requisitos 5.3. Tipos de confusión 5.4. Relación entre el artículo 6 y otros artículos de la LCD
6. Omisiones engañosas (Artículo 7 de la LCD)	6.1. Ámbito de aplicación de las omisiones engañosas 6.2. Requisitos
7. Prácticas agresivas (Artículo 8 de la LCD)	7.1. Ámbito de aplicación de las prácticas agresivas 7.2. Requisitos
8. Actos de denigración (Artículo 9 de la LCD)	8.1. Ámbito de aplicación 8.2. Requisitos 8.3. Actos de denigración en la publicidad
9. Actos de comparación (Artículo 10 de la LCD)	9.1. Ámbito de aplicación 9.2. Los actos de comparación y la publicidad comparativa 9.3. Requisitos 9.4. Los requisitos de los actos de comparación deben interpretarse en el sentido más favorable a la comparación 9.5. Las comparaciones implícitas 9.6. El concepto amplio de comparación 9.7. Las comparaciones deben ser analizadas en su conjunto 9.8. Una comparación objetiva no implica que deban compararse todos los competidores o todos los productos de los competidores 9.9. La comparación desleal en relación con los otros artículos de la LCD 9.10. Los actos de comparación con el uso de marcas y nombres comerciales
10. Actos de imitación (Artículo 11 de la LCD)	

- 10.1. Ámbito de aplicación
- 10.2. ¿Qué protegen los actos de imitación?
- 10.3. Requisitos
- 10.4. El carácter restrictivo de la deslealtad en la imitación
- 10.5. La imitación sistemática
- 10.6. Los actos de imitación y su relación con los artículos 6 y 12 de la LCD
- 11. Aprovechamiento de la reputación ajena (Artículo 12 de la LCD)**
 - 11.1. Ámbito de aplicación
 - 11.2. Requisitos
 - 11.3. La relación del artículo 12 con los otros artículos de la LCD
- 12. Violación de secretos (Artículo 13 de la LCD)**
 - 12.1. El secreto empresarial
 - 12.2. La violación del secreto empresarial
 - 12.3. La obtención, utilización y revelación lícitas de secretos empresariales
- 13. Inducción a la infracción contractual (Artículo 14 LCD)**
 - 13.1. Consideraciones generales: las tres modalidades de inducción contractual
 - 13.2. Cada una de las tres modalidades tiene sus propios requisitos
 - 13.3. Primer tipo: la inducción a la infracción contractual (14.1 de la LCD)
 - 13.4. Segundo tipo: la inducción a la terminación regular de un contrato
 - 13.5. Tercer tipo: la inducción en el aprovechamiento en beneficio propio de una infracción contractual ajena
- 14. Violación de normas (Artículo 15 Ley de la LCD)**
 - 14.1. Ámbito de aplicación
 - 14.2. Debe practicarse un juicio específico e independiente al de la ilegalidad de la actuación
 - 14.3. Los subtipos del artículo 15 de la LCD
 - 14.4. El artículo 15.1 de la LCD
 - 14.5. El artículo 15.2 de la LCD
 - 14.6. Deben especificarse las normas infringidas
 - 14.7. Es necesario probar la infracción de las normas infringidas
- 15. Discriminación y dependencia económica (Artículo 16 de la LCD)**
 - 15.1. Artículo 16.1 de la LCD: concepto y requisitos
 - 15.2. Artículo 16.2 de la LCD: concepto y requisitos
 - 15.2. Artículo 16.3 de la LCD: concepto y requisitos
- 16. Venta a pérdida (Artículo 17 de la LCD)**
 - 16.1. La venta a pérdida es, en principio, lícita
 - 16.2. Debe hacerse una interpretación restrictiva del precepto
 - 16.3. Requisitos
 - 16.4. El artículo 17.2.a de la LCD
 - 16.5. El artículo 17.2.b de la LCD
 - 16.6. El artículo 17.2.c de la LCD
- 17 Publicidad ilícita (Artículo 18 de la LCD)**
 - 17.1. La publicidad ilícita

1. La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: jurisprudencia general^{1*}

1.1. La sustantividad propia de los actos de la LCD²

- STS 822/2011, Civil, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2011:8836):

«Cada uno de los ilícitos concurrenciales de la Ley de Competencia Desleal tiene sustantividad propia y autonomía y da lugar a una modalidad de acción, la cual debe configurarse -identificarse e individualizarse- de forma precisa y concreta. La delimitación fáctica y jurídica de cada uno de los supuestos que permiten la incardinación de los tipos legales, general o específicos, de ilícito concurrencial corresponde a quien demanda, sin que le sea dable hacer una relación de hechos históricos, para a continuación diferir al Tribunal la selección del tipo que estima adecuado al caso (S 22 de noviembre de 2010)³. Ello no forma parte de la función jurisdiccional, ni se compagina con el principio de rogación, ni en definitiva lo permite la defensa de la otra parte, la cual, ante tal remisión genérica, se vería forzada a razonar el rechazo, para el caso, de todos y cada uno de los tipos legales, incluso el de cierre recogido en el art. 5 LCD. La elección de una u otra acción, o de varias acumuladas, corresponde a la parte interesada, la que tiene la carga procesal -imperativo del propio interés- de expresar con claridad, y no de forma farragosa y confusa (como se le imputa en el supuesto de autos) la concurrencia de los requisitos del ilícito correspondiente. No es asumible la opinión, porque obviamente no lo permiten el art. 218, ni el principio "iura novit curia", de que el Tribunal pueda aplicar un tipo diferente del indicado por la parte cuando la indicación es equivocada, ni que pueda suplir la falta de mención del precepto, salvo que en este caso fluya de manera natural e inequívoca de la descripción efectuada por el interesado.»

1.2. El carácter restrictivo de la LCD

- STS 720/2010, Civil, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:5885):

«Configura el sistema de la deslealtad ilícita en torno a unos presupuestos y la descripción de los actos que prohíbe, que por constituir un límite a la libertad de empresa deben ser interpretados de forma restrictiva.»

1.3. El demandante debe concretar el acto desleal que se quiera hacer valer con la demanda

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 17 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2009:15141):

«Conviene recordar que los artículos 5 a 17 de la Ley de Competencia Desleal tipifican determinadas conductas como constitutivas de actos de competencia desleal, de forma que su invocación supone la imputación al demandado o demandados de unos ilícitos concurrenciales determinados, que requieren para su apreciación del cumplimiento de los correspondientes presupuestos legales y jurisprudenciales, de tal forma que, para no ocasionar indefensión a la otra parte, es preciso que los mismos queden perfectamente claros en la demanda y, si no es así, que se aclaren en la audiencia previa, pues la defensa debe necesariamente articularse en torno a ellos. No

^{1*} Autor/a de contacto: Sergi Obach Soto (obachsotosergi@gmail.com).

² En adelante, "Ley de Competencia Desleal" o "LCD".

³ STS 720/2010, Civil, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:5885).

se puede obligar a los demandados a que se defiendan de todas las conductas ilícitas que pudieran derivarse de una calificación jurídica de oficio de los hechos vertidos indiscriminadamente en la demanda, sino que tienen derecho a conocer cuáles son las conductas ilícitas que se le imputan, para centrar en ellas su defensa.»

2. La teoría de los círculos concéntricos

2.1. La relación de la propiedad intelectual e industrial con la competencia desleal

- STS 95/2014, Civil, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:1107):

«La jurisprudencia sobre la relación entre las normas que regulan los derechos de exclusiva de propiedad industrial y las de competencia desleal, sigue el denominado principio de complementariedad relativa.

Como hicimos en la Sentencia 586/2012, de 17 de octubre⁴, hay que partir de algunas consideraciones generales sobre la distinta función que cumplen las normas de competencia desleal y la de marcas: "(p)ara resolver el conflicto de concurrencia de normas, hay que partir de que las respectivas legislaciones cumplen funciones distintas. La de marcas protege un derecho subjetivo sobre un bien inmaterial, de naturaleza real, aunque especial, con la eficacia "erga omnes" que es propia de tal tipo de derecho patrimonial. Dicha, protección está condicionada -como regla, que admite excepciones- al previo registro, no al uso -en tanto la caducidad no se declare-.

En definitiva, la legislación sobre marcas, en los sistemas de inscripción constitutiva, otorga protección al titular del signo si está registrado - también con anterioridad a ese momento, pero con un alcance limitado y provisional - y, en todo caso, con independencia de que el producto o el servicio marcado se hubieran introducido en el mercado. Además de ello, dicha legislación da amparo al signo tal como está registrado -en sus aspectos sustanciales-, no tal como es usado.

Por el contrario, la legislación sobre competencia desleal tiene como fin proteger, no el derecho sobre la marca, sino el correcto funcionamiento del mercado. Esto es, pretende ser un instrumento jurídico de ordenación de las conductas que se practican en él. Destinatario de la protección que otorga no es, por tanto, el titular de la marca, como tal, sino todos los que participan en el mercado y el mercado mismo.»

2.2. La teoría de los círculos concéntricos

- SAP Alicante, Sec. 8ª, de 26 de enero de 2017 (ECLI:ES:APA:2017:239):

«En estos casos el Tribunal Supremo ha analizado el problema de las diferencias entre el ámbito marcario y el de la competencia desleal y la compatibilidad de las acciones derivadas de uno u otro marco normativo acogiendo de entre las distintas alternativas de compatibilidad, es la de la complementariedad relativa la que se asume de forma decidida en la doctrina de ambas sentencias. Pero aunque queda claramente rechazada la posibilidad de una compatibilidad plena e indiscriminada como la de absoluta exclusión, las líneas de la gráfica teoría de círculos concéntricos abren sus puertas en atención a determinados factores que conectan, en forma que justifica la aplicación de una y otra legislación, la norma que regula el derecho de exclusiva con la que regula el rechazo a la competencia deshonesta en el mercado.»

⁴ STS 586/2012, Civil, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6899).

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 18 de febrero de 2013 (ECLI:ES:APM:2013:2930):

«Se alude así a la teoría de los círculos concéntricos (BERCOVITZA. "La formación del Derecho de la Competencia, ADI, 1975) para explicar gráficamente las relaciones que han de mediar entre los distintos ámbitos normativos (Propiedad industrial y Competencia desleal). De este modo, cuando un determinado acto tenga por objeto o efecto la violación de un derecho de exclusiva protegido por las leyes especiales que regulan la propiedad industrial e intelectual, serán éstas las normas que deben aplicarse, y no la normativa que sanciona la deslealtad en el comportamiento competitivo. Ésta solo será aplicable en la medida en que el bien inmaterial no sea protegible por la legislación especial o que el acto concreto exceda del ámbito de protección otorgado por aquella.

De este modo la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008⁵ ha puesto de manifiesto que la represión de la confusión desleal no está predispuesta para duplicar la protección ya conferida a los derechos de exclusiva sino para complementarla, de manera que funciona ante la inexistencia de unos derechos de exclusión - "en lugar de"- o bien "más allá" de los lindes objetivos y del contenido del correspondiente derecho de exclusión.»

2.3. Los requisitos de la complementariedad relativa

- STS 504/2017, Civil, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3278):

«También decíamos en dicha resolución que la coexistencia entre una y otra normativa se caracteriza por lo que se ha venido en llamar una «complementariedad relativa» (sentencias 586/2012, de 17 de octubre⁶; 95/2014, de 11 de marzo⁷; y 450/2015, de 2 de septiembre⁸. Vista la distinta función que cumplen las normas de competencia desleal y las de marcas, el criterio de la complementariedad relativa sitúa la solución entre dos puntos: de una parte, la mera infracción de estos derechos marcarios no puede constituir un acto de competencia desleal; y de otra, tampoco cabe guiarse por un principio simplista de especialidad legislativa, que niega la aplicación de la Ley de Competencia Desleal cuando existe un derecho exclusivo reconocido en virtud de los registros marcarios a favor de sus titulares y estos pueden activar los mecanismos de defensa de su exclusiva.

La solución ha de provenir de la determinación de en qué casos debe completarse la protección que dispensan los sistemas de propiedad industrial con el sometimiento de la conducta considerada a la Ley de Competencia Desleal.

Por un lado, no procede acudir a la Ley de Competencia Desleal para combatir conductas plenamente comprendidas en la esfera de la normativa de Marcas, en relación con los mismos hechos y los mismos aspectos o dimensiones de esos hechos. De ahí que haya de comprobarse si la conducta presenta facetas de desvalor o efectos anticoncurrenciales distintos de los considerados para establecer y delimitar el alcance de la protección jurídica conferida por la normativa marcaria.

Por otro, procede la aplicación de la legislación de competencia desleal a conductas relacionadas con la explotación de un signo distintivo, que presente una faceta o dimensión anticoncurrencial específica, distinta de aquella que es común con los criterios de infracción marcaria.

Y, en última instancia, la aplicación complementaria depende de la comprobación de que el juicio de desvalor y la consecuente adopción de los remedios que en el caso se solicitan no entraña una contradicción sistemática con las soluciones adoptadas en materia marcaria. Lo que no cabe por

⁵ STS 379/2008, Civil, de 20 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2727).

esta vía es generar nuevos derechos de exclusiva ni tampoco sancionar lo que expresamente está admitido.»

- STS 95/2014, Civil, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:1107):

«La jurisprudencia sobre la relación entre las normas que regulan los derechos de exclusiva de propiedad industrial y las de competencia desleal, sigue el denominado principio de complementariedad relativa. [...]

El criterio de la complementariedad relativa sitúa la solución entre dos puntos: de una parte, la mera infracción de estos derechos marcarios no puede constituir un acto de competencia desleal; y de otra, tampoco cabe guiarse por un principio simplista de especialidad legislativa, como el seguido por la Audiencia en la sentencia recurrida (niega la aplicación de la Ley de Competencia Desleal cuando "existe un derecho exclusivo reconocido en virtud de los registros marcarios a favor de sus titulares y estos pueden activar los mecanismos de defensa de su exclusiva").

Como se ha dicho en la doctrina, el centro de gravedad de la realidad radica en los criterios con arreglo a los cuales han de determinarse en qué casos es procedente completar la protección que dispensan los sistemas de propiedad industrial con el sometimiento de la conducta considerada a la Ley de Competencia Desleal.

De otra, procede la aplicación de la legislación de competencia desleal a conductas relacionadas con la explotación de un signo distintivo, que presente una faceta o dimensión anti concurrencial específica, distinta de aquella que es común con los criterios de infracción marcaria.

Y en última instancia, la aplicación complementaria depende de la comprobación de que el juicio de desvalor y la consecuente adopción de los remedios que en el caso se solicitan no entraña una contradicción sistemática con las soluciones adoptadas en materia marcaria. Lo que no cabe por esta vía es generar nuevos derechos de exclusiva ni tampoco sancionar lo que expresamente está admitido.

En este sentido concluíamos en la Sentencia 586/2012, de 17 de octubre⁶, al afirmar: "(e)n definitiva, la procedencia de aplicar una u otra legislación, o ambas a la vez, dependerá de la pretensión de la parte actora y de cuál sea su fundamento fáctico, así como de que se demuestre la concurrencia de los presupuestos de los respectivos comportamientos que han de darse para que puedan ser calificados como infractores conforme alguna de ellas o ambas a la vez.»

3. Cláusula general (Artículo 4 de la LCD)

Artículo 4. Cláusula General

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia

⁶ STS 586/2012, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6899).

⁷ STS 95/2014, Civil, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:1107).

⁸ STS 450/2015, Civil, de 2 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:4245).

⁹ STS, 1ª, 17.10.2012 (ECLI:ES:TS:2012:6899).

profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.
- d) La conservación del bien o servicio.
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.

3.1. Ámbito de aplicación

- STS 171/2014, Civil, se 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:1905):

«En particular, el artículo 5 de la Ley 3/1991¹⁰ -como resulta de su preámbulo -, contiene una

¹⁰ Con la aprobación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que modifica el régimen de competencia desleal y publicidad para fortalecer la protección de consumidores y usuarios, la cláusula general de la LCD pasó del artículo 5 al artículo 4. Por consiguiente, en la jurisprudencia anterior a la reforma, el artículo 5 hacía referencia a lo que actualmente es el artículo 4 de la LCD.

cláusula general prevista para la represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal, indica la mencionada STS. Se trata de un tipo abierto, que se construyó siguiendo el estándar de la buena fe y que, al redactarse la norma, se impuso a otras valoraciones consideradas sectoriales y de inequívoco sabor corporativo, tales como la corrección profesional o los usos honestos en materia comercial e industrial -a los que se refiere el artículo 10 bis, apartado segundo, del Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883.

En definitiva, el artículo 5 permite calificar como desleales conductas no descritas en los demás preceptos de la Ley 3/1991, cuando, concurriendo los presupuestos sancionados en los artículos 1 a 4 de la misma, sean contrarias al modelo o estándar en que la buena fe consiste - sentencia 476/2012, de 20 de julio¹¹ -.

Ello sentado, no es incorrecto calificar como contrario al modelo de conducta a que se remite el artículo 5 de la Ley 3/1991, la publicación de declaraciones que constituyen, por vías de hecho, intentos de determinar el comportamiento económico de los consumidores, mediante la advertencia de sufrir perjuicios en sus respectivas posiciones contractuales, prescindiendo de que jurídicamente merecen un tratamiento respetuoso con su condición de terceros contratantes de buena fe. Se trata de una conducta dirigida a influir en el mercado y contraria al modelo que el referido artículo trata de preservar.»

- STS 1032/2007, Civil, de 8 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6143):

«La cláusula general del artículo 5 LCD no formula, como han dicho las Sentencias de 24 de noviembre de 2006¹² y 23 de marzo de 2007¹³, entre otras, un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que van a ser tipificados los actos o comportamientos de competencia desleal en particular, sino que establece una verdadera norma jurídica en sentido técnico, esto es, lo que la doctrina ha calificado como "una norma completa de la que derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como sucede con el artículo 7.1 del Código civil". La cláusula general tipifica un comportamiento de competencia desleal, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto. Por tanto, esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican actos en particular, sino que la aplicación ha de realizarse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular. Consecuencia de todo ello es que el recurso al artículo 5 obliga a identificar las razones que se funda la deslealtad de la conducta, y a este efecto hay que partir (SSTS 6 de junio de 1997¹⁴, 11 de octubre de 1999¹⁵, 14 de marzo de 2007¹⁶, etc.) de los principios constitucionales de libertad de empresa (artículo 38 CE) y de derecho del trabajo (artículo 35 CE), entre otros, como la protección de consumidores (artículo 51 CE), pues el artículo 5 LCD establece un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado, esto es, un derecho de acceso al ámbito de desarrollo de la iniciativa económica privada sobre producción e intercambio de bienes y/o servicios, al ámbito de desarrollo de actividad productiva por cuenta ajena o propia, derecho que no puede ejercitarse a través de determinados comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado o las libres formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado. A partir de esta idea de principio, se ha de concretar el contenido de normativo de la cláusula general, en

¹¹ STS 476/2012, Civil, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2012:6661).

¹² STS 1169/2006, Civil, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7599).

¹³ STS 311/2007, Civil, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:2265).

¹⁴ STS 483/1997, Civil, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:1997:3998).

¹⁵ STS 823/1999, Civil, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:1999:6268).

¹⁶ STS 270/2007, Civil, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2007).

primer lugar, a través de los principios acogidos en las normas que tipifican supuestos de hecho como actos de competencia desleal (conductas que frustran o dificultan la libre formación de preferencias o restan transparencia al mercado; o constituyen técnicas de presión sobre el consumidor, o implican el expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno y de sus resultados; o constituyen conductas predatorias, etc.). Sin perjuicio de todo ello, hay que tener en cuenta a continuación los imperativos éticos de orden general, esto es la buena fe en sentido objetivo (SSTS de 20 de marzo de 1996¹⁷, 15 de abril de 1998¹⁸, 16 de junio de 2000¹⁹, 19 de abril de 2002²⁰, 14 de marzo de 2007²¹, etc.), como "una exigencia ética significada por los valores de honradez, lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena". Esta atención a los límites éticos de carácter general ha de entenderse subordinada a las exigencias directamente derivadas del principio de competencia económica, pues no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta "que se revela concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado". Pero es claro que, en el supuesto de autos, no se ha producido una concurrencia eficiente por méritos, sino mediante actuaciones que, incorrectas o irregulares desde el punto de vista de la buena fe en sentido objetivo, alteran la estructura competitiva o el normal funcionamiento del mercado. Por cuyas razones ha de prosperar el Motivo Primero del recurso.»

3.2. Requisitos

a. *¿Qué requisitos deben concurrir para que exista deslealtad?*

- STS 1167/2008, Civil, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6676)²²:

«El precepto comprende los actos realizados en el mercado (trascendencia externa) con fines concurrenciales (idóneos para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero) que, no estando tipificado, suponga una deslealtad por ser objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe objetiva, la cual actúa como un estándar o patrón de comportamiento justo y honrado reconocido en el tráfico a las circunstancias concretas, es decir, conforme a los valores de la honradez, lealtad y justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (SS. 16 de junio de 2.000²³; 15 de junio de 2.001; 19 de febrero de 2.002; 14 de julio de 2.003²⁴; 21 de octubre de 2.005²⁵; 14 de marzo de 2.007²⁶. Se trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no "mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan la estructura competitiva del mercado o la libre formación y desarrollo de las

¹⁷ STS 223/1996, Civil, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:1996:1754).

¹⁸ STS 331/1994, Civil, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:1998:2433).

¹⁹ STS 593/2000, Civil, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2000:4966).

²⁰ STS 348/2002, Civil, de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2776).

²¹ STS 270/2007, Civil, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:1614).

²² A pesar de que esta sentencia es de finales de 2008, los juzgados nacionales la han citado en múltiples ocasiones recientemente. Ver, a modo de ejemplo, la SAP Madrid, Sec. 28ª, de 20 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:17868).

²³ STS 593/2000, Civil, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2000:4966; MP).

²⁴ STS 714/2003, Civil, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2003:4976).

²⁵ STS 754/2005, Civil, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6410).

²⁶ STS 270/2007, Civil, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:1614).

relaciones económicas del mercado" (SS. 24 de noviembre de 2.006²⁷ y 23 de marzo de 2.007²⁸).»

b. La buena fe en sentido objetivo

- SAP Alicante, Sec. 8ª, de 19 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APA:2023:643)²⁹:

«Y la STS 1032/2007, de 8 de octubre de 2007³⁰, que vino a declarar que [...] Sin perjuicio de todo ello, hay que tener en cuenta a continuación los imperativos éticos de orden general, esto es la buena fe en sentido objetivo (SSTS de 20 de marzo de 1996³¹, 15 de abril de 1998³², 16 de junio de 2000³³, 19 de abril de 2002³⁴, 14 de marzo de 2007³⁵, etc.), como "una exigencia ética significada por los valores de honradez, lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena". Esta atención a los límites éticos de carácter general ha de entenderse subordinada a las exigencias directamente derivadas del principio de competencia económica, pues no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta "que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado.»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 17 de septiembre de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:9804):

«Al prohibir todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, el precepto exige un comportamiento acorde con un estándar objetivo de conducta en el ámbito concurrencial, que no se identifica con cualquier regla de conducta tenida por la colectividad como exigible en cualquier ámbito de las relaciones humanas, y aún jurídicas, sino sólo con aquellas que, siendo aptas en un sistema de libre competencia, sirvan para el buen orden concurrencial sancionado en nuestro derecho positivo, soslayando -como se ha visto- criterios de comportamiento corporativos. Se trata, por tanto, de la transgresión de normas objetivas de conducta que emanan del principio de competencia económica y pesan sobre todos los agentes que desarrollan una actividad económica en el mercado.»

c. No es necesaria la existencia de culpa o negligencia

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 19 de junio de 2019 (ECLI:ES:APB:2018:6119):

«En la Sentencia de esta Sección de 12 de abril de 2011 (ECLI:ES:APB:2011:4896)³⁶, citando resoluciones anteriores de esta misma Sección (concretamente la de 28 de noviembre de 2008³⁷ - ECLI:ES:APB:2008:11507) indicábamos que [...] Debe tenerse presente que el criterio objetivo que contempla la norma impide valorar componentes subjetivos de la conducta, como la intervención de dolo o culpa en el agente, lo que resulta irrelevante (sin perjuicio de su condición de

²⁷ STS 1169/2006, Civil, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7599).

²⁸ STS 311/2007, Civil, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:2265).

²⁹ En el idéntico sentido, la SAP Sevilla, Sec. 5ª, de 26 de octubre de 2022 (ECLI:ES:APSE:2022:1898).

³⁰ STS 1032/2007, Civil, de 8 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6143).

³¹ STS 223/1996, Civil, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:1996:1754).

³² STS 331/1994, Civil, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:1998:2433).

³³ STS 593/2000, Civil, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2000:4966).

³⁴ STS 348/2002, Civil, de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2776).

³⁵ STS 270/2007, Civil, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:1614).

³⁶ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 12 de abril de 2011 (ECLI:ES:APB:2011:4896).

³⁷ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 28 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:APB:2008:11507).

presupuesto de la responsabilidad civil derivada de los actos desleales), y condiciona el propio concepto de buena fe, que no es, desde luego, el psicológico o identificado con la ignorancia o error disculpable o excusable (artículo 433 y 1950 del Código Civil), sino un arquetipo o modelo de conducta socialmente aceptable y exigible en el sistema de libre mercado, que impone determinados deberes de conducta y ciertos límites al ejercicio de los derechos (el preámbulo de la Ley expresa que en el artículo 5 implícitamente, al menos, se consagra la noción de abuso de competencia, en el sentido de extramilitación objetiva).

La deslealtad no se condiciona, por tanto, al conocimiento de las circunstancias de hecho en que se funda, ni a la presencia de finalidades o motivaciones específicas en la conducta relevante, por más que se requiera, en el presente supuesto, la finalidad de impedir u obstaculizar el asentamiento de un competidor en el mercado, pues en todo caso bastará que, atendidas las circunstancias del caso, el acto carezca de una justificación razonable desde el punto de vista de las estrategias y comportamientos conformes con el modelo de competencia por méritos de las propias prestaciones.»

- SAP Baleares, Sec. 5^a, de 20 de julio de 2011 (ECLI:ES:APIB:2011:1793):

«Y la buena fe objetiva sirve para expresar la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta. Por ello puede actuarse contra la buena fe objetiva sin que exista mala fe subjetiva (STS 16 junio 2000); porque puede violarse la legítima confianza de los participantes en el mercado en que se actuará correctamente, sin necesidad de que quien viola esa confianza en el comportamiento correcto actúe subjetivamente de mala fe. [...]

Cualquiera que sea la cláusula general, la calificación de un comportamiento como competencia desleal no exige que se haya producido con mala fe subjetiva de su autor. Por eso las cláusulas generales que se refieren a la buena fe, lo hacen en sentido objetivo.»

d. El riesgo de lesión competitiva es suficiente para que exista deslealtad

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 19 de junio de 2019 (ECLI:ES:APB:2018:6119):

«En la Sentencia de esta Sección de 12 de abril de 2011 (ECLI:ES:APB:2011:4896)³⁸, citando resoluciones anteriores de esta misma Sección (concretamente la de 28 de noviembre de 2008³⁹ - ECLI:ES:APB:2008:11507) indicábamos que [...] tampoco se hace depender el reproche de deslealtad de los resultados prácticos del acto enjuiciado; basta simplemente con el riesgo de que la conducta resulte objetivamente idónea para ocasionar una lesión competitiva, alterando la estructura del mercado o distorsionando la normal formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado.»

3.3. La cláusula general tiene un carácter autónomo

- STS 1167/2008, Civil, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6676):

«Que no establece un principio abstracto objeto de desarrollo en los artículos siguientes (SS. 24 de

³⁸ SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 12 de abril de 2011 (ECLI:ES:APB:2011:4896).

³⁹ SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 28 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:APB:2008).

noviembre de 2.006⁴⁰ y 23 de marzo de 2.007⁴¹, sino un supuesto de ilicitud con sustantividad propia (SS. 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007), que entraña una norma completa (S. 29 de diciembre de 2.006⁴²), por lo que no cabe su alegación si los actos se contemplan en otra norma (SS. 7 de junio de 2.000⁴³, 23 de junio⁴⁴ y 28 de septiembre de 2.005⁴⁵). Su plena autonomía se manifiesta en que no puede valorarse en relación con los actos típicos de los arts. 6 a 17, pues no tiene carácter integrativo o complementario de los mismos (SS. 20 de febrero⁴⁶ y 4 de septiembre de 2.006⁴⁷ y 23 de noviembre de 2.007⁴⁸, de ahí que quepa rechazar de plano todo planteamiento que pretenda configurar el ilícito general como una versión de los tipos específicos modelizados por un comportamiento contrario a la buena fe objetiva (SS. 22 de febrero⁴⁹ y 11 de julio de 2.006⁵⁰; 19⁵¹ y 29 de mayo⁵² y 8 de julio de 2.008⁵³).»

- STS 1032/2007, Civil, de 8 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6143):

«Por tanto, esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican actos en particular, sino que la aplicación ha de realizarse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular. Consecuencia de todo ello es que el recurso al artículo 5 obliga a identificar las razones que se funda la deslealtad de la conducta, y a este efecto hay que partir (SSTS 6 de junio de 1997⁵⁴, 11 de octubre de 1999⁵⁵, 14 de marzo de 2007⁵⁶, etc.) de los principios constitucionales de libertad de empresa (artículo 38 CE) y de derecho del trabajo (artículo 35 CE), entre otros»

3.4. Es necesario identificar las razones en las que se funda la deslealtad de la conducta

- STS 822/2011, Civil, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2011:8836):

«Así lo viene declarando esta Sala que en la Sentencia de 15 de diciembre de 2008⁵⁷, núm. 1167, señala que "La infracción del art. 5 LCD obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta (S. 24 de noviembre de 2.006⁵⁸), sin que baste citar el precepto en los

⁴⁰ STS 1169/2006, Civil, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7599).

⁴¹ STS 311/2007, Civil, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:2265).

⁴² STS 1348/2006, Civil, de 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:8692).

⁴³ STS 582/2000, Civil, de 7 de junio (ECLI:ES:TS:2000:4652).

⁴⁴ STS 503/2005, Civil, de 23 de junio (ECLI:ES:TS:2005:4160).

⁴⁵ STS 699/2005, Civil, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5606).

⁴⁶ STS 136/2006, Civil, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:933).

⁴⁷ STS 836/2006, Civil, de 4 de septiembre (ECLI:ES:TS:2006:5222).

⁴⁸ STS 1228/2007, Civil, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:8202).

⁴⁹ STS 130/2006, Civil, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:706).

⁵⁰ STS 4453/2006, Civil, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4453).

⁵¹ STS 365/2008, Civil, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2209).

⁵² STS 446/2008, Civil, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:3796).

⁵³ STS 623/2008, Civil, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2008:3634).

⁵⁴ STS 223/1996, Civil, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:1996:1754).

⁵⁵ STS 331/1994, Civil, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:1998:2433).

⁵⁶ STS 270/2007, Civil, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:1614).

⁵⁷ STS 1167/2008, Civil, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6676).

⁵⁸ STS 1169/2006, Civil, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7599).

fundamentos de derecho de la demanda (S. 19 de mayo de 2.008⁵⁹).»

4. Actos de engaño (Artículo 5 de la LCD)

Artículo 5. Actos de engaño.

1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

- a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.
- b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.
- c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.
- d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.
- e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.
- f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación.
- g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.
- h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

2. Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.

⁵⁹ STS 365/2008, Civil, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2209).

3. También se considera desleal cualquier operación de comercialización de un bien como idéntico a otro comercializado en otros Estados miembros, cuando dicho bien presente una composición o unas características significativamente diferentes, a menos que esté justificado por factores legítimos y objetivos.

4.1. El alcance de los actos de engaño

- STS 19/2011, Civil, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2011:716):

«El artículo 7 de la Ley 3/1.991 [actual artículo 5]⁶⁰ responde a la importancia que, para la transparencia del mercado, tiene una información veraz sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características... de los productos o ventajas ofrecidas, así como al peligro de que, con una información engañosa sobre esos datos, quede falseada la libre competencia.

Por lo tanto, el acto desleal, que la norma describe como tipo abierto y de peligro, presupone la utilización o difusión de indicaciones inexactas, falsas o meramente incorrectas, así como la omisión de las verdaderas, cualquiera que sea la práctica, con tal que pueda inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, esto es, a los destinatarios directos o indirectos de la indicación, la omisión o la práctica, sobre aquellos extremos.

Como recuerda la STS de 19 de mayo de 2008⁶¹, este precepto "trata de proteger el correcto funcionamiento del mercado, en el que la ley de la oferta y la demanda cumple una función trascendente, ante la posibilidad de que los consumidores, en el momento de tomar la decisión de adquirir o no los bienes - productos o servicios-, estén errados sobre las características de los mismos que puedan influir en aquella.»

4.2. Requisitos

a. *¿Qué requisitos deben concurrir para que exista deslealtad?*

- STS 435/2018, Civil, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2742):

«Para calificar la información difundida por Bellota en su nota de prensa, de la que se hicieron eco algunos medios de comunicación, es preciso que se cumplan dos requisitos: en primer lugar, que la información suministrada sea apta para inducir a error a sus destinatarios; y, en segundo lugar, que sea idónea para incidir en su comportamiento económico.»

- STS 415/2005, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2005:3307):

«[E]l acto desleal de que se trata presupone (a) un comportamiento positivo (utilizar o difundir) o negativo (omitir las menciones verdaderas), de tipo abierto (cualquier otra práctica); (b) susceptible de causar error, aunque no lo cause efectivamente (se trata de un ilícito de peligro); (c) en los destinatarios sean directos (las personas a las que se dirige) o indirectos las personas a las que alcanza); (d) sobre la naturaleza, modo de elaboración, características en general del producto de que se trate», y, en el caso la recurrente utilizó incorrectamente la denominación «cava» para un

⁶⁰ Con la aprobación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que modifica el régimen de competencia desleal y publicidad para fortalecer la protección de consumidores y usuarios, los actos de engaño de la LCD pasaron del artículo 7 al artículo 5. Por consiguiente, en la jurisprudencia anterior a esta reforma, el artículo 7 hacía referencia a lo que actualmente es el artículo 5 de la LCD.

⁶¹ STS 365/2008, Civil, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2209).

vino espumoso que había sido elaborado sin cumplir las exigencias del Reglamento nacional regulador del aquella, con lo que generó riesgo de error en los consumidores sobre las características del producto. Obviamente el motivo perece. Al mismo resultado desestimatorio conduce el motivo séptimo (artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por infracción del artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal que insiste en que no ha quedado probado el uso ilícito en la variedad de la uva «pinot noir», ni su venta en el mercado, datos manifiestamente contrarios a lo establecido en la sentencia recurrida; a este planteamiento añade la que pretende incompatibilidad jurídica por la aplicación correlativa de los artículos 7 y 12 de la Ley de Competencia Desleal, criterio que no se comparte, pues es posible que unos mismos hechos se configuren como supuestos normativos diferentes y concurrentes, ya que es principio general interpretativo, en esta materia, el de máxima protección de consumidor, último beneficiario de las prácticas leales del mercado.»

b. Solo se necesita acreditar la existencia de un riesgo apto de causar engaño

- AAP Barcelona, Sec. 15ª, de 24 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:5960A):

«Como decíamos en nuestra Sentencia de 2 de Julio de 2009⁶², la publicidad merece el reproche de engañosa (...) si las afirmaciones, objetivamente falsas o no, son aptas para inducir a error a sus destinatarios. El engaño no debe medirse o enjuiciarse con el significado objetivo de las expresiones empleadas en las manifestaciones o afirmaciones esenciales de la publicidad, sino con el alcance o impresión que las mismas provocan (o son aptas para provocar) en los destinatarios.»

- SAP Sevilla, Sec. 5ª, de 19 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APSE:2015:482):

«Como ha señalado la doctrina, no basta que el contenido de las manifestaciones coincida con la realidad, sino sólo si la representación de la realidad que provocan en los destinatarios coincide con la realidad objetiva.»

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 23 de marzo de 2006 (ECLI:ES:APM:2006:4052):

«[E]l ilícito se ha producido no sólo cuando se acredita la existencia de un daño o un engaño efectivo y real, sino también cuando el mismo es potencial, es decir, cuando el comportamiento, objetivamente considerado, es apto para causar tal daño o tal engaño. [...] No es preciso para estimar que la conducta ilícita se ha producido probar otros extremos, concretamente la realidad y alcance del daño económico producido a la actora por el posible descenso en la audiencia de su programa, tanto más cuando no se ha solicitado una indemnización económica y sí solamente una reparación "in natura", mediante anuncios correctores, y la publicación de la sentencia.»

c. ¿Qué se entiende por conducta engañosa?

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 27 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:15411):

«Como hemos dicho en anteriores resoluciones (Sentencias de 3 de junio de 2013⁶³ -ECLI:ES:APB:2013:7197-, de 18 de diciembre de 2012 - ROJ 13878/2012⁶⁴-, auto de 29 de junio de 2010 - Rollo 79/2010 - y sentencia de 2 de Julio de 2009 - ROJ 9234/2009⁶⁵-), la publicidad merece el reproche de engañosa si las afirmaciones, objetivamente falsas o no, son aptas para inducir a error a sus destinatarios. El engaño no debe medirse o enjuiciarse con el significado objetivo de las expresiones empleadas en las manifestaciones o afirmaciones esenciales de la publicidad, sino con

⁶² SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 2 de julio de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:9234).

el alcance o impresión que las mismas provocan (o son aptas para provocar) en los destinatarios.»

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 17 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:16084):

«Dadas tales características del mensaje enjuiciado, objetivamente no apto para generar un engaño tachable de desleal, no resulta de especial relevancia ni la forma de presentar el mensaje en el embalaje del producto, ni la determinación del consumidor medio de esta clase de producto, toda vez que la simple exageración publicitaria es una práctica bien conocida y admitida por la generalidad de los consumidores.»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 12 de febrero de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:710):

«El artículo 5.1. LCD dispone que «se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico.

Creemos que tiene razón la parte recurrida cuando afirma que las conductas imputadas, aún cuando puedan inducir a error al público relevante, como hemos visto al examinar la confusión, en cambio no creemos que puedan alterar su comportamiento económico. No podemos ignorar que el producto con el que se presentaron las demandadas es un vehículo de lujo (cuyo precio aproximado se fijó en la cantidad de 700.000 euros) y que la decisión de adquirirlo, reservada a un segmento muy pequeño de entre los destinatarios de los actos que se imputan a las demandadas, no creemos que sea una decisión impulsiva que pueda responder a la concreta incidencia de los actos de engaño.»

4.3. Los actos de engaño no requieren un elemento subjetivo

- SAP Salamanca, Sec. 1ª, de 22 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APSA:2021:141):

«Se produce así una conducta engañosa puesto que se facilita una información que, aun pudiendo ser veraz en origen, por su contenido o presentación induce a error a los destinatarios, pudiendo provocar una alteración de su comportamiento económico y que, en este caso concreto, se refiere a la propia existencia o la naturaleza del bien o servicio.

No es necesario la existencia de un dolo específico o un anónimo defraudatorio, bastando con la situación de engaño o información falsa o no totalmente veraz de carácter objetivo, situación que se da en el presente caso desde el momento en que cualquier potencial consumidor que acceda a la página web podrá verse movido a contratar con las demandadas ante la supuesta realización de actividades para residencias, fundaciones y comunidades de propietarios que nunca habían realizado las demandadas.»

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 10 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:8022):

«Señala el recurrente que falta intencionalidad en su conducta. Sin embargo, este argumento no es útil a los efectos pretendidos, ya que el reproche de deslealtad concurrencial no se hace depender de la presencia de ningún requisito de orden subjetivo y no depende, por tanto, del dolo o de la

⁶³ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 3 de junio de 2013 (ECLI:ES:APB:2013:7197).

⁶⁴ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 18 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:APB:2012:13878).

⁶⁵ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 2 de julio de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:9234).

culpa del sujeto agente por más que ello pueda tener repercusiones en el circunscrito ámbito de la responsabilidad civil (MASSAGUER).»

4.4. Es esencial identificar el grupo de consumidores en la demanda

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 22 de marzo de 2000 (ECLI:ES:APB:2001:4994)⁶⁶:

«A.–Para decidir sobre la legalidad de un mensaje publicitario es necesario, previamente, identificar al tipo o categoría de destinatario a que alcanza. Se ha dicho, con razón, que no puede afirmarse el carácter engañoso de un anuncio de un modo abstracto o genérico, sin tener muy presente a qué tipo de personas se dirige, a fin de conocer la interpretación que las mismas den al mensaje. Sólo si se ha delimitado el círculo de destinatarios se puede precisar de manera adecuada la interpretación que éstos dan al mensaje en cuestión.

B.–Los mensajes han de ser calificados como desleales no por la intención de quienes los difunden, sino por la impresión que causan en los destinatarios en su conjunto. Por lo tanto, esa calificación se ha de efectuar sin descomponer o separar las distintas partes del mismo, para dotarles de una autonomía de la que carezcan.

Y en la valoración se han de rechazar criterios estrictamente literales o gramaticales, para atender, como se ha dicho, al significado que el público destinatario le atribuya»

5. Actos de confusión (Artículo 6 de la LCD)

Artículo 6. Actos de confusión.

Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.

El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.

5.1. Ámbito de aplicación

- STS 396/2010, Civil, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3525)⁶⁷:

«El art. 6º LCD infringido, que tiene su antecedente en el art. 10 bis 1 del Convenio de la Unión de París, cumple la función de defender el buen funcionamiento competitivo mediante la represión de conductas que sean aptas para eliminar o reducir la autonomía del consumidor, colocado en la posición de tener que responder a las ofertas que recibe con una voluntad viciada por confusión -estricta y amplia-, esto es, por un error sobre la procedencia empresarial de los productos ofertados.»

5.2. Requisitos

- a. *¿Qué requisitos deben concurrir para que exista deslealtad?*

⁶⁶ Citada por la SAP Alicante, Sec. 6ª, de 28 de septiembre de 2001 (ECLI:ES:APA:2001:4095).

⁶⁷ Esta sentencia ha sido citada en múltiples ocasiones por las Audiencias Provinciales. Ver, a modo de ejemplo, la reciente SAP Tarragona, Sec. 1ª, de 16 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APT:2020:1974).

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 18 de mayo de 2012 (rec 402/2011):

«La jurisprudencia ha entendido que para que pueda considerarse que se han producido actos de confusión del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal es preciso que sean idóneos para provocar en el consumidor no cualquier error, sino uno específico sobre el origen o la fuente empresarial de una actividad, una prestación o un establecimiento en relación con otros ajenos (en este sentido, la sentencia de la Sala 1ª del TS de 19 de mayo de 2008⁶⁸); de manera que lo que infringiría el artículo 6 de la LCD es la utilización de cualquier medio de identificación empresarial o profesional (tanto a título de signo como por la forma de presentación de la prestación) para introducir confusión en el mercado, de modo que los potenciales clientes puedan identificar incorrectamente el origen del producto que se oferta con el de otro empresario (y con ello provoquen decisiones fundadas en una falsa o incorrecta representación de la realidad acerca de la procedencia empresarial de la actividad). La confusión puede referirse tanto a las prestaciones que se ofrecen como a la empresa que los oferta.»

- SAP Valencia, Civil Sec. 6ª, de 29 de enero de 2003 (ECLI:ES:APV:2003:525):

«También es hablar de actos de confusión (artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal), y queda caracterizado: en primer lugar, por ser un acto de concurrencia, o, lo que es lo mismo, un acto que se realiza en el mercado y con fines concurrenciales; en segundo lugar, va dirigido fundamentalmente contra los llamados o las creaciones formales. Así se prohíbe crear confusión con respecto a marcas, nombres comerciales, rótulos u otros signos identificadores de los empresarios. También los medios publicitarios como carteles, catálogos, títulos de publicaciones, etc.; en tercer lugar, el acto debe encerrar "con fundibilidad" o peligro de confusión para el destinatario. Es decir, que exista la posibilidad de riesgo de asociación por parte del consumidor o usuario respecto de la procedencia de la prestación; en cuarto lugar, que el acto de confusión tiene un contenido presuntivo. La confusión por el mero riesgo que crea se califica de desleal, sin que sea preciso recurrir a otras notas como su contrariedad con los comportamientos comerciales normales, los buenos usos mercantiles o la buena fe; y en quinto lugar, la prohibición de los actos de confusión tiene un carácter objetivo, esto es, para determinar su ilicitud no se toma en cuenta la intencionalidad del autor sino solo su comportamiento.»

b. Debe existir, como mínimo, un riesgo de asociación

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 7 de junio de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:8779):

«Se integra este tipo por una infracción de las reglas de la leal competencia empresarial que se configura como de tipo tendencial, de modo que basta el comportamiento idóneo para generar dicha confusión entre las actividades propias y de un competidor, aun cuando la confusión no llegue a consumarse en el conocimiento de los clientes actuales o potenciales.»

⁶⁸ STS 365/2008, Civil, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2209).

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 23 de abril de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:5464):
«El comportamiento relevante ha de ser idóneo para crear confusión, si bien el riesgo de asociación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.»
- c. *Es necesario cierto grado de implantación del signo en el mercado*
- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 11 de junio de 2003 (ECLI:ES:APB:2003:4300):
«Mas ese riesgo es puramente fáctico, pues, como no se trata de proteger ningún derecho de exclusiva vinculado a un registro, a diferencia de lo que sucede con la marca, ha de producirse en el mercado. De ahí que precise, para que pueda entenderse producido, que el signo imitado tenga una cierta implantación en el mercado o que signifique una referencia en el sector del Público correspondiente.»
- d. *Todo comportamiento puede ser desleal*
- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 11 de junio de 2003 (ECLI:ES:APB:2003:4300):
«La descripción del acto ilícito se efectúa en consideración a un específico resultado susceptible de ser producido: la actuación causante, configurada mediante una fórmula amplia o genérica, puede ser de cualquier clase, positiva (de apropiación; de imitación, de aproximación mediante técnicas de provocación de estímulos sensitivos...) u omisiva (incumplimiento del deber de diferenciar la presentación de un producto...), pero tiene que ser, en todo caso, idónea para crear confusión, aunque el riesgo de asociación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.»

5.3. Tipos de confusión

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 21 de abril de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:5464):
«La confusión en sentido estricto se produce cuando el consumidor equivocadamente entiende que las prestaciones proceden del mismo origen empresarial o que las empresas son las mismas o los establecimientos del mismo empresario, y ello puede acontecer porque considere que los medios de identificación son uno mismo (confusión directa o inmediata), o porque, pese a advertir que los signos son distintos, las semejanzas entre ellos le llevan a pensar que el empresario que las crea es idéntico (confusión indirecta o inmediata). La confusión en sentido amplio (o asociación) tiene lugar cuando el consumidor, pese a saber que las prestaciones tienen un origen empresarial distinto, supone equivocadamente que entre los empresarios o profesionales respectivos existen vínculos económicos (pertenencia al mismo grupo empresarial) o jurídicos (licencias colaterales) que autorizan a explotar la semejanza de los signos.»
- SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4^a, de 18 de marzo de 2014 (ECLI:ES:APGC:2014:455):
«La confusión puede ser entendida estrictamente y ampliamente. La primera, además, lo puede ser en un sentido inmediato y mediato.»

"La confusión en sentido estricto se produce cuando el consumidor equivocadamente entiende que las prestaciones proceden del mismo origen empresarial. Ello puede suceder porque entienda que los signos de identificación son uno mismo (confusión directa o inmediata) o porque, pese a

advertir que los signos son distintos, las semejanzas entre ellos le lleven a pensar que el empresario es el mismo (confusión indirecta o mediata."»

5.4. Relación entre el artículo 6 y otros artículos de la LCD

a. Diferencia entre el artículo 6 y el artículo 11 de la LCD

- STS 792/2010, Civil, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7202):

«[E]l tipo del artículo 6 responde a la necesidad de proteger la decisión en el mercado del consumidor, ante el peligro de que sufra error sobre el establecimiento que visita, la empresa con la que se relaciona o los productos o servicios objeto posible de sus contratos, como consecuencia de la apropiación, la aproximación o la imitación de los medios de identificación utilizados por otros participantes en aquel - sentenciada 20 de mayo de 2.010⁶⁹ -. Al mencionar la norma como objeto de la confusión del consumidor "la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos", se refiere el legislador a los medios de identificación o presentación de la empresa, de las prestaciones o de los establecimientos de otro agente económico en el mercado. También se proyecta sobre las creaciones formales, bien que reputadas, el artículo 12 - Sentencia de 19 de mayo de 2.008⁷⁰ -, mientras que el artículo 11 lo hace a la imitación de las iniciativas empresariales y de las prestaciones ajenas, entendidas éstas en el sentido de creaciones materiales- sentencias de 11 de mayo de 2.000, 7 de julio de 2.006⁷¹ y 4 de marzo de 2.010⁷² -».

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 20 de junio de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:5437):

«La jurisprudencia distingue el ámbito de aplicación de los arts. 6 y 12 LCD, por un lado, y del art. 11 LCD, por otro, según la copia e imitación se refiera a las formas de presentación de productos o servicios (arts. 6 y 12 LCD) o, propiamente, a las prestaciones (art. 11 LCD). [...] Como tuvimos ocasión de sostener en nuestra Sentencia de 28 de junio de 2002⁷³ y constituye la tesis más extendida sobre la forma de entender la delimitación del ámbito de aplicación del art. 6 y el art. 11 LCD, el objeto de confusión en el art. 6 LCD lo constituyen los «medios de identificación empresarial», es decir, los signos distintivos (marcas y nombre comercial) y cualquier otro elemento que sirva para indicar el origen empresarial, como suele serlo la forma de envase y de la etiqueta de un producto, la decoración del establecimiento, etc. En cambio, en el art. 11 LCD el objeto de imitación es la propia prestación empresarial, es decir, el producto o servicio en sí mismo y no sus formas de presentación.»

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 23 de abril de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:5464):

«La confusión que contempla esta norma está referida a los medios de identificación utilizados por un empresario en el mercado, bien sea de su actividad, de sus productos o prestaciones o de su establecimiento comercial, esto es, el que recae sobre la identificación o presentación de aquéllos o éstos, imponiendo un juicio de confundibilidad que considere no sólo los medios de identificación y la similitud de productos o servicios con ellos distinguidos, sino también todos aquellos otros factores que coadyuvan a ponderar, reforzando o debilitando, el riesgo de confusión. Aquí, a diferencia del art. 11 LCD, no rige el principio de libre imitabilidad, ni el de la inevitabilidad del

⁶⁹ STS 338/2010, Civil, de 20 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2414).

⁷⁰ STS 365/2008, Civil, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2209).

⁷¹ STS 717/2006, Civil, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2006:3936).

⁷² STS 72/2010, Civil, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:783).

⁷³ SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 28 de junio de 2002 (ECLI:ES:APB:2002:6925).

riesgo de confusión o de asociación, porque siempre es evitable la imitación de los signos de identificación ajenos.»

b. Diferencia del artículo 6 y el artículo 12 de la LCD

- STS 966/2005, Civil de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:7114):

«En este sentido, el art. 6 de la Ley de Competencia Desleal, veda, como dice la Sentencia de 11 de julio de 1997⁷⁴, «los actos que generan e inducen a confusión con la empresa, actividades, productos,... competidores, así como cuando se hace un uso injustificado de los mismos», mientras que el art. 12 trata de proteger, no solo el mercado, sino al competidor que ha logrado reputación industrial, comercial o profesional, y tipifica como desleal cualquier comportamiento adecuado para producir como resultado el aprovechamiento de las ventajas que la misma proporciona. Estamos, ante el aprovechamiento indebido en beneficio de la demandada de la reputación industrial, comercial y profesional conseguido con estos aparatos tanto en los mercados nacionales como internacionales, con independencia de que pueda o no resultar idónea para generar la asociación por parte de los consumidores; aprovechamiento que se realiza a partir de una copia servil y evitable mediante la comercialización de un aparato dispensador de billetes de turno y el correspondiente rollo billete distinto al de las actoras en cuanto a tamaño, formas o colores.»

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 29 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:APB:2007:15153):

«De ahí que sólo cuando se esté ante un signo reputado o de renombre (art. 12), se sancionará el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de esa reputación adquirida por otro en el mercado. Con el artículo 6 LCD se trata de interdictar una confusión entre los signos que identifiquen las actividades, las prestaciones y los establecimientos. De este modo al sancionarse toda práctica comercial que pueda generar riesgo de confusión, (en el que queda comprendido, el de asociación), esto es, que genere una información incorrecta sobre los instrumentos o medios identificativos de sus prestaciones empleados por el otro competidor, con tutela del consumidor ante el riesgo de error sobre el origen empresarial, éste vendrá causado por la similitud concretada en la repetición de tales instrumentos o medios de naturaleza formal empleados por el agente para la presentación»

6. Omisiones engañosas (Artículo 7 de la LCD)

Artículo 7. Omisiones engañosas.

1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado.

Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y

⁷⁴ STS 652/1997, Civil, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:1997:4954).

todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios.

6.1. Ámbito de aplicación de las omisiones engañosas

- SAP Murcia, Sec. 4ª, de 10 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APMU:2020:1654):

«Se trata (STS de 19 de mayo de 2008⁷⁵) de proteger el correcto funcionamiento del mercado, garantizando su transparencia y la capacidad de decisión económica de los consumidores, evitando que en el momento de tomar la decisión de adquirir o no los bienes -productos o servicios- que se le ofertan, puedan estar equivocados sobre las características de los mismos que influyan en su decisión económica.

Distorsión de su comportamiento derivada de una defectuosa representación de la realidad provocada aquí mediante conductas omisivas, que pueden ser (a) la ocultación de la información necesaria para conformar una decisión económica con el debido conocimiento de causa o (b) el ofrecimiento de información de forma inadecuada por ser (i) poco clara, (ii) ininteligible, (iii) ambigua, (iv) no ofrecerse en el momento adecuado, o(v) no darse a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.»

- SAP Sevilla, Sec. 5ª, de 19 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APSE:2015:482):

«[C]on esta regulación se pretende proteger al consumidor frente a todo posible error inducido, que pueda influir en su decisión económica, es decir, se protege la libertad de elección del consumidor medio, entendiendo como tal, aquel que está normalmente informado y razonablemente atento y siempre que cause una impresión similar a los destinatarios en su conjunto. Como decía esta Sala en la Sentencia dictada en el Rollo 2357/07⁷⁶: "las personas que no tienen un profundo conocimiento financiero, ni son economista o profesionales de la financiación o intermediarios financieros, sin gente común, es decir, la inmensa mayoría de los ciudadanos". Se intenta evitar que el consumidor adopte una decisión, sobre la base de una serie de premisas, que sin ellas no habría adoptado. Aunque el carácter engañoso de la publicidad no requiere, ni se hace depender de la efectiva contratación del producto publicitado, porque el hecho de que la información adicional proporcionada posteriormente evite la perfección del contrato, no desvirtúa la consideración de engañosa. No es necesario que la información sea correcta, sino que sea veraz, en cuanto entendida correctamente entendida por sus destinatarios. Como ha señalado la doctrina, no basta que el contenido de las manifestaciones coincida con la realidad, sino sólo si la representación de la realidad que provocan en los destinatarios coincide con la realidad objetiva.»

- SAP Baleares, , Sec. 5ª, de 24 de marzo de 2014 (ECLI:ES:APIB:2014:689):

«La norma, sin embargo, comprende junto a la falta de la información relevante, otras prácticas relacionadas con ella como la ocultación de esa información, o su transmisión de forma poco clara o ambigua, la inoportunidad del momento en el que se transmite la información o la no facilitación del propósito comercial del acto (publicidad encubierta). Se trata de proporcionar la información, pero de una forma que no pueda servir para que el consumidor la utilice para tomar su decisión. En este sentido, se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa; también será desleal el hecho de ofrecer información poco clara, ininteligible o ambigua, o de no ofrecerla en el momento adecuado; así como el no dar a conocer el

⁷⁵ STS 365/2008, Civil, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2209).

⁷⁶ SAP Sevilla, Sec. 5ª, de 14 de junio de 2007 (ECLI:ES:APSE:2007:4460).

propósito comercial de la práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.»

6.2. Requisitos

a. *Para que exista deslealtad la omisión debe ser de información substancial*

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 17 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:10835):

«El art. 7 de la misma Directiva dispone que: "1.Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 2 de febrero de 2017 (ECLI:ES:APB:2017):

«El deber de información que impone el citado art. 7 al oferente no abarca toda la información de la que disponga, sino que el precepto limita el contenido de dicho deber de información, circunscribiéndolo a la que resulte "necesaria" a fin de que los destinatarios puedan adoptar su decisión económica "con el debido conocimiento de causa.»

- SAP Baleares, Sec. 5ª, de 24 de marzo de 2014 (ECLI:ES:APIB:2014:689):

«Para que la práctica comercial sea considerada engañosa la información que se omite deberá ser sustancial, es decir, necesaria para tomar una decisión de compra con pleno conocimiento de causa, lo que significa contener los elementos básicos que el consumidor medio considera habitualmente en este tipo de transacciones.»

b. *La omisión debe afectar el comportamiento económico de los destinatarios*

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 17 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:10835):

«El art. 7 de la misma Directiva dispone que: "1.Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

De lo anterior resulta que el juicio de deslealtad descansa sobre la concurrencia conjunta de dos presupuestos: la aptitud de la práctica para inducir a error y para distorsionar el comportamiento económico del consumidor. Lo anterior supone que la conducta será desleal cuando la información -verdadera o falsa- pueda inducir a error al consumidor, alterando su comportamiento económico, sin que sea necesario que es error llegue a producirse. El juicio de deslealtad requerirá identificar el destinatario de la información que se repita engañosa, a fin de valorar si hay o no riesgo de error.»

- SAP Murcia, Sec. 4ª, de 10 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APMU:2020:1654):
 «Se trata (STS de 19 de mayo de 2008⁷⁷) de proteger el correcto funcionamiento del mercado, garantizando su transparencia y la capacidad de decisión económica de los consumidores.»
- c. *No es necesario que el error del consumidor llegue a producirse: el riesgo es suficiente*
- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 17 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:10835):
 «El art. 7 de la misma Directiva dispone que: "1.Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.
 De lo anterior resulta que el juicio de deslealtad descansa sobre la concurrencia conjunta de dos presupuestos: la aptitud de la práctica para inducir a error y para distorsionar el comportamiento económico del consumidor. Lo anterior supone que la conducta será desleal cuando la información -verdadera o falsa- pueda inducir a error al consumidor, alterando su comportamiento económico, sin que sea necesario que es error llegue a producirse. El juicio de deslealtad requerirá identificar el destinatario de la información que se repita engañosa, a fin de valorar si hay o no riesgo de error»

7. Prácticas agresivas (Artículo 8 de la LCD)

Artículo 8. Prácticas agresivas

1. Se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación con el bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.

A estos efectos, se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso.

2. Para determinar si una conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida se tendrán en cuenta:

- a) El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia.
- b) El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante.
- c) La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de

⁷⁷ STS 365/2008, Civil, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2209).

discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio.

- d) Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador.
- e) La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

7.1. Ámbito de aplicación de las prácticas agresivas

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 13 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:4245):

«No obstante, el legislador fue más allá de lo que requería la transposición, regulando las prácticas comerciales agresivas en el citado artículo 8, de manera que tales actos pueden ser considerados ilícitos con independencia de quién sea su destinatario. Las prácticas agresivas en la relación con los consumidores se recogen en los artículos 28 y ss. LCD.»
- SAP Coruña, Sec. 4ª, de 25 de enero de 2013 (ECLI:ES:APC:2013:166):

«Se considera igualmente inmerso el demandado en el ilícito competencial previsto en el artículo 8 de la LCD, que norma al respecto lo siguiente: "Se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. A estos efectos, se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso.

La finalidad del precepto consiste en reprochar el comportamiento del empresario, que afecta a la libertad de decisión del destinatario, mediante prácticas agresivas, es decir la realización de conductas o comportamientos directamente encaminados a intimidar o forzar a los posibles clientes a realizar alguna clase de operación, con la finalidad de mermar significativamente su libertad de elección o conducta.»

7.2. Requisitos

- a. *¿Qué requisitos deben concurrir para que exista deslealtad?*
- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 13 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:4245):

«Para calificar una práctica comercial como agresiva deben concurrir dos presupuestos: (i) la conducta debe ser calificada como acoso, coacción o influencia indebida y (ii) dicha conducta debe ser apta para afectar al comportamiento económico del destinatario»

b. La conducta debe ser calificada como acoso, coacción o influencia indebida

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 13 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:4245):

«Por coacción debemos entender todo supuesto por el que se pretenda forzar la conducta del destinatario si quiere evitar una situación negativa u obtener un beneficio, siempre que la situación negativa no sea legítima o el beneficio no sea real.

La influencia indebida requiere una posición de poder para ejercer presión sobre el destinatario. Para determinar si la conducta puede considerarse acoso, coacción o influencia indebida, el apartado segundo del artículo 8 LCD dispone que se tendrá en cuenta, entre otros extremos, el empleo de un comportamiento amenazador o insultante o la comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

El término "acción" no se circunscribe a su sentido jurídico sino que se extiende a cualquier tipo de actuación.

Debe descartarse de plano la influencia indebida, en cuanto no existe entre sujeto activo y destinatario una posición de poder.»

c. La conducta debe afectar al comportamiento económico de los consumidores

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 27 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:12931):

«[L]o cierto es que los comportamientos descritos en el Art. 8 han de mermar la libertad de elección del destinatario en cuanto al comportamiento económico que adoptará en relación con un "bien" o un "servicio.»

- SAP Vizkaia, Sec. 4ª, de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:APBI:2015:2460):

«Pero a mayor abundamiento, y como inicialmente hemos dicho, para que una conducta pueda reputarse una práctica agresiva, es necesario que sea apta para mermar la libertad de elección o conducta del destinatario, de manera que afecte a su comportamiento económico, y en el caso de autos la conducta del demandado, ni ha mermado la libertad de elección de los destinatarios de las misivas, ni ha alterado su comportamiento económico. Y ello porque tales destinatarias en ningún caso se han dirigido al demandado con la intención de negociar, limitándose a dirigirse a la demandante solicitándole explicaciones, obteniendo la respuesta de que su compañía quedaría indemne ante cualquier eventual perjuicio, renovando de esa forma la garantía pactada, lo que pone de manifiesto, que el caso de autos, el contenido de las cartas, no era idóneo para alterar la libertad de elección de sus receptoras, pues disponían de la garantía de la demandante, de que en ningún caso responderían de las reclamaciones que eventualmente se les pudieran realizar.»

8. Actos de denigración (Artículo 9 de la LCD)

Artículo 9. Actos de denigración

Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

8.1. Ámbito de aplicación

- STS 236/2014, Civil, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:1955):

«Como ha declarado esta sala en las sentencias núm. 627/2010, de 26 de octubre⁷⁸, 167/2014, de 7 de abril⁷⁹, y 171/2014, de 9 de abril⁸⁰, el artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal trata de evitar el daño al crédito en el mercado producido a un agente económico. Pero no tiene como última finalidad dar protección a dicho crédito, sino asegurar, por medio de su tutela, el correcto funcionamiento del mercado. La buena reputación de los agentes económicos se protege en la Ley de Competencia Desleal ante manifestaciones falsas, inexactas o impertinentes porque por esa vía se da amparo a un adecuado desenvolvimiento de la institución de la competencia. Se trata, en definitiva, de impedir que las leyes de la oferta y la demanda resulten influidas por un acto injustificado de obstaculización del competidor por una decisión del consumidor deficientemente formada.»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 19 de octubre de 2006 (ECLI:ES:APB:2006:14665):

«Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre esta tipificación legal de la competencia desleal (SSAP Barcelona, sec. 15ª, 14 de enero de 2003, RA 273/2000⁸¹, 26 de enero de 2000 RA 25/99⁸²), señalando cómo, para mantener un sistema basado en la transparencia del mercado, basada en la eficiencia de las prestaciones y, más en concreto, para proteger al competidor ante conductas que obstaculicen de modo inadmisible su actividad y lesionen el prestigio ganado con ella, y al consumidor ante el empleo de una influencia inaceptable en su decisión, el artículo 9 de la LCD describe como desleal los actos de denigración, que comete quien emite o difunde "manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes»

8.2. Requisitos

a. ¿Qué requisitos deben concurrir para que exista deslealtad?

- STS 444/2021, Civil, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4484):

«Para que haya denigración, y no mero descrédito, el art. 9 de la LCD exige que las manifestaciones sean apta para menoscabar el crédito del tercero en el mercado, a no ser que sean verdaderas, exactas y pertinentes. Estos requisitos han de ser cumulativos, y se refiere por la doctrina a la correspondencia con la realidad de los hechos, a la provocación en los consumidores de la representación fiel de dicha realidad -la inexactitud es irrelevante i no lleva al engaño al destinatario medio-, y adecuación para incidir en la toma de decisiones en el mercado, estimándose también que no son pertinentes si no están justificadas o son desproporcionadas.

⁷⁸ STS 670/2010, Civil, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:5379).

⁷⁹ STS 167/2014, Civil, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2014:1876).

⁸⁰ STS 171/2014, Civil, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2014:1905).

⁸¹ SAP Barcelona, Sec. 15ª, 14 de enero de 2003 (ECLI:ES:APB:2003:230).

⁸² SAP Barcelona, Sec. 15ª, 26 de enero de 2000 (ECLI:ES:APB:2000:793).

La doctrina de esta Sala dictada en sede del art. 9 de la LCD, tiene declarado: a) Que el ilícito competencial consiste en la propagación a sabiendas de falsas aseveraciones contra un rival con objeto de perjudicarlo comercialmente, es decir, una actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto (Ss.1 de abril de 2004⁸³, 11 de julio de 2006⁸⁴), tratando de evitar el daño al crédito en el mercado producido a una gente económico, si bien su última finalidad es el correcto funcionamiento del mercado (S. 26 octubre 2010⁸⁵); b) Para que concurra el ilícito se requiere que las aseveraciones sean falsas (Ss. 1 de abril de 2004⁸⁶, 11 de julio de 2006⁸⁷), o como dice el propio precepto que "no sean exactas, verdaderas y pertinentes"(S. 24 de noviembre de 2006); c) Asimismo es necesaria la idoneidad o aptitud objetiva para menoscabar el crédito en el mercado (Ss. 22 de marzo⁸⁸ y 22 de octubre de 2007⁸⁹, 26 de octubre⁹⁰ y 22 de noviembre 2010⁹¹), cuya apreciación corresponde a los tribunales que conocen en instancia (S. 22 de marzo de 2007⁹²); d) Para estimar si unos actos constituyen ilícito de denigración habrá de tenerse en cuenta el contexto en que se hicieron y su finalidad (Ss. 23 de mayo de 2005⁹³ y 22 de marzo de 2007⁹⁴); y, e) La determinación en cada caso de los hechos que permiten valorar la aptitud objetiva de las manifestaciones realizadas o difundidas para menoscabar el crédito en el mercado corresponde a los tribunales que conocen del conflicto en las instancias y la revisión casacional se circunscribe al control de la razonabilidad del llamado juicio de ponderación (S. 26 de octubre de 2010⁹⁵).»

- STS 4452/2006, Civil, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4453):

«Se trata, por tanto, de actos que suponen un ataque a la reputación del tercero y que están realizados con finalidad concurrencial; en ellos deben presentarse estos elementos: a) el menoscabo de la reputación y el crédito del tercero en el mercado, como así se deduce de la sentencia de 20 marzo 1996⁹⁶; b) la falsedad; c) que sean pertinentes, y d) que tengan finalidad concurrencial. Así, por ejemplo, la sentencia de 20 marzo 1996⁹⁷ consideró acto de denigración las alusiones a la solvencia de la empresa afectada, en un supuesto muy parecido al que ahora es objeto de recurso. La sentencia de 1 abril 2004⁹⁸ definía lo que debía entenderse como denigración, siendo «la propagación a sabiendas de falsas aseveraciones contra un rival con objeto de perjudicarlo comercialmente; es decir, actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto; o la difusión de aseveraciones falsas en su perjuicio», criterio que había sido ya expresado en la sentencia de 15 octubre 2003⁹⁹ que consideró denigratoria una carta que atribuía

⁸³ STS 283/2004, Civil, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2004:2252).

⁸⁴ STS 4452/2006, Civil, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4453).

⁸⁵ STS 627/2010, Civil, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:5379).

⁸⁶ STS 283/2004, Civil, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2004:2252).

⁸⁷ STS 4452/2006, Civil, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4453).

⁸⁸ STS 310/2007, Civil, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:2227).

⁸⁹ STS 1100/2007, Civil, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6420).

⁹⁰ STS 627/2010, Civil, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:5379).

⁹¹ STS 720/2010, Civil, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:5885).

⁹² STS 310/2007, Civil, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:2227).

⁹³ STS 415/2005, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2005:3307).

⁹⁴ STS 310/2007, Civil, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:2227).

⁹⁵ STS 627/2010, Civil, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:5379).

⁹⁶ STS 7930/1996, Civil, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:1996:7930).

⁹⁷ STS 7930/1996, Civil, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:1996:7930).

⁹⁸ STS 283/2004, Civil, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2004:2252).

⁹⁹ STS 953/2003, Civil, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:6343).

una actuación incorrecta al demandante, lo que generó la paralización de unas obras y podría influir en los posteriores concursos para la adjudicación de obras.»

- STS 283/2004, Civil, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2004:2252):

«Partiendo de los hechos, inalterables en casación, la calificación de los mismos realizada por la sentencia objeto del recurso es correcta; no hay denigración, entendida ésta, como viene conceptuándose tradicionalmente, como la propagación a sabiendas de falsas aseveraciones contra un rival con objeto de perjudicarle comercialmente; es decir, actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto; o la difusión de aseveraciones falsas en su perjuicio.»

b. Debe existir una aptitud de menoscabo del crédito

- STS 754/2005, Civil, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6410):

«El motivo se desestima porque ninguno de los actos que se expresan tiene entidad cualitativa ni cuantitativa para integrar un acto de denigración del art. 9º de la LCD que exige como elemento típico la «aptitud para producir un menoscabo del crédito en el mercado»

c. Las manifestaciones deben ser creíbles para que exista deslealtad

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 25 de julio de 2012 (ECLI:ES:APB:2012:14089):

«En todo caso, la deslealtad del comportamiento se ha de condicionar a criterios de verosimilitud y atendibilidad de las manifestaciones por parte de los destinatarios, esto es, a la idoneidad de la manifestación para ser razonablemente creíble por el círculo de destinatarios efectivos del acto considerado. En este caso, el lector/a o destinatario/a no podrá percibir los términos de "maltrato" y "humillación" que emplea el Dr. Segundo en un sentido literal de maltrato físico o psicológico dispensado por Consultorio Dexeus SAP a sus pacientes, o de vejación u ofensa al honor, sino -leído el texto completo- como un riesgo, una potencialidad, en relación con la confidencialidad de los historiales en el tránsito hacia la nueva consulta del Dr. Segundo.»

d. Las manifestaciones deben ser aptas para menoscabar el crédito en el mercado

- ATS 7279/2018, Civil, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2018:7279A):

«De forma que procede la cita de la STS 310/2007, de 22 de marzo¹⁰⁰:

"Aun en el caso de que se estime que concurre el requisito genérico de que se trata, por ser el acto denunciado idóneamente competitivo, es preciso, para que quepa apreciar el ilícito de denigración, que las manifestaciones sean aptas para menoscabar el crédito en el mercado. Y al respecto, si bien es cierto que no se requiere un ánimo específico de denigrar, ni de producir la alteración de la reputación del competidor, ni que la comunicación haya tenido eficacia, sin embargo ha de existir la idoneidad o aptitud del acto, sin que su objetividad se pueda medir como pretende el recurrente por la opinión de una sola persona, y sin tomar en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, y entre ellas el contexto en que se produjeron las manifestaciones y la finalidad".»

e. Ámbito subjetivo de los actos de denigración

¹⁰⁰ STS 310/2007, Civil, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:2227).

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 28 de abril de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:3980):

«Andersen realiza un importante esfuerzo argumentativo en el recurso para defender la certeza de sus afirmaciones o, cuando menos, la creencia de que la información que facilitaba era cierta. En este punto es importante advertir que el Tribunal Supremo ha exigido un elemento subjetivo para la concurrencia de la denigración. En la citada sentencia de 2011 se exige, para que concurra el tipo del artículo que la propagación [de la información sea] a sabiendas de falsas aserciones.

Esta exigencia jurisprudencia, que aparece reflejada en el criterio de las audiencias provinciales, tiene un antecedente previo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2004¹⁰¹ en la que se define la denigración como « la propagación a sabiendas de falsas aserciones contra un rival con objeto de perjudicarle comercialmente; es decir, actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto; o la difusión de aseveraciones falsas en su perjuicio".

La introducción de este elemento subjetivo permite considerar que no habrá deslealtad cuando quien difunde la información lo hace en la creencia fundada de que esa información es veraz.»

8.3. Actos de denigración en la publicidad

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 6 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:14160):

«[L]a publicidad será denigratoria cuando sea apta para menoscabar ante los consumidores la reputación del producto o servicio, partiendo, como hemos dicho, de un consumidor medio, informado, atento y perspicaz. Siempre con la excepción que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Este misma sección en sentencia 257/2005, de 27 de mayo¹⁰² (ECLI:ES:APB:2005:5584), en relación con la exceptio veritatis ha precisado:

"Exactitud entendida en el sentido de que la información difundida se corresponda con la realidad de las cosas, y veracidad, que implica que en todo caso provoque en sus destinatarios una representación fiel de la realidad de las cosas. No hay veracidad si a la vista de los términos empleados, del contexto de la comunicación y de las circunstancias que las rodean, son comprendidas de forma incorrecta por sus destinatarios, o proporcionan una representación que no se corresponde enteramente con la realidad de las cosas.

e) Es preciso, además, que sean pertinentes para que queden fuera del reproche de ilicitud. Esto es, que, en consideración a la naturaleza y características de las actividades, prestaciones, establecimientos promocionados y a las particularidades del círculo de destinatarios de las manifestaciones, sean adecuadas e idóneas para permitir la formación de sus preferencias y la adopción de decisiones conforme al principio de competencia por méritos (basada en la eficiencia de las propias prestaciones propias). En sentido contrario, no son pertinentes si se refieren a extremos que no son relevantes para la toma de decisiones en el mercado, tampoco si no están justificadas o son desproporcionadas".»

¹⁰¹ STS 283/2004, Civil, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2004:2252).

¹⁰² SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 27 de mayo de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:5584).

9. Actos de comparación (Artículo 10 de la LCD)

Artículo 10. Actos de comparación

La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

- a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.
- b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.
- c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.
- d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
- e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.

9.1. Ámbito de aplicación

- STS 130/2006, Civil, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:706):

«[A]lude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor, hay que entender que se trata de un supuesto de publicidad comparativa, la cual está permitida siempre que cumpla los requisitos que la norma le impone y que, en principio, son más rigurosos que los exigidos para otras modalidades, como consecuencia de la necesidad de tutelar los legítimos intereses de los competidores aludidos, además de garantizar a los consumidores una información objetiva y veraz.»

- SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 27 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APLO:2015:102):

«La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 15ª de 23 de abril de 2014¹⁰³, razona a propósito de toda esta materia (si bien referida todavía a la Directiva 84/450 /CEE de 10 de septiembre de 1984, modificada por la Directiva 97/55/CE, su doctrina es trasladable igualmente a lo dispuesto por la nueva Directiva 2006/114/CE), señalando que la publicidad comparativa es aquella mediante la cual el anunciante contrapone la propia oferta a la del competidor con la finalidad de demostrar la inferioridad de los productos ajenos frente a los propios, comprendiendo toda acción que comporte una confrontación pública de la actividad, prestaciones o establecimiento -generalmente- propios con los de un tercero, hecha con el objeto de resaltar la primacía o la mayor conveniencia de una de las ofertas comparadas, comúnmente la propia. Continúa diciendo esta sentencia que "A tenor del art. 2.2 bis de la Directiva indicada, se considerará publicidad comparativa toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un

¹⁰³ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 23 de abril de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:5464).

competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor. La Sentencia del Tribunal Supremo 130/2006, de 22 de febrero, advierte que la publicidad comparativa está permitida siempre que cumpla los requisitos que la norma le impone (art. 10LCD) y que, en principio, son más rigurosos que los exigidos para otras modalidades, como consecuencia de la necesidad de tutelar los legítimos intereses de los competidores aludidos, además de garantizar a los consumidores una información objetiva y veraz. Añade que "dado que toda comparación implica un cierto grado de descrédito para la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, la medida de lo tolerable depende del contenido del mensaje, que ha de ser interpretado en su conjunto, sin descomponerlo en partes y atendiendo a la impresión global que sea susceptible de generar en los destinatarios, así como de la necesidad de utilizar la minusvaloración para llevar a cabo una comparación adecuada a todas las exigencias legales que la convierten en lícita". [...]

Por su parte, la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2010¹⁰⁴ razona a propósito de la publicidad comparativa de la siguiente manera: "es preciso recordar que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los diversos requisitos de licitud de la publicidad comparativa que enumera el referido artículo 3 bis, apartado 1, pretenden ponderar los diferentes intereses que pueden resultar afectados por la autorización de la publicidad comparativa. De la lectura conjunta de los considerandos segundo, séptimo y noveno de la Directiva 97/55 se desprende que el objetivo de dicho artículo 3 bis es estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor, permitiendo a los competidores exponer de manera objetiva las ventajas de los diferentes productos comparables y prohibiendo, al mismo tiempo, prácticas que puedan distorsionar la competencia, perjudicar a los competidores y ejercer un efecto negativo sobre la elección de los consumidores (sentencia L'Oréal y otros, antes citada, apartado 68).»

9.2. Los actos de comparación y la publicidad comparativa

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 22 de marzo de 2000 (ECLI:ES:APB:2000:3634):

«La publicidad comparativa, que es, al fin, la que, por engañosa se denuncia en la demanda, está regulada en nuestro Ordenamiento (además de en diversas normas relativas a la publicidad de determinados productos o servicios) en el artículo 10 de la Ley 3/1991, de 10 de enero (RCL 1991, 71) , de competencia desleal, y en el artículo 6.c de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad. Dichas normas son respetuosas con las exigencias armonizadoras instauradas por la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984 , sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, modificada por la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997 . La referida dualidad de regulación se traduce en una concurrencia de normas que, en este caso, no plantea problemas de compatibilidad, interpretadas una y otra a la luz de sus respectivos espíritus, de su significativa correlación histórica, del canon hermenéutico de la totalidad y, claro está, de las referidas Directivas.»

9.3. Requisitos

- SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 27 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APLO:2015:102):

«La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 15ª de 23 de abril de 2014¹⁰⁵, [...] que [...] Conforme al art. 10 LCD, la comparación pública, incluida la publicidad comparativa, ha de cumplir las condiciones o requisitos que relaciona el precepto: en general, ha de referirse de modo objetivo a características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio y, además, ha de respetar los límites dispuestos

¹⁰⁴ Sentencia de 18 de noviembre de 2010, C-159/09, ECLI:EU:C:2010:696.

¹⁰⁵ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 23 de abril de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:5464).

con carácter general para todas las conductas realizadas en el mercado y con finalidad concurrencial, contemplando la norma dos supuestos en particular: el engaño y la denigración. Así, reputa desleal la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 5, 7, 9 y 20 LCD.»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 22 de marzo de 2000 (ECLI:ES:APB:2000:3634):

«Del conjunto normativo expuesto resulta la conclusión de que la publicidad comparativa es, en principio, lícita, además de conveniente, pues posibilita una más informada decisión de los consumidores, árbitros de la lucha por el mercado. [...]

Ese elemento, integrante del tipo desleal (el artículo 10.1 de la Ley de Competencia Desleal se refiere a la comparación pública ; y el artículo 6.c de la Ley General de Publicidad utiliza los términos publicidad comparativa se contrapongan), puede aparecer de modo implícito o explícito (el artículo 2 bis de la Directiva modificada define este tipo de publicidad como aquella que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor) y ha de ser enjuiciado, en todo caso, desde el punto de vista del destinatario de la publicidad.

El segundo de los elementos constitutivos del acto desleal a que se han referido las litigantes es el relativo a la veracidad de los extremos comparados (el artículo 10.1 de la Ley de Competencia Desleal exige para la licitud que los datos sean comprobables, como antesala de la exigencia de su efectiva comprobación; el artículo 6.c de la Ley General de Publicidad reclama, para que quepa hablar de publicidad comparativa lícita, que la misma se apoye en características ... objetivamente demostrables ; y el artículo 3.bis.1.a de la Directiva, que la publicidad no sea engañosa según la definición del apartado 2 del artículo 2, esto es, que no induzca o pueda inducir a error a las personas a las que se dirige ... y ... afectar su comportamiento económico o ... perjudicar a un competidor).»

9.4. Los requisitos de los actos de comparación deben interpretarse en el sentido más favorable a la comparación

- SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 27 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APLO:2015:102):

«Por su parte, la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2010 (ROJ: STJUE 356/2010)¹⁰⁶ razona a propósito de la publicidad comparativa de la siguiente manera: [...] "De ello resulta que los requisitos enumerados en el mencionado artículo 3 bis, apartado 1, deben interpretarse en el sentido más favorable para permitir la publicidad que compara objetivamente las características de bienes o servicios, garantizando al mismo tiempo que la publicidad comparativa no se utilice de manera desleal y contraria a la competencia o de modo que perjudique a los intereses de los consumidores" (sentencia L'Oréal y otros, antes citada, apartado 69 y jurisprudencia citada).»

9.5. Las comparaciones implícitas

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 22 de marzo de 2000 (ECLI:ES:APB:2000:3634):

«Sin embargo, como se ha dicho, la identificación de los productos ajenos, al fin de calificar la publicidad como comparativa, puede producirse, aunque falten las expresiones literales directamente dirigidas a designar las prestaciones de otro. Lo determinante es que los destinatarios de la publicidad puedan entender que se efectúa la comparación con los productos ajenos, ya sean los de un empresario singular, ya los de los integrantes de un grupo o categoría, aunque consistan en prestaciones de varios.»

¹⁰⁶ Sentencia de 18 de noviembre de 2010, C-159/09, ECLI:EU:C:2010:696.

9.6. El concepto amplio de comparación

- SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 27 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APLO:2015:102):

«Se parte de la idea de que la publicidad comparativa, cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos y no es engañosa, es una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener. Y a este respecto, se indica explícitamente en la parte expositiva de esta Directiva que "es deseable establecer un concepto amplio de la publicidad comparativa a fin de abarcar todas las formas de este tipo de publicidad.»
- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 23 de abril de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:5464):

«A tenor del art. 2.2 bis de la Directiva indicada, se considerará publicidad comparativa toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor.»

9.7. Las comparaciones deben ser analizadas en su conjunto

- STS 130/2006, Civil, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:706):

«Y dado que toda comparación implica un cierto grado de descrédito para la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, la medida de lo tolerable depende del contenido del mensaje, que ha de ser interpretado en su conjunto, sin descomponerlo en partes y atendiendo a la impresión global que sea susceptible de generar en los destinatarios, así como de la necesidad de utilizar la minusvaloración para llevar a cabo una comparación adecuada a todas las exigencias legales que la convierten en lícita.»
- SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 27 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APLO:2015:102):

«Por su parte, la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2010 (ROJ: STJUE 356/2010)¹⁰⁷ razona a propósito de la publicidad comparativa de la siguiente manera: [...] "De ello resulta que los requisitos enumerados en el mencionado artículo 3 bis, apartado 1, deben interpretarse en el sentido más favorable para permitir la publicidad que compara objetivamente las características de bienes o servicios, garantizando al mismo tiempo que la publicidad comparativa no se utilice de manera desleal y contraria a la competencia o de modo que perjudique a los intereses de los consumidores" (sentencia L'Oréal y otros, antes citada, apartado 69 y jurisprudencia citada).»

9.8. Una comparación objetiva no implica que deban compararse todos los competidores o todos los productos de los competidores

- SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 27 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APLO:2015:102):

«Refuerza esta idea, así como la idea de que la comparación global, la doctrina establecida por la sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2006¹⁰⁸. [...] "El requisito de que la publicidad «compare de modo objetivo» las características de los bienes de que se trata, establecido por el artículo 3 bis, apartado 1, letra c), de la Directiva 84/450, en materia de publicidad engañosa y de publicidad comparativa, en su versión modificada por la Directiva 97/55, debe interpretarse en el sentido de que no implica -en caso de comparación de los precios de una gama de productos de consumo

¹⁰⁷ Sentencia de 18 de noviembre de 2010, C-159/09, ECLI:EU:C:2010:696.

¹⁰⁸ Sentencia de 19 de septiembre de 2006, C-356/04, ECLI:EU:C:2006:585.

habitual comparables comercializados por cadenas de grandes almacenes competidoras o del nivel general de los precios aplicados por éstas por lo que respecta a la gama de productos comparables que comercializan- que los productos y precios comparados, a saber, tanto los del anunciante como los de todos sus competidores incluidos en la comparación, sean enumerados expresa y exhaustivamente en el mensaje publicitario".

Pues bien, si es posible que la comparación tenga lugar en el nivel global de precios sin que se pueda exigir por el competidor que la publicidad comparativa que se realiza lleve a cabo una particularización del precio entre cada producto o servicio, es perfectamente dable también que la comparación se refiera no a todo tipo de productos, sino solo a algunos de ellos, sin que pueda exigirse por el competidor que a esa publicidad se tengan que añadir también otros productos que quien la lleva a cabo no ha deseado publicitar entre los consumidores o profesionales. Dicho de otra manera: si TESYS INTERNET S.L.U. ha decidido publicitar únicamente sus productos .com y .es, no puede exigírsele que además publicite otros (.net, .org, .biz, .eu, .info), de los que no ha deseado hacer publicidad, y además que compare sus precios con los de otros competidores. [...]

Por último, el artículo 10 de la LCD ni la Directiva 2006/114/CE exigen que la publicidad comparativa tenga que hacerse con todos los demás competidores del sector, menos todavía que el empresario o profesional que opte por este tipo de publicidad para promocionar sus productos, deba hacerla incluso con aquellos competidores con cuya comparación salga desfavorecido, que es en definitiva lo que pretende la parte apelante. Como bien razona el juez "a quo", eso sería tanto como pretender que un empresario debe promocionar a la competencia.»

9.9. La comparación desleal en relación con los otros artículos de la LCD

- SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 27 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APLO:2015:102):

«Continúa diciendo esta sentencia¹⁰⁹ que [...], reputa desleal la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 5, 7, 9 y 20 LCD .

De modo que, si la deslealtad deriva de una comparación engañosa o denigrante, por más que la conducta deba situarse en el ámbito de aplicación del art. 10.2, la expresa remisión a los arts. 5, 7, 9 y 20, configuradores de las prácticas engañosas y denigratorias, determina que el control de licitud deba tomar como término de referencia los elementos que a tenor de estos preceptos conforman la deslealtad concurrencial, como acto de engaño o bien de denigración.»

9.10. Los actos de comparación con el uso de marcas y nombres comerciales

- Sentencia de 18 de junio de 2009, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378:

«Considerando que, no obstante, puede ser indispensable, para efectuar una publicidad comparativa eficaz, identificar los productos o servicios de un competidor haciendo referencia a una marca de la cual este último es titular o a su nombre comercial;

Considerando que una utilización tal de la marca, del nombre comercial u otros signos distintivos de un tercero, siempre que se haga respetando las condiciones establecidas mediante la presente Directiva, no atenta contra el derecho exclusivo, puesto que su objetivo consiste solamente en distinguir entre ellos y, por tanto, resaltar las diferencias de forma objetiva; [...]

¹⁰⁹ Referencia a la SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 23 de abril de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:5464).

Considerando que no se considerará que las comparaciones que presenten un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o servicio que lleve marca o nombre comercial protegidos cumplen las condiciones que ha de cumplir la publicidad comparativa permitida. [...]

El Tribunal de Justicia ha precisado que el titular de una marca registrada no está facultado para prohibir el uso de un signo idéntico o similar a su marca por parte de un tercero en publicidad comparativa, si ésta cumple todos los requisitos de licitud enunciados en el artículo 3 bis, apartado 1, de la Directiva 84/450 [véase la sentencia O2 Holdings y O2 (UK), antes citada, apartados 45 y 51]. [...]

En lo que atañe, más concretamente, a la utilización de la marca de un competidor en publicidad comparativa, el artículo 3 bis, apartado 1, de la Directiva 84/450 supedita dicha utilización, en particular, a cuatro requisitos específicos, enunciados respectivamente en dicho artículo 3 bis, apartado 1, letras d), e), g) y h). [i] Se exige que la utilización de la marca no dé lugar a riesgo de confusión, [ii] que no desacredite ni denigre la marca, [iii] que no saque indebidamente ventaja de la reputación de ésta, y [iv] que no presente un bien o un servicio como una imitación o una réplica del producto o del servicio que lleve la marca. »

10. Actos de imitación (Artículo 11 de la LCD)

Artículo 11. Actos de Imitación.

1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.

10.1. Ámbito de aplicación

- STS 275/2017, Civil, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1658):

«Debe recordarse que, como ha declarado reiteradamente este tribunal, la regulación de la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales contenida en el art. 11 de la Ley de Competencia Desleal parte del principio de que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre si no existe un derecho de exclusiva que los ampare. Así se desprende de la propia exposición de motivos de la Ley de Competencia Desleal, y así se expresa en el apartado primero del art. 11 de la Ley de Competencia Desleal.

Solo si concurren determinadas circunstancias, entre las que se encuentra la idoneidad para generar asociación, la imitación es desleal, siempre que concurra el requisito de la inevitabilidad.

En la imitación desleal del art. 11.2 de la Ley de Competencia Desleal, lo imitado no es el signo distintivo (en un sentido muy amplio que incluye los elementos que son percibidos en el tráfico como forma de identificación o presentación de la prestación que remita a una procedencia empresarial determinada) sino la prestación misma. Cuando la deslealtad de la imitación radica en el riesgo de asociación, es necesario que la prestación en sí sea apta para evocar una determinada procedencia empresarial.»

10.2. ¿Qué protegen los actos de imitación?

- STS 1032/2007, Civil, de 8 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6143):

«Otro es el caso de los actos de imitación (artículo 11 LCD) que se señalan (modelos de contrato ordinario y completo de conservación, "contrato a todo riesgo"), aun cuando sólo pueden ser constitutivos de deslealtad si tal imitación es idónea para generar asociación o comporta un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, dado que, como el propio precepto señala, la imitación de prestaciones o de iniciativas ajenas es libre, salvo que "estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley", o bien sea idónea la imitación para generar asociación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajeno, a menos que tales aprovechamiento de la reputación o el riesgo de asociación sean inevitables (artículo 11.1 y 2.I y II LCD), o se trate de una imitación sistemática encaminada a impedir u obstaculizar la afirmación de un competidor en el mercado y exceda de la que pueda reputarse "respuesta natural del mercado". En el caso, supuesto que cabe subsumir la imitación de los modelos contractuales, en cuanto implican modulación no conformación de ciertas prestaciones y establecen las relativas contraprestaciones y las atribuciones de riesgos, como imitación de prestaciones e iniciativas empresariales, esto es, lo que la doctrina ha calificado como "reproducción idéntica o sustancialmente similar de los resultados del trabajo ajeno", lo que incluye productos, servicios, estrategias publicitarias, comerciales, de financiación o de organización, cualquiera que sea su naturaleza o su forma de exteriorización, podría verse un aprovechamiento del esfuerzo ajeno, que no es descartable por el mero hecho de que no esté amparada por un derecho de exclusiva, como hace la Sala de instancia, cuyo criterio no comparte esta Sala.»

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 18 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:12144):

«En la STS 97/09, de 25 de febrero de 2009¹¹⁰ se destacan las diferencias entre los ilícitos examinados [...] "en el art. 6º se ubica la presentación del producto, en tanto en el 11 la creación del producto, extendiéndose a las creaciones técnicas, artísticas, estéticas y ornamentales" (STS 17-7-07, en rec. 3426/00, y en el mismo sentido STS 10-10-07 en rec. 4132/00).»

10.3. Requisitos

a. *Requisitos positivos y negativos*

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 26 de junio de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:5437):

«Por otra parte, para la apreciación del ilícito concurrencial del art. 11.2 LCD, la jurisprudencia exige la confluencia de tres requisitos positivos y la ausencia de dos circunstancias de índole negativa [doctrina contenida, entre otras, en la STS 15 de diciembre de 2008¹¹¹].

¹¹⁰ STS 97/2009, Civil, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2009:880).

¹¹¹ STS 1167/2008, Civil, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6676).

Los tres requisitos positivos son: i) la existencia de una "imitación", la cual consiste en la copia de un elemento o aspecto esencial, no accidental o accesorio, incidiendo sobre lo que se denomina "singularidad competitiva" o "peculiaridad concurrencial", que puede identificarse por un componente o por varios elementos [SSTS 17 de julio de 2007¹¹² y 15 de diciembre de 2008¹¹³ (Roj: STS 6676/2008)]; ii) la imitación debe serlo de creaciones materiales (técnicas, artísticas, estéticas y ornamentales), los productos, las características propias de estos..., y no de las formas de presentación [SSTS de 9 de junio de 2003; 11 de mayo de 2004¹¹⁴; 7 de julio¹¹⁵ y 22 de noviembre de 2006¹¹⁶; 30 de mayo¹¹⁷, 12 de junio¹¹⁸, 10 y 17 de julio de 2007¹¹⁹; 5 de febrero¹²⁰ y 15 de diciembre de 2008¹²¹ (Roj: STS 6676/2008)]; y iii) la idoneidad de esta imitación para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación, constituyendo la asociación «la errónea creencia del destinatario a la vista de las características del producto que proceden de la misma fuente empresarial o de distinta fuente pero existiendo vinculaciones jurídicas o económicas entre una y otra que expliquen la semejanza» [SSTS 7 de julio de 2009¹²² (Roj: STS 4441/2009)].

Los dos requisitos negativos son «que la prestación o iniciativa empresarial ajena no esté amparada por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley» y «que no concurra la circunstancia de inevitabilidad del riesgo de asociación o del aprovechamiento indebido a que se refiere el párrafo segundo del art. 11.2 LCD» [STS 15 de diciembre de 2008¹²³].»

b. Es necesario un aprovechamiento del esfuerzo ajeno

- STS 306/2017, Civil, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1910):

«Para que sea desleal, la imitación debe suponer un aprovechamiento del esfuerzo y tal aprovechamiento hade ser indebido. La nota genérica de «aprovechamiento de lo ajeno» explica que en la doctrina y en la práctica se haga hincapié en que el tipo legal sanciona la conducta que parasita el esfuerzo material y económico de un tercero.

La deslealtad de la imitación no se basa en el mero aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pues de otro modo estaríamos reconociendo un derecho de exclusiva no previsto por el ordenamiento jurídico. Toda imitación supone un cierto aprovechamiento del esfuerzo ajeno, y el principio de libre imitabilidad excluye que la imitación de la creación material ajena sea, per se, desleal. La deslealtad se justifica por el modo y la forma en que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación ajena objeto de imitación.

¹¹² STS 887/2007, Civil, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5407).

¹¹³ STS 1167/2008, Civil, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6676).

¹¹⁴ STS 341/2004, Civil, de 11 de mayo (ECLI:ES:TS:2004:3192).

¹¹⁵ STS 717/2006, Civil, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2006:3936).

¹¹⁶ STS 1168/2006, Civil, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7539).

¹¹⁷ STS 580/2007, Civil, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:4231).

¹¹⁸ STS 654/2007, Civil, de 12 de junio (ECLI:ES:TS:2007:4444).

¹¹⁹ STS 887/2007, Civil, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5407).

¹²⁰ STS 40/2008, Civil, de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2008:2678).

¹²¹ STS 1167/2008, Civil, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6676).

¹²² STS 483/2009, Civil, 7 de julio (ECLI:ES:TS:2009:4441).

¹²³ STS 1167/2008, Civil, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6676).

En la sentencia 675/2014, de 3 de diciembre¹²⁴, afirmamos que, dado que toda imitación implica beneficiarse del esfuerzo del imitado, se ha impuesto una interpretación de la norma del art. 11.2 LCD que no deje sin contenido efectivo la regla de libre imitación de las prestaciones ajenas no amparadas por un derecho de exclusiva que se contiene en el art. 11.1 LCD y que, además, respete la función de la Ley de Competencia Desleal.»

c. *Es necesaria la singularidad competitiva de la prestación*

- STS 306/2017, Civil, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1910):

«Es necesario que la prestación imitada goce de singularidad competitiva por poseer rasgos que la diferencien de las prestaciones habituales en ese sector del mercado, de modo que sus destinatarios puedan identificarla y reconocerla y, en el caso de que la deslealtad de la imitación se funde en el riesgo de asociación, atribuirle a una determinada procedencia empresarial, diferenciándola de las prestaciones habituales en el sector provenientes de otras empresas. De hecho, la imitación relevante a efectos del art. 11.2 de la Ley de Competencia Desleal solo es aquella que consiste en la copia de un elemento o aspecto esencial, no accidental o accesorio, incidiendo sobre lo que se denomina «singularidad competitiva» o «peculiaridad concurrencia que puede identificarse por un componente o por varios elementos. Así lo hemos declarado en sentencias tales como las 887/2007, de 17 de julio¹²⁵, y 1167/2008, de 15 de diciembre¹²⁶.

Ello excluye la singularidad competitiva en los productos cuyas formas estandarizadas sean las generalmente utilizadas en el sector del mercado de que se trate, pues la prestación original debe reunir rasgos diferenciales que la distingan suficientemente de otras prestaciones de igual naturaleza, de forma que permitan al destinatario individualizar su origen. Por tanto, el riesgo de asociación no concurre cuando la prestación imitada, por sus características, no es relacionada por sus destinatarios con un determinado origen empresarial.»

d. *El concepto de asociación*

- STS 483/2009, Civil, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2009:4441):

«[La asociación es] la errónea creencia del destinatario a la vista de las características del producto que proceden de la misma fuente empresarial o de distinta fuente pero existiendo vinculaciones jurídicas o económicas entre una y otra que expliquen la semejanza»

e. *La asociación o el aprovechamiento de la reputación ajena debe ser inevitable*

- SAP Córdova, Sec. 1ª, de 14 de julio de 2007 (ECLI:ES:APCO:2017:666):

«Que el riesgo de asociación o aprovechamiento de la reputación ajena no resulta inevitable, pues la inevitabilidad de dichos efectos excluye la deslealtad de la práctica de que se trate.»

f. *La asociación debe ocurrir en el mercado*

- SAP Córdova, Sec. 1ª, de 14 de julio de 2007 (ECLI:ES:APCO:2017:666):

¹²⁴ STS 675/2014, Civil, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5701).

¹²⁵ STS 887/2007, Civil, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5407).

¹²⁶ STS 1167/2008, Civil, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6676).

«Que dicho riesgo de asociación o aprovechamiento de la reputación ajena se produzca en el mercado, no bastando la susceptibilidad teórica de que un potencial riesgo puede surgir.»

10.4. El carácter restrictivo de la deslealtad en la imitación

- STS 1167/2008, Civil, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6676):

«En segundo lugar, y en exégesis del precepto que se examina, procede señalar: a) Que la apreciación de la deslealtad sancionada en la norma debe ser objeto de interpretación restrictiva (SS. 13 de mayo 2.002¹²⁷ y 30 de mayo de 2.007¹²⁸) porque si bien las creaciones empresariales deben ser protegidas por el interés de sus creadores o titulares, de los consumidores y el interés en general, sin embargo nuestro ordenamiento jurídico establece como principio general el de libre imitabilidad (art. 11.1 LCD) que se halla integrado en el de libre competencia (S. 17 de julio de 2.007¹²⁹).»
- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 29 de junio de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:5437):

«También tiene declarado la jurisprudencia que la apreciación de la deslealtad sancionada en el art. 11 LCD debe ser objeto de interpretación restrictiva (STS 437/2002, de 13 de mayo¹³⁰, 580/2007, de 30 de mayo¹³¹, 1167/2008, de 15 de diciembre¹³²), pues en otro caso quedaría vacío de contenido el principio de libre imitabilidad que constituye el postulado esencial al que responde toda la regulación.»

10.5. La imitación sistemática

a. ¿Qué es la imitación sistemática?

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 29 de junio de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:5437):

«En nuestro caso, creemos que es preciso descartar con claridad que la conducta imputada sea susceptible de integrar el tipo del art. 11.3 LCD porque no estamos ante una « imitación sistemática », lo que exigiría que los demandantes hubieran desarrollado una pluralidad de iniciativas y que los demandados las hubieran seguido de forma sistemática, esto es, reiterada.»

b. La imitación sistemática desleal

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 3 de marzo de 2003 (ECLI:ES:APB:2003:7352)¹³³:

«La imitación sistemática (que tiene lugar cuando un competidor imita, de modo más o menos inmediato, todos o la mayoría de los nuevos productos, iniciativas, estrategias de marketing, etc., de un competidor) no es, por sí sola y como entendía la doctrina tradicional, desleal. Es necesario atender a sus efectos sobre el mercado, que integran el reproche de deslealtad y se identifican con

¹²⁷ STS 437/2002, Civil, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2002:3331).

¹²⁸ STS 580/2007, Civil, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:4231).

¹²⁹ STS 887/2007, Civil, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5407).

¹³⁰ STS 437/2002, Civil, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2002:3331).

¹³¹ STS 580/2007, Civil, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:4231).

¹³² STS 1167/2008, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6676).

¹³³ En una línea similar, la SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 4 de abril de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:4537).

los de obstaculización u obstrucción que provoca sobre el pionero, produciendo a la postre la desincentivación de la generación de innovaciones.

Esa matización en cuanto a sus efectos, unida a la exigencia de que la imitación exceda de la respuesta normal del mercado ante las innovaciones, determina considerar, como factor necesario para fundar el reproche de deslealtad, el tamaño o fortaleza de la empresa imitadora, que debe ser mayor que el de la empresa imitada (el imitador saca partido de la superioridad de sus recursos financieros y de su control de las redes de distribución en perjuicio del pionero). En efecto; la norma persigue evitar una estructura de mercado monopolística y situaciones de abuso de poder económico en el mercado, que se produciría por la imitación sistemática de las innovaciones de una empresa menor, dado que ésta, a la vista de que la imitación le impide asentarse o aumentar su cuota de mercado, no se ve estimulada a seguir invirtiendo en innovaciones (I+D) e impide que el pionero se forje una reputación comercial. Se pretende fomentar, al fin, una estructura de mercado que favorezca la lucha competitiva y la inversión en generación innovadora.»

c. Sujetos en la imitación sistemática desleal

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 4 de mayo de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:4537):

«De ahí que se excluya la deslealtad cuando sujeto activo y pasivo son empresas de tamaño similar (en tal caso la imitación es un fenómeno natural que responde a la necesidad estratégica de reaccionar con urgencia frente al movimiento del rival) y cuando el imitador es una pequeña o mediana empresa y el imitado una gran empresa o de mayor tamaño (en tal supuesto esta última, pese a ser imitada de forma sistemática, dada su capacidad de recursos no se verá obstaculizada en el mercado). Como ha señalado la doctrina, la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas de una gran empresa constituye una estrategia probablemente necesaria para las pequeñas empresas, es decir, una respuesta natural del mercado.»

10.6. Los actos de imitación y su relación con los artículos 6 y 12 de la LCD

- STS 792/2010, Civil, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7202):

«En concreto, el tipo del artículo 6 responde a la necesidad de proteger la decisión en el mercado del consumidor, ante el peligro de que sufra error sobre el establecimiento que visita, la empresa con la que se relaciona o los productos o servicios objeto posible de sus contratos, como consecuencia de la apropiación, la aproximación o la imitación de los medios de identificación utilizados por otros participantes en aquel - sentenciade 20 de mayo de 2.010¹³⁴ -. Al mencionar la norma como objeto de la confusión del consumidor "la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos", se refiere el legislador a los medios de identificación o presentación de la empresa, de las prestaciones o de los establecimientos de otro agente económico en el mercado.

También se proyecta sobre las creaciones formales, bien que reputadas, el artículo 12 - Sentencia de 19 de mayo de 2.008¹³⁵ -, mientras que el artículo 11 lo hace a la imitación de las iniciativas empresariales y de las prestaciones ajenas, entendidas éstas en el sentido de creaciones materiales- sentencias de 11 de mayo de 2.000, 7 de julio de 2.006¹³⁶ y 4 de marzo de 2.010 -.»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 29 de junio 2017 (ECLI:ES:APB:2017:5437):

¹³⁴ STS 338/2010, Civil, de 20 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2414).

¹³⁵ STS 365/2008, Civil, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2209).

¹³⁶ STS 717/2006, Civil, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2006:3936).

«La jurisprudencia distingue el ámbito de aplicación de los arts. 6 y 12 LCD, por un lado, y del art. 11 LCD, por otro, según la copia e imitación se refiera a las formas de presentación de productos o servicios (arts. 6 y 12 LCD) o, propiamente, a las prestaciones (art. 11 LCD). [...]

Como tuvimos ocasión de sostener en nuestra Sentencia de 28 de junio de 2002 (JUR 2004/4073) y constituye la tesis más extendida sobre la forma de entender la delimitación del ámbito de aplicación del art. 6 y el art. 11 LCD, el objeto de confusión en el art. 6 LCD lo constituyen los «medios de identificación empresarial», es decir, los signos distintivos (marcas y nombre comercial) y cualquier otro elemento que sirva para indicar el origen empresarial, como suele serlo la forma de envase y de la etiqueta de un producto, la decoración del establecimiento, etc. En cambio, en el art. 11 LCD el objeto de imitación es la propia prestación empresarial, es decir, el producto o servicio en sí mismo y no sus formas de presentación.»

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 23 de abril de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:5464):

«La confusión que contempla esta norma está referida a los medios de identificación utilizados por un empresario en el mercado, bien sea de su actividad, de sus productos o prestaciones o de su establecimiento comercial, esto es, el que recae sobre la identificación o presentación de aquéllos o éstos, imponiendo un juicio de confundibilidad que considere no sólo los medios de identificación y la similitud de productos o servicios con ellos distinguidos, sino también todos aquellos otros factores que coadyuvan a ponderar, reforzando o debilitando, el riesgo de confusión. Aquí, a diferencia del art. 11 LCD, no rige el principio de libre imitabilidad, ni el de la inevitabilidad del riesgo de confusión o de asociación, porque siempre es evitable la imitación de los signos de identificación ajenos.»

11. Aprovechamiento de la reputación ajena (Artículo 12 de la LCD)

Artículo 12 . Explotación de la reputación ajena.

Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelos», «sistema», «tipo», «clase» y similares.

11.1. Ámbito de aplicación

- STS 746/2010, Civil, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7201):

«La nota genérica de aprovechamiento de lo ajeno explica que en la doctrina y en la práctica se haga hincapié en que el tipo legal sanciona la conducta parasitaria del esfuerzo material y económico de otro, y recoge la interdicción de los actos de expoliación de la posición ganada por un competidor con su esfuerzo para dotar de reputación, prestigio o buena fama a los productos o servicios con los que participa en el mercado (S. 19 de mayo de 2.008¹³⁷).

Lo expuesto nos revela también que el objeto de protección no es solo el correcto funcionamiento del mercado, que impregna toda la Ley especial, y la protección del interés de los consumidores, sino singularmente el interés de los competidores.»

¹³⁷ STS 365/2008, Civil, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2209).

11.2. Requisitos

a. *¿Qué requisitos deben concurrir para que exista deslealtad?*

- STS 966/2005, Civil, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:7114):

«Estamos, ante el aprovechamiento indebido en beneficio de la demandada de la reputación industrial, comercial y profesional conseguido con estos aparatos tanto en los mercados nacionales, como internacionales, con independencia de que pueda o no resultar idónea para generar la asociación por parte de consumidores;»

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 29 de junio de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:5437):

«Los presupuestos para que concurra el ilícito del artículo 12 LCD son: (i) el prestigio o reputación de un tercero, (ii) la realización de un comportamiento apto para lograr un aprovechamiento o ventaja de esa reputación ajena y (iii) que el aprovechamiento sea indebido.»

b. *Una reputación: requisito necesario*

- STS 746/2010, Civil, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7201):

«La nota antes descrita como genérica -esfuerzo ajeno- adquiere especificidad en el término legal "reputación". Es preciso la existencia de una reputación industrial, comercial o profesional, lo que requiere una cierta implantación en el mercado. El término legal "reputación" comprende los de fama, renombre (el precepto protegía la marca renombrada hasta la LM de 2.001, dado el casi total olvido por la LM de 1.988, el crédito, el prestigio, el "goodwill", buen nombre comercial. La carga de la prueba de su existencia incumbe a quien lo afirma y pretende obtener los efectos de la norma en su favor (art. 217.2 LEC).

«La conducta tomada en cuenta para integrar el ilícito supone un comportamiento adecuado, de variado contenido, para aprovecharse de las ventajas de la reputación ajena. Ha de consistir en la utilización de elementos o medios de identificación o presentación de los productos (actividad, establecimiento, prestaciones) empleados por los empresarios en el mercado, y que proporcionan información a los consumidores (S. 23 de julio de 2.010¹³⁸). El párrafo segundo del art. 12 LCD prevé la utilización de un signo distintivo o de una denominación de origen, y aunque la interpretación de los ilícitos competenciales debe ser restringida, porque la regla es la permisión de la competencia, sin embargo la expresión "signo", como sostiene la doctrina, debe entenderse en un sentido muy amplio (marca, nombre comercial, etiquetas, envoltorios, etc.), siempre que pueda condensar o indicar la reputación empresarial -industrial, comercial o profesional-.»

c. *El aprovechamiento debe ser potencial*

- SAP Toledo, Sec. 2^a, de 28 de febrero de 2001 (ECLI:ES:APTO:2001:240):

«La Ley de Competencia Desleal configura el ilícito concurrential como un ilícito de riesgo, pues basta la mera potencialidad de la conducta para provocar algunos de los efectos denunciados por la Ley, entre los que se encuentra el aprovechamiento del prestigio ajeno, sin que sea exigible la prueba de su efectiva causación, configurándose, igualmente, de forma objetiva, por su aptitud

¹³⁸ STS 513/2010, Civil de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4209).

para producir dichos efectos, al margen de la intención del sujeto, la cual solamente es exigible para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios conforme al art 18,5 de la citada Ley.»

d. *La conducta ilícita debe producir una ganancia para el infractor*

- STS 746/2010, Civil, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7201):

«Las ventajas que pueda proporcionar el aprovechamiento de la reputación de otro pueden consistir en una ganancia, o cualquier utilidad o resultado beneficioso directo o indirecto. No se requiere el ánimo de perjudicar, pues se trata de una conducta objetiva. Y el beneficio puede ser propio o ajeno.»

e. *El aprovechamiento debe ser indebido*

- STS 746/2010, Civil, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7201):

«El aprovechamiento ha de ser indebido, es decir, sin cobertura legal ni contractual. Y se considera indebido el aprovechamiento cuando es evitable y sin justificación.»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 22 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:8299):

«A ello debemos añadir que el aprovechamiento ha de ser indebido para que resulte desleal, lo que según tuvimos ocasión de decir en nuestra Sentencia de 1 de diciembre de 2004¹³⁹ ocurrirá cuando adquiera tintes parasitarios al aprovecharse por los esfuerzos realizados por un competidor.»

11.3. La relación del artículo 12 con los otros artículos de la LCD

- _____ STS 746/2010, Civil, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7201):

«La nota general básica, en sintonía con el título, se halla en el aprovechamiento del esfuerzo material o económico ajeno, si bien debe destacarse que esta circunstancia puede estar presente en otros ilícitos como el de la cláusula general del art. 5º (actual 4), acto de confusión del art. 6º, acto de engaño del art. 7º (actuales 5 y 7) y acto de imitación del art. 11 ; y, aunque cabe la posibilidad de que en ocasiones se solapen algunos de los tipos expresados con el que se examina, debe resaltarse que el tipo del art. 12 LCD no requiere que se cree riesgo de confusión o asociación, ni que sea apto para producir engaño a los consumidores, refiriéndose a las formas de presentación o creaciones formales (por todas, S. 23 de julio de 2.010¹⁴⁰), como también sucede con el tipo del art. 6º LCD, y a diferencia del tipo del art. 11 LCD (sobre actos de imitación) que se refiere a las creaciones materiales -prestaciones, productos-.»

12. Violación de secretos (Artículo 13 de la LCD)

Artículo 13. Violación de secretos.

Se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales.

¹³⁹ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 1 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:APB:2004:15817).

¹⁴⁰ STS 513/2010, Civil, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4209).

12.1. El secreto empresarial

a. *El concepto de secreto empresarial*

- Artículo 1.1 de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales:

«Se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) Sea secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) Tenga un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto,
- c) Haya sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.»

- STS 1442/2023, Civil, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4411):

«Ya advertimos en la sentencia 46/2022, de 27 de enero¹⁴¹, que, "conforme a este precepto, para garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal respecto de aquella información no divulgada que esté legítimamente bajo el control de las personas físicas o jurídicas, impidiendo que se divulgue o que sea utilizada por terceros sin su consentimiento, de manera contraria a los usos honestos, es preciso que: i) sea secreta, en el sentido de que no sea conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; ii) tenga un valor comercial por ser secreta; y iii) haya sido objeto de medidas razonables, en atención a las circunstancias que concurren, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla".

Estos requisitos se encuentran recogidos, ahora, en el art. 1.1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales.»

b. *Carácter secreto de la información y persona interesada*

- STS 447/2024, Civil, de 3 de abril (ECLI:ES:TS:2024:1794):

«En la citada sentencia 1442/2023, de 20 de octubre¹⁴², entendimos que «una información o conocimiento es secreta cuando los interesados en disponer de ella, que la nueva ley califica de "personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión", no tienen conocimiento en general de dicha información, ya sea de su totalidad o de una parte esencial, ya sea del resultado de la interacción de sus partes». En aquella sentencia razonamos que aunque un determinado "sistema" fuera conocido en el estado de la técnica próximo, la concreta aplicación y configuración de sus elementos podía constituir un secreto, de forma que el secreto radicaría en esa concreta aplicación y configuración. Para que esta doctrina tuviera aplicación en este caso, sería necesario conocer con detalle las concretas formulaciones empleadas (más allá de lo que hemos dejado constancia que la demandante

¹⁴¹ STS 46/2022, Civil, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:206).

¹⁴² STS 1442/2023, Civil, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4411).

identificaba como secreto), para poder apreciar en qué medida escapaban al conocimiento general.
»

- STS 1442/2023, Civil, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4411):

«En general, podemos entender que una información o conocimiento es secreta cuando los interesados en disponer de ella, que la nueva ley califica de "personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión", no tienen conocimiento en general de dicha información, ya sea de su totalidad o de una parte esencial, ya sea del resultado de la interacción de sus partes»

- STS 1169/2006, Civil, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7599):

«[N]o pueden ser objeto de secreto empresarial aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aun cuando dichas habilidades o capacidades se hayan adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unas concretas funciones desarrolladas para un determinado empleador.»

- SAP Asturias, Sec. 1ª, de 21 de junio de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:2465):

«Conviene asimismo distinguir lo que constituye un secreto empresarial, cuya divulgación o explotación por terceros aparece protegida por la ley, de lo que pueden considerarse habilidades o técnicas adquiridas o aprendidas en el curso de la experiencia profesional, y en este sentido señala la S.A.P. Barcelona, Secc. 15ª de 18 marzo 2015¹⁴³ Es preciso distinguir entre secreto empresarial y todas aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesional de un sujeto. Pertenecen, por el contrario, al ámbito del secreto y no al de la formación o capacitación profesional, los conocimientos que se adquieren como consecuencia del desempeño de un puesto de responsabilidad y confianza y aquellos que no es posible retener en la memoria"

En este mismo sentido el Preámbulo de la vigente Ley 1/2019 de Secretos Empresariales recuerda que "esta definición de secreto empresarial no abarca la información de escasa importancia, como tampoco la experiencia y las competencias adquiridas por los trabajadores durante el normal transcurso de su carrera profesional ni la información que es de conocimiento general o fácilmente accesible en los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión.»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 18 de mayo de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:5159):

«Para la comisión de tal acto ilícito es necesario, en primer término, que el objeto de la divulgación o explotación sea secreto, industrial (susceptible o no de dar lugar a una invención objeto de propiedad industrial) o comercial. También es preciso que se haya tenido acceso a él ilegítimamente, o si fuera legítimamente, con un deber de reserva, [...]

Ello no obstante, el artículo 39.2 a.b. del Acuerdo sobre Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) da al término secreto el sentido de no generalmente conocido ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión, con la exigencia de un valor comercial consecuente al secreto y de que haya sido objeto de medidas razonables, según las circunstancias, para mantenerlo, tomadas por la persona que legítimamente controla la información.»

¹⁴³ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 18 de marzo de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:605).

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 26 de octubre de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:12412):

«Esas capacidades o habilidades son independientes, por ello, de los secretos empresariales, que deben distinguirse de aquellos conocimientos adquiridos por el trabajador y, por tanto, necesarios para hacer uso de su derecho constitucional a desarrollar un trabajo, aunque sea en una empresa de la competencia.

La dificultad reside, naturalmente, en deslindar, de un lado, los conocimientos que objetivamente pertenecen a la empresa y que están protegidos como secretos empresariales y, de otro, el conjunto de conocimientos y capacidades personales del trabajador, cuya utilización precisa en el ejercicio de su derecho al trabajo.

A tales efectos será necesario concretar debidamente cuáles sean aquellos conocimientos o información a los que se atribuye el carácter de secreto.»

c. *Los secretos divulgados deben tener un valor empresarial*

- SAP Asturias, Sec. 1^a, de 21 de junio de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:2465):

«Por último y como argumento de cierre entendemos muy relevante traer un dato muy revelador de la ventaja competitiva de que se vale MOMPRESA en la materia que nos ocupa. La configuración de la ventaja competitiva de un concreto secreto empresarial no debe hacerse en términos absolutos o abstractos sino que habremos de apreciar la ventaja de que puede valerse el empresario por la utilización de aquella información en relación con los competidores presentes o futuros que actúan en ese mismo mercado y que carecen de ella. Por eso resulta muy descriptivo de esta concreta utilidad de la información técnica que ha logrado almacenar la demandante la declaración prestada por Don Jesús Ángel -Director de operaciones de MOMPRESA- cuando declara que es cierto que esas herramientas están en el mercado pero lo están en un número de 2 millones, de manera que el poder saber qué concretas herramientas son las que tienes que comprar para cada obra supone una ventaja muy relevante que de otra forma no tendría, máxime cuando esos contenedores se van actualizando progresivamente con la incorporación de herramientas propias de MOMPRESA para cada turbina en concreto.»

- SAP Pontevedra, Sec. 1^a, de 30 de junio de 2020 (ECLI:ES:APPO:2020:1244):

«Nos basta, por lo demás, con la lectura de tales documentos, para comprobar que se trata del soporte material del elemento intelectual consistente en la aplicación de procedimientos técnicos y de gestión, que en sí mismos poseen un valor empresarial, configuradores del denominado Know-how de la empresa, que la diferenciaban de otras en el mercado y que presentaban la evidente finalidad de servir de elemento de diferenciación de sus servicios en el mercado, portando en consecuencia un evidente valor competitivo, del que se sirvió el demandado para obtener ilícitamente un beneficio empresarial.»

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 26 de octubre de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:12412):

«Se trata, en suma, de un conocimiento o información que no es notoria; que tiene para la empresa un valor económico, actual o potencial, por suponer una ventaja para el empresario frente a los competidores que la desconocen;

Para que exista deslealtad el demandante debe haber adoptado medidas razonables para evitar la violación de los secretos»

- STS 447/2024, Civil, de 3 de abril (ECLI:ES:TS:2024:1794):

«Según se desprende de lo que las sentencias de instancia consideran acreditado, no constaba que existieran especiales medidas de protección para mantener reservada la información controvertida (las formulaciones Masterbatch homologadas por Bluestar y el empleo de nanopartículas de TiO₂ y carbón en forma de grafito en las formulaciones de moldes de silicona para fundición centrífuga), por ser las existentes (barreras técnicas protección para limitar el uso de la información contenida en el sistema informático [password o códigos personales, diferentes grados de acceso, sea visual, impreso o copia digital]), medidas de seguridad estándar. La Audiencia no considera que fueran suficientes para merecer la consideración de razonables. Se niega esté calificativo no porque se les exigiera el carácter de infalibles, sino sobre todo porque las adoptadas no pusieron en evidencia que la empresa consideraba esa información "secreta" o "reservada" por su valor competitivo. Tampoco consta acreditado que, para llevarse esa información, el Sr. Pedro Antonio empleara algún medio o soporte en el que se contuviera. Y además, la sentencia de instancia concluye que esa información era generalmente conocida en el sector de siliconas y cauchos.»

- SAP Pontevedra, Sec. 1^a, de 13 de junio de 2012 (ECLI:ES:APPO:2012:1795):

«[R]especto de la cual se adopten medidas razonables y apropiadas para preservarla o evitar su divulgación, tanto hacia el exterior, impidiendo que los terceros puedan acceder a la misma, como hacia el interior, disponiendo lo necesario para que solamente puedan acceder a ella únicamente empleados o colaboradores que por sus funciones en la organización empresarial deban conocerla o manejarla, y siempre sometidos a un deber de secreto.»

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 25 de junio de 2013 (ECLI:ES:APB:2013:7226):

«El hecho de que las medidas de protección de la base de datos de PHERCAB se hayan demostrado a posteriori insuficientes no excluye su consideración de medidas razonables atendidas las circunstancias del caso.»

12.2. La violación del secreto empresarial

- Artículo 3 de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales:

«1. La obtención de secretos empresariales sin consentimiento de su titular se considera ilícita cuando se lleve a cabo mediante:

- a) El acceso, apropiación o copia no autorizadas de documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos u otros soportes, que contengan el secreto empresarial o a partir de los cuales se pueda deducir; y
- b) Cualquier otra actuación que, en las circunstancias del caso, se considere contraria a las prácticas comerciales leales.

2. La utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial.

3. La obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran asimismo ilícitas cuando la persona que las realice, en el momento de hacerlo, sepa o, en las

circunstancias del caso, debiera haber sabido que obtenía el secreto empresarial directa o indirectamente de quien lo utilizaba o revelaba de forma ilícita según lo dispuesto en el apartado anterior.

4. La producción, oferta o comercialización de mercancías infractoras o su importación, exportación o almacenamiento con tales fines constituyen utilizaciones ilícitas de un secreto empresarial cuando la persona que las realice sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que el secreto empresarial que incorporan se había utilizado de forma ilícita en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2.

A efectos de la presente ley, se consideran mercancías infractoras aquellos productos y servicios cuyo diseño, características, funcionamiento, proceso de producción, o comercialización se benefician de manera significativa de secretos empresariales obtenidos, utilizados o revelados de forma ilícita.»

- a. *Para que exista la deslealtad basta la mera utilización o revelación del secreto incumpliendo un acuerdo de confidencialidad*

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 3 de febrero de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:1976):

«La mera utilización del secreto empresarial incumpliendo un acuerdo de confidencialidad o cualquier clase de obligación que limite esa utilización implica la comisión de una conducta infractora a tenor de lo establecido en ese cuerpo legal (artículo 3, nº 2).»

- b. *Otras utilizaciones ilícitas del secreto empresarial: producción, oferta, almacenamiento, comercialización, exportación o almacenamiento de mercancías infractoras*

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 3 de febrero de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:1976):

«Como también constituyen utilizaciones ilícitas de un secreto empresarial (artículo 3, nº 4, del referido texto) la realización de conductas de producción, oferta o comercialización de mercancías infractoras o su importación, exportación o almacenamiento con tales fines cuando la persona que las realice sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido, como ocurre en el caso de la demandada MAGNUM CAP ELECTRICAL POWER SOLUTIONS LDA, que el secreto empresarial que incorporan se había utilizado de forma ilícita. Y se consideran mercancías infractoras, como se explicita en la Ley 1/2019 (artículo 3, in fine), aquellos productos y servicios cuyo diseño, características, funcionamiento, proceso de producción, o comercialización se benefician de manera significativa de secreto empresarial obtenidos, utilizados o revelados de forma ilícita.»

12.3. La obtención, utilización y revelación lícitas de secretos empresariales

- Artículo 2 de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales:

«1. La obtención de la información constitutiva del secreto empresarial se considera lícita cuando se realice por alguno de los medios siguientes:

- a) El descubrimiento o la creación independientes;
- b) La observación, estudio, desmontaje o ensayo de un producto u objeto que se haya puesto a disposición del público o esté lícitamente en posesión de quien realiza estas

actuaciones, sin estar sujeto a ninguna obligación que válidamente le impida obtener de este modo la información constitutiva del secreto empresarial;

- c) El ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho europeo o español y las prácticas vigentes;
- d) Cualquier otra actuación que, según las circunstancias del caso, resulte conforme con las prácticas comerciales leales, incluidas la transferencia o cesión y la licencia contractual del secreto empresarial, de acuerdo con el Capítulo III.»

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 27 de abril de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:4590):

«La pretensión ha de ser rechazada. En primer lugar, VLEX no accede a la información recopilada por WKE respecto de sus usuarios, suscriptores o no de sus productos, que navegan por sus páginas. VLEX accede a los datos de los usuarios que activan su extensión, es decir, a los datos que "voluntariamente" le proporcionan dichos usuarios. Los usuarios de WKE que tienen activada la litigiosa extensión ceden voluntariamente sus datos a Google Analytics para que esta compañía se los ceda a VLEX. No son datos obtenidos desde la información recopilada por WKE, sino de datos proporcionados por Google Analytics respecto de los usuarios de la extensión vLex. Esa información comprende parte de la información que también obtiene WKE, por el mismo medio (Google Analytics), ahora bien el hecho que coincida la información (datos de los usuarios) no le da a WKE ningún derecho en exclusiva. VLEX obtiene dicha información a través del código que Google Analytics inserta en páginas que visitan los usuarios de la extensión. Los datos son propiedad de los usuarios y estos pueden cederlos a quienes quieran. En el caso enjuiciado los usuarios los ceden a Google Analytics y ésta a las dos compañías. Secreta podría ser la información cedida confidencialmente a WKE por Google Analytics, pero VLEX no accede a dicha información, sino que recoge sus propios datos, algunos de los cuales coinciden con los de WKE. Hay que recordar que el art. 2 LSE establece que "la obtención de la información constitutiva del secreto empresarial se considera lícita cuando se realice por alguno de los medios siguientes: a) El descubrimiento o la creación independientes". En nuestro caso, VLEX recopila la información de forma independiente.»

13. Inducción a la infracción contractual (Artículo 14 de la LCD)

Artículo 14. Inducción a la infracción contractual.

1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.
2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

13.1. Consideraciones generales: las tres modalidades de inducción contractual

- STS 668/2012, Civil, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:8028):

«Al respecto, conviene partir del planteamiento que hacíamos en la sentencia 559/2007, de 23 de mayo¹⁴⁴, citada por el recurso, en la advertíamos que el art. 14 LCD "comprende tres modalidades de ilícito competencial consistentes en la inducción a la infracción de los deberes contractuales (ap. 1), la inducción a la terminación regular del contrato (ap. 2) y el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena (figura ésta que se recoge con la anterior en el ap. 2, pero que no se corresponde con la rúbrica del precepto que se refiere a "inducción a la infracción contractual"). La modalidad del apartado uno solo exige la inducción, en tanto las otras dos modalidades requieren que, además, concorra alguna de las circunstancias que expresa»

13.2. Cada una de las tres modalidades tiene sus propios requisitos

- STS 668/2012, Civil, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:8028):

«Cada una de estas conductas son distintas y, por requerir cada una sus propios requisitos y presupuestos fácticos, constituyen diferentes causas de pedir.»

13.3. Primer tipo: la inducción a la infracción contractual (14.1 de la LCD)

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 18 de mayo de 2006 (ECLI:ES:APM:2006:6772):

«Para que pueda encuadrarse en el ilícito del art. 14.1 de la Ley de Competencia Desleal, la conducta enjuiciada no debe responder razonablemente a otro objetivo inmediato que el de obtener la infracción contractual, con independencia de que tal infracción redunde o no en la captación final del cliente. Así pues, la conducta tipificada como desleal en el art. 14.1 de la Ley de Competencia Desleal se ubica entre los actos de obstaculización de la actuación de un tercero.»

a. La relación contractual: requisito imprescindible

- SAP Palma de Mallorca, Sec. 5ª, de 13 de junio de 2016 (ECLI:ES:APIB:2016:1194):

«Procedemos a razonar la concurrencia de los elementos para la estimación de la acción prevista en el art.14.2 LCD.

La acción pretendida y finalmente estimada tiene en común con la prevista en el art. 14.1 LCD la necesaria existencia de una relación contractual: la deslealtad no será apreciable si no existe una relación jurídica eficaz derivada de un contrato, no hay deberes contractuales cuya infracción pueda producirse o aprovecharse, ni contrato cuya terminación regular pueda inducirse. La doctrina mayoritaria tiene declarado que es irrelevante que se trate de contrato de tracto sucesivo o de tracto único.»

b. ¿Qué se entiende por inducción?

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 26 de octubre de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:12412):

«Es el artículo 14 de la LCD la norma que tipifica los parámetros para juzgar la deslealtad de la conducta denunciada. Dicho precepto sanciona, además del aprovechamiento de la infracción contractual ajena, un comportamiento realizado en el mercado por persona que participa en él y con fines concurrenciales (arts. 2 y 3), consistente en la inducción o, lo que es lo mismo, la instigación o el

¹⁴⁴ STS 559/2007, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:4284).

hacer surgir en otro, sea un trabajador, un proveedor, un cliente o demás obligados, la resolución o determinación.»

c. *La actividad inductora debe ser idónea o apta para provocar la infracción*

- AAP Barcelona, Sec. 15ª, de 18 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:7474A):

«La acción típica que prevé la norma es la inducción o, lo que es lo mismo, la instigación o el hacer surgir en otro, sea un trabajador, un proveedor, un cliente o demás obligados, la resolución o determinación de infringir alguno de los deberes contractuales básicos integrados en la relación jurídica que le liga a un competidor de quien induce. Se trata de un ejercicio de influencia sobre otra persona mediante un comportamiento objetivamente idóneo para lograr el resultado descrito: la infracción de deberes contractuales básicos.»

- SAP Valencia, Sec. 9ª, de 1 de febrero de 2018 (ECLI:ES:APV:2018:1211):

La SAP Madrid¹⁴⁵ ya citada hace una magnífica exposición de la doctrina del art. 14 LCD, estableciendo:

«El artículo 14 LCD sanciona, además del aprovechamiento de la infracción contractual ajena, un comportamiento realizado en el mercado por persona que participa en él y con fines concurrenciales (arts. 2 y 3), consistente en la inducción o, lo que es lo mismo, la instigación o el hacer surgir en otro, sea un trabajador, un proveedor, un cliente o demás obligados, la resolución o determinación, de infringir alguno de los deberes contractuales básicos integrados en la relación jurídica que le liga a un competidor de quien induce o de terminar regularmente la vigencia de ese vínculo, siempre que, en este caso, tenga la inducción por fin difundir o explotar un secreto industrial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.»

- SAP Zaragoza, Sec. 2ª, de 28 de julio de 2003 (ECLI:ES:APZ:2003:1928):

«El tipo que la Ley prevé no es de resultado, sino de mera actividad; sin embargo, los cauces por los que busque el inductor la infracción de los deberes contractuales básicos, demostrativos de que el medio utilizado tiende a esos fines de ruptura e infracción de sus deberes por el inducido, ha de responder a unos cánones de idoneidad, estimando la mejor doctrina que los medios sólo serán idóneos en tanto en cuanto puedan considerarse ventajas, objetiva y subjetivamente, esto es, porque mejoren la posición del destinatario tipo y la del destinatario concreto, condición ésta que no puede entenderse acreditada en el caso, en el que, como queda apuntado, ni medió presupuesto ni hubo otra cosa que un anuncio de la disponibilidad o puesta a disposición de la nueva empresa.»

d. *La inducción es suficiente: es irrelevante que la inducción tenga éxito*

- SAP Zaragoza, Sec. 2ª, de 28 de julio de 2003 (ECLI:ES:APZ:2003:1928):

«El tipo que la Ley prevé no es de resultado, sino de mera actividad;»

- AAP Barcelona, Sec. 15ª, de 18 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:7474A):

¹⁴⁵ SAP Madrid, Sec. 28ª, de 18 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:12144).

«El sujeto activo, es decir, el autor del acto desleal, es el inductor, no el inducido, y el acto desleal, la acción relevante del tipo, se consuma con independencia de que se obtenga, o no, el resultado deseado.»

e. La carga de la prueba está en quien alega la inducción (admisibilidad de la prueba indirecta)

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 30 de junio de 2008 (ECLI:ES:APM:2008:12527):

«Pues bien, tales circunstancias (todas y no las que selecciona la apelante) no es prueba indirecta, conforme a las reglas de la lógica, de la inducción a la infracción de deberes contractuales (apartado 1 del artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal) o a la terminación regular de los contratos (apartado 2 del mismo precepto).»

- STS 746/2006, Civil, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4387):

«La sentencia recurrida no da por probada la existencia de la inducción, y esta Sala, en sus funciones casacionales, es lo más opuesto a una tercera instancia para valorar el material probatorio. Además la inducción ha de ser probada por quien la alega, así lo exige la general presunción de buena fe, y lo que quiere el motivo es que el Tribunal Supremo lo deduzca del conjunto de circunstancias que rodea a la actividad de la dependiente en el negocio familiar, su extinción de contrato laboral, y su contratación por la demandada para su tienda, y esta prueba indirecta no la puede practicar en la casación esta Sala, sólo puede juzgar si la establecida por la instancia se adecua a las reglas de la lógica o razonar humano. No se ha de olvidar la crítica situación del negocio familiar, y es de todo punto comprensible que el trabajador vele por sus intereses futuros, sin que ello signifique que ha sido inducido a quebrantar un contrato laboral anterior con una empresa en extinción.»

f. Debe haber una infracción de los deberes contractuales básicos (indicándose de manera precisa el deber contractual infringido)

- SAP Valencia, Sec. 9ª, de 1 de febrero de 2018 (ECLI:ES:APV:2018:1211):

«La SAP Madrid¹⁴⁶ ya citada hace una magnífica exposición de la doctrina del art. 14 LCD, estableciendo: [...] "En el primer caso (inducción a la infracción de deberes contractuales) el objetivo buscado es que el inducido incumpla deberes básicos derivados del contrato, una de cuyas manifestaciones podrá ser la relativa a mantener o respetar el vínculo contractual por el tiempo convenido en el pacto"»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 21 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:APB:2010:11094):

«En realidad, respecto de la primera modalidad, no sólo es preciso acreditar la inducción, sino, lo primero de todo, si ha existido una infracción de deberes contractuales básicos por parte de terceros. [...]

Podríamos discutir si ello supone o no una inducción a la resolución de sus relaciones contractuales con NORTH, pero, en cualquier caso, para que la simple inducción pueda encuadrarse dentro del apartado 1 del art. 14, es preciso que se acredite que la resolución de aquellas relaciones contractuales ha supuesto una infracción de deberes contractuales básicos, de lo cual nada concreto se afirma en la demanda ni durante el proceso se acredita. La actora debería

¹⁴⁶ SAP Madrid, Sec. 28ª, de 18 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:12144).

haber analizado cada relación contractual en concreto, para hacer ver qué deberes contractuales en concreto fueron infringidos por cada uno de aquellos comitentes al resolver sus respectivas relaciones contractuales. No corresponde a este tribunal presumir estos extremos, porque ello, entre otras consecuencias, traería consigo colocar a la otra parte en una situación de indefensión, ya que no habría podido alegar y acreditar la inexistencia de esas "concretas" infracciones de deberes contractuales básicos. Dicho de otro modo, la mera resolución de los contratos de agencia y distribución, que es lo que ha quedado probado, junto a las razones de dicha resolución, no tiene que suponer por sí ninguna infracción contractual por parte de los comitentes. La actora debía justificar por qué supusieron una infracción contractual y no lo ha hecho.»

g. *No es necesaria una relación de competencia entre el inductor y el inducido*

- AAP Madrid, Sec. 28ª, de 29 de mayo de 2007 (ECLI:ES:APM:2007:8877A):

«Se ha planteado por los apelantes que no puede encuadrarse el ilícito concurrencial en el art. 14.2 de la Ley de Competencia Desleal porque falta el requisito de que el sujeto agente sea "competidor" del perjudicado.

No comparte la Sala esta objeción, en primer lugar porque de acuerdo con la mejor doctrina la utilización del término "competidor" en los dos párrafos del art. 14 de la Ley de Competencia Desleal no debe entenderse como una derogación de la regla general establecida en el art. 3.2 de la Ley de Competencia Desleal, según la cual "la aplicación de la Ley [de Competencia Desleal] no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal", sino que debe ser entendida como expresión de la adecuación del tipo a la realidad, a lo que normalmente sucede en los casos considerados en dichas normas. Como dice la propia exposición de motivos de la Ley de Competencia Desleal, ésta supone que el Derecho de la Competencia "deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado.»

13.4. Segundo tipo: la inducción a la terminación regular de un contrato

a. *La relación contractual: requisito imprescindible*

- SAP Palma de Mallorca, Sec. 5ª, de 13 junio de 2016 (ECLI:ES:APIB:2016:1194):

«Procedemos a razonar la concurrencia de los elementos para la estimación de la acción prevista en el art. 14.2 LCD .

La acción pretendida y finalmente estimada tiene en común con la prevista en el art. 14.1 LCD la necesaria existencia de una relación contractual: la deslealtad no será apreciable si no existe una relación jurídica eficaz derivada de un contrato, no hay deberes contractuales cuya infracción pueda producirse o aprovecharse, ni contrato cuya terminación regular pueda inducirse. La doctrina mayoritaria tiene declarado que es irrelevante que se trate de contrato de tracto sucesivo o de tracto único.»

b. *Únicamente queda comprendido en el artículo 14.2 de la LCD (primera parte) la terminación regular de un contrato*

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 26 de octubre de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:12412):

«De ahí que la inducción, en el supuesto del apartado 2, opere sobre o haya de ser dirigida a «la terminación regular de un contrato», que no equivale, en general, a la extinción de la relación obligatoria, sino más específicamente a la extinción por voluntad de una de las partes, mediante denuncia o desistimiento unilateral en los casos que legalmente proceda o sea admisible la desvinculación. Quedan excluidos del tipo los supuestos de terminación por expiración del plazo, en que no hay terminación regular por ejercicio de una facultad legítima, sino extinción propiamente dicha de la obligación.»

c. *¿Qué se entiende por inducción?*

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 26 de octubre de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:12412):

«Es el artículo 14 de la LCD la norma que tipifica los parámetros para juzgar la deslealtad de la conducta denunciada. Dicho precepto sanciona, además del aprovechamiento de la infracción contractual ajena, un comportamiento realizado en el mercado por persona que participa en él y con fines concurrenciales (arts. 2 y 3), consistente en la inducción o, lo que es lo mismo, la instigación o el hacer surgir en otro, sea un trabajador, un proveedor, un cliente o demás obligados, la resolución o determinación.»

d. *La actividad inductora debe ser objetivamente apta para inducir a la terminación del contrato*

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 26 de octubre de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:12412):

«Teniendo en cuenta esa pauta interpretativa, la cláusula de analogía que recoge la norma en su último inciso («circunstancias tales como... u otras análogas») tan sólo permitirá albergar en el ámbito de la ilicitud conductas de inducción objetivamente aptas. para dificultar, desestabilizar u obstaculizar gravemente la posición del competidor, con riesgo objetivo de hacer peligrar su permanencia en el mercado.»

- SAP Castellón, Sec. 3^a, de 02 de diciembre de 2002 (ECLI:ES:APCS:2002:1482)¹⁴⁷:

«Respecto del primero de ellos, la inducción a la terminación regular de un contrato hay que señalar que la acción del sujeto agente consiste en el ejercicio de una influencia sobre otra persona encaminada y objetivamente adecuada para determinarla a finalizar regularmente una relación contractual eficaz de la que es parte. La terminación regular del contrato sólo comprende la extinción del contrato por voluntad de una de las partes y no en todas sus formas, sino sólo por denuncia o desistimiento unilateral, lo que entre otros supuestos, hace referencia a la renuncia «ad nutum», sin más requisito que el preaviso efectuado de la forma pactada o según los usos de los contratos de duración indefinida, como de común son el contrato de agencia, suministro, concesión, franquicia, estimatorio, etc. No lo es, en cambio, la resolución de la relación contractual, que no es tanto una modalidad de terminación irregular sino una modalidad de ineficacia del negocio, concebida como remedio para reparar una resolución injusta (el incumplimiento), imputable precisamente al perjudicado por una eventual inducción.»

e. *La simple inducción no es suficiente para que exista deslealtad: el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas*

- STS 559/2007, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:4284):

¹⁴⁷ A pesar de que la sentencia es del año 2002, ha sido citada recientemente por otros juzgados. A modo de ejemplo, ver la SJM nº 6, de Madrid, de 29 de julio de 2017 (ECLI:ES:JMM:2017:514).

«En lo que atañe al ilícito competencial del apartado 2 del art. 14 la problemática se centra en la modalidad de "inducción a la terminación regular de un contrato" que "sólo se reputará desleal cuando tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas"»

- SAP Madrid, Sec. 28ª, 26 de abril de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:13399):

«Tampoco advertimos que concurrieran en el presente caso los elementos de hecho que permitirían subsumir la conducta en ninguna de las previsiones del nº 2 del artículo 14 de la LCD, las cuales exigen que se den además determinadas circunstancias específicas que permiten cualificar la conducta de desleal (que se tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o comercial, que se emplee el engaño o que se obre con intención de eliminar al competidor). Como sólo la última de esa clase de circunstancias ha sido invocada por la parte actora, hemos de recordar lo que señala la sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 15 de julio de 2013¹⁴⁸, que cita, a su vez, la de 23 de mayo de 2007¹⁴⁹, que explica que: "...una cosa es que la contratación de trabajadores de un competidor pueda ocasionar a la postre su eliminación del mercado, y otra distinta que la principal finalidad o propósito perseguido al inducir a los trabajadores a que cesen en sus relaciones contractuales con el reseñado competidor sea su eliminación del mercado. Esto último, que es lo que se tipifica en el art. 14.2 LCD, ocurre cuando el inductor no está tanto interesado en el beneficio propio y directo que le genera la contratación de trabajadores que lo habían sido del competidor, como privar a éste de aquellos trabajadores para generar su ruina ...".»

- SAP Islas Baleares, Sec. 5ª, de 11 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:APIB:2018:2359):

«La inducción a una terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual por quien nada ha tenido que ver previamente con esa infracción contractual, no es por sí mismo un acto de competencia desleal, a no ser que vaya acompañada de otras actuaciones contrarias a la buena fe objetiva.»

- SAP Castellón, Sec. 3ª, de 2 de diciembre de 2002 (ECLI:ES:APCS:2002:1482):

«La inducción a la terminación regular no es por sí misma un acto de competencia desleal. El ofrecimiento de mejores condiciones a los trabajadores, proveedores, distribuidores y demás personas contractualmente vinculadas con tercero no funda por sí sólo el juicio de deslealtad. No comete acto de competencia desleal, pues, el empresario que con su oferta resuelve a un cliente a poner término mediante denuncia a un contrato de duración pactado con tercero a fin de contratar con él la misma prestación. La inducción a la terminación regular de un contrato es desleal en atención a la finalidad perseguida si con dicha terminación se pretende la eliminación de un competidor del mercado. Ni el dolo ni la culpa son presupuestos del acto de competencia desleal. En consecuencia, el juicio de deslealtad no puede quedar vinculado a la intención del inductor o al conocimiento de que su acción puede tener por efecto el aprovechamiento del esfuerzo ajeno o la obstaculización de la actividad de un tercero. La finalidad de eliminar a un competidor del mercado expresa la deslealtad de la inducción en cuanto acto de obstaculización o predación. La cláusula de analogía del art. 14.2 LCD pretende formular el reproche de deslealtad en general, respecto de la inducción a la terminación que tiene por fin debilitar la capacidad competitiva del sujeto pasivo y que es objetivamente adecuada para dificultar el desenvolvimiento de su actividad.»

f. Los otros elementos que deben concurrir para que exista deslealtad

¹⁴⁸ STS 468/2013, Civil, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2013:4498).

¹⁴⁹ STS 559/2007, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:4284).

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 30 de julio de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:10117):

«Esas circunstancias han sido clasificadas por la doctrina y jurisprudencia en dos grupos: (i) por la reprobabilidad de los medios empleados (engaño, maquinación, etc.); y (ii) por la reprobabilidad del fin perseguido, por ser contrario al correcto funcionamiento de la concurrencia de los competidores en el mercado.

La intención que puede conducir a que una conducta sea reprochable con fundamento en esta norma no se limita a ser la intención de eliminar del mercado a un competidor; la propia norma se refiere a otras intenciones análogas, de manera que es suficiente que la finalidad de la inducción haya sido el expolio, la obstaculización o la agresión a la posición del tercero»

- g. *Los elementos adicionales a la inducción deben interpretarse de manera restrictiva*

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 30 de julio de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:10117):

«La jurisprudencia ha venido considerando que la interpretación de este requisito debe ser restringida, esto es, exige una rigurosa valoración de la prueba de la intención de eliminar a un competidor, no concurriendo el requisito cuando la intención es hacer el mercado más abierto y competitivo (así, nuestra Sentencia de 26 de Julio de 2003¹⁵⁰ y, en el mismo sentido, STS de 26 de julio de 2004¹⁵¹, en un supuesto en el que marcharon varios trabajadores de la empresa competidora y el cliente más importante, que representaba el 80 por ciento de su actividad).»

- h. *El precepto tiene un elemento subjetivo e intencional*

- STS 19/2022, Civil, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2011:716):

«La sentencia de 1 de abril de 2.002¹⁵² destacó, al respecto, que "los comportamientos del apartado 2 de dicho artículo sólo se reputan desleales si tienen por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o van acompañados de <circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor u otras análogas>, expresión que denota un indudable elemento subjetivo o intencional "- y reproduciendo los términos de la de 11 de octubre de 1.999¹⁵³, señaló que "la sociedad demandante y recurrente en casación no puede impedir a un empleado suyo... que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado...; tampoco puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad en parte coincidente con la suya; por último, no puede evitar que aquel empleado pase a desarrollar su actividad profesional en esta nueva empresa".»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 12 de enero de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:98):

«Se ha discutido si este tipo exige un especial elemento subjetivo, esto es, que la finalidad de la inducción sea precisamente el expolio, la obstaculización o la agresión a la posición del tercero. Mientras que para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia el tipo no exige una especial intención en el inductor, pero sí que los actos ejecutados se revelen objetivamente aptos para

¹⁵⁰ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 26 de julio de 2003 (ECLI:ES:APB:2003:4566).

¹⁵¹ STS 824/2004, Civil, de 26 de julio (ECLI:ES:TS:2004:5535).

¹⁵² STS 279/2002, Civil, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2302).

¹⁵³ STS 823/1999, Civil, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:1999:6268).

conseguir cualesquiera de esas finalidades, para otro sector es exigible un especial elemento subjetivo o intencional.

La jurisprudencia creemos que se ha decantado por esta segunda posición. Así lo señala la STS de 15 de julio de 2013¹⁵⁴, con cita de la de 23 de mayo de 2007¹⁵⁵, cuando afirma "... una cosa es que la contratación de trabajadores de un competidor pueda ocasionar a la postre su eliminación del mercado, y otra distinta que la principal finalidad o propósito perseguido al inducir a los trabajadores a que cesen en sus relaciones contractuales con el reseñado competidor sea su eliminación del mercado. Esto último, que es lo que se tipifica en el art. 14.2 LCD, ocurre cuando el inductor no está tanto interesado en el beneficio propio y directo que le genera la contratación de trabajadores que lo habían sido del competidor, como privar a éste de aquellos trabajadores para generar su ruina ...". También la STS núm. 279/2002, de 1 de abril¹⁵⁶, se había decantado por esa posición subjetivista. En nuestra Sentencia de 18 de febrero de 2016¹⁵⁷ (ECLI:ES:APB:2016:1568 nos decantamos asimismo por esa misma posición subjetivista.»

- SAP Navarra, Sec. 3ª, de 12 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:APNA:2018:736):

«En definitiva, las circunstancias que la norma requiere como precisas para que la inducción a la terminación regular del contrato sea acto de competencia desleal, son una determinada intención en el acto, una de las recogidas en la norma u otra análoga, de modo que lo que hace desleal el acto es la finalidad del mismo, el estar dirigido a la obtención con él de una ventaja, como se señala en la STAPN de 21/12/11¹⁵⁸: "Es por tanto esencial, en el tipo concurrencial en que encaja el supuesto que nos ocupa, la intencionalidad del inductor (que ha de estar dirigida a la difusión o explotación de un negocio industrial o a la eliminación de un competidor del mercado) o el medio empleado para ello (sea el engaño u otro análogo). En cualquier caso, el reproche de deslealtad resulta condicionado por el deseo que se evidencia en el agente de obtener alguna ventaja de la terminación regular de un contrato ajeno, circunstancia que le lleva a ejercer una influencia sobre otra persona encaminada y objetivamente adecuada para determinarla a terminar regularmente una relación contractual de la que es parte. ...".»

- i. *La intención es suficiente: no es necesario que el inducido termine la relación contractual*

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 26 de octubre de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:12412):

«El juicio de deslealtad, por lo demás, no se supedita a la íntima intención del inductor; lo relevante será la aptitud objetiva de la conducta para el logro de ese fin, con independencia de que efectivamente se consiga o no. Datos indiciarios de esa idoneidad objetiva pueden ser el proceder sistemático y abusivo del sujeto agente y la importancia cualitativa de los trabajadores afectados por su acción, esto es, que sean difícilmente reemplazables, necesarios para la marcha de la actividad del sujeto pasivo, no siendo relevante, por ello la inducción ejercida sobre trabajadores o colaboradores sin formación específica para el desempeño de las tareas asignadas.»

- j. *No es necesaria una relación de competencia entre el inductor y el inducido*

- AAP Madrid, Sec. 28ª, de 29 de mayo de 2007 (ECLI:ES:APM:2007:8877A):

¹⁵⁴ STS 468/2013, Civil, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2013:4498).

¹⁵⁵ STS 559/2007, Civil, de 23 de mayo 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4284).

¹⁵⁶ STS 279/2002, Civil, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2302).

¹⁵⁷ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 18 de febrero de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:1568).

¹⁵⁸ SAP Navarra, Sec. 3ª, de 21 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:APNA:2011:1297).

«Se ha planteado por los apelantes que no puede encuadrarse el ilícito concurrencial en el art. 14.2 de la Ley de Competencia Desleal porque falta el requisito de que el sujeto agente sea "competidor" del perjudicado.

No comparte la Sala esta objeción, en primer lugar porque de acuerdo con la mejor doctrina la utilización del término "competidor" en los dos párrafos del art. 14 de la Ley de Competencia Desleal no debe entenderse como una derogación de la regla general establecida en el art. 3.2 de la Ley de Competencia Desleal, según la cual "la aplicación de la Ley [de Competencia Desleal] no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal", sino que debe ser entendida como expresión de la adecuación del tipo a la realidad, a lo que normalmente sucede en los casos considerados en dichas normas. Como dice la propia exposición de motivos de la Ley de Competencia Desleal, ésta supone que el Derecho de la Competencia "deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado.»

13.5. Tercer tipo: la inducción en el aprovechamiento en beneficio propio de una infracción contractual ajena

a. La relación contractual: requisito imprescindible

- SAP Baleares, Sec. 5ª, de 13 de junio de 2016 (ECLI:ES:APIB:2016:1194):

«Procedemos a razonar la concurrencia de los elementos para la estimación de la acción prevista en el art. 14.2 LCD.

La acción pretendida y finalmente estimada tiene en común con la prevista en el art. 14.1 LCD la necesaria existencia de una relación contractual: la deslealtad no será apreciable si no existe una relación jurídica eficaz derivada de un contrato, no hay deberes contractuales cuya infracción pueda producirse o aprovecharse, ni contrato cuya terminación regular pueda inducirse. La doctrina mayoritaria tiene declarado que es irrelevante que se trate de contrato de tracto sucesivo o de tracto único.»

b. El concepto de aprovechamiento: la obtención de una injusta ventaja competitiva

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 5 de octubre de 2006 (ECLI:ES:APM:2006:13159):

«Si la desviación del producto es fruto de la inducción el comportamiento merecería la calificación de desleal, pues con ello se estaría obteniendo una injustificada ventaja competitiva, pues la posición de privilegio no se alcanzaría fruto de la eficacia de las propias prestaciones sino de la fama y del atractivo de un producto, que otros han promocionado, y de la elusión en la participación en los costes que entraña el integrarse en la red de distribución (de formación de personal especializado, de inversión en instalaciones de determinadas características que se adecuen a la imagen de la marca, de cuidada publicidad, etc). Pero también puede ser considerado ilícito concurrencial sin que medie inducción si el tercero se aprovecha de lo que constituye una infracción contractual por parte del distribuidor infiel y lo hace en unas circunstancias que evidencian deslealtad, a tenor de lo previsto en el nº 2 del artículo 14 de la LCD.»

c. No cabe inducción si el sujeto pasivo ya estaba determinado a actuar por su propia decisión

- STS 442/2014, Civil, de 3 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:4235):

«Sucedee que no cabe inducción si el supuesto sujeto pasivo de la influencia está ya determinado a actuar por su propia decisión. No la hay sólo por generar una ocasión favorable para quien estaba decidido y conserva en todo momento el dominio del acto. Debe tenerse en cuenta que el aprovechamiento de la infracción contractual ajena constituye una infracción distinta, descrita en el apartado 2 del artículo 14 -.»

- STS 668/2012, Civil, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:8028)¹⁵⁹:

«Al respecto, conviene partir del planteamiento que hacíamos en la sentencia 559/2007, de 23 de mayo¹⁶⁰, citada por el recurso, en la advertíamos que el art. 14 LCD "el art. 14 LCD comprende tres modalidades de ilícito competencial consistentes en la inducción a la infracción de los deberes contractuales (ap. 1), la inducción a la terminación regular del contrato (ap. 2) y el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena (figura ésta que se recoge con la anterior en el ap. 2, pero que no se corresponde con la rúbrica del precepto que se refiere a "inducción a la infracción contractual"). La modalidad del apartado uno sólo exige la inducción, en tanto las otras dos modalidades requieren que, además, concurra alguna de las circunstancias que expresa".»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 21 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:APB:2010:11094):

«De las otras dos modalidades, la inducción a la terminación regular del contrato y el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena, debemos descartar esta última, pues la demanda se refiere siempre a la inducción, y porque ya hemos advertido en el fundamento jurídico anterior que no ha quedado acreditada la infracción contractual ajena.»

d. *La infracción contractual debe ser conocida por el agente aprovechado*

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 5 de octubre de 2006 (ECLI:ES:APM:2006:13159):

«AKRO está comercializando productos originales de la marca "BULGARI" gracias a que algún distribuidor infiel de la red está dejando de cumplir los criterios de selección para el suministro a tercero, lo que supone una obstaculización para las actividades del fabricante y de otro distribuidor selectivo. No es preciso imputar a MAKRO que haya provocado la infracción contractual ajena, lo que entrañaría notable dificultad en cuanto a su prueba. Basta con que esté constatado, como ocurre en este caso, que acepta aprovecharse de ella. Porque hay elementos de prueba suficientes para afirmar que MAKRO ha sido perfectamente conscientemente de la situación (aunque hubiera bastado con que hubiera debido serlo con una diligencia media), pues le constaba que se trataba de productos destinados a una red de distribuidores autorizados y ella no cumplía las condiciones para serlo.»

e. *El simple aprovechamiento no es suficiente para que concurra la deslealtad*

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 30 de julio de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:10117):

¹⁵⁹ Citada frecuentemente por las Audiencias Provinciales. A modo de ejemplo, ver la SAP Valencia, Sec. 9, de 21 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APV:2024:204).

¹⁶⁰ STS 559/2007, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:4284).

«Esas circunstancias han sido clasificadas por la doctrina y jurisprudencia en dos grupos: (i) por la reprobabilidad de los medios empleados (engaño, maquinación, etc.); y (ii) por la reprobabilidad del fin perseguido, por ser contrario al correcto funcionamiento de la concurrencia de los competidores en el mercado.

La intención que puede conducir a que una conducta sea reproachable con fundamento en esta norma no se limita a ser la intención de eliminar del mercado a un competidor; la propia norma se refiere a otras intenciones análogas, de manera que es suficiente que la finalidad de la inducción haya sido el expolio, la obstaculización o la agresión a la posición del tercero»

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 26 de abril de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:13399):

«Tampoco advertimos que concurrieran en el presente caso los elementos de hecho que permitirían subsumir la conducta en ninguna de las previsiones del nº 2 del artículo 14 de la LCD, las cuales exigen que se den además determinadas circunstancias específicas que permiten cualificar la conducta de desleal (que se tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o comercial, que se emplee el engaño o que se obre con intención de eliminar al competidor). Como sólo la última de esa clase de circunstancias ha sido invocada por la parte actora, hemos de recordar lo que señala la sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 15 de julio de 2013¹⁶¹, que cita, a su vez, la de 23 de mayo de 2007¹⁶², que explica que: "...una cosa es que la contratación de trabajadores de un competidor pueda ocasionar a la postre su eliminación del mercado, y otra distinta que la principal finalidad o propósito perseguido al inducir a los trabajadores a que cesen en sus relaciones contractuales con el reseñado competidor sea su eliminación del mercado. Esto último, que es lo que se tipifica en el art. 14.2 LCD, ocurre cuando el inductor no está tanto interesado en el beneficio propio y directo que le genera la contratación de trabajadores que lo habían sido del competidor, como privar a éste de aquellos trabajadores para generar su ruina ...".»

- SAP Baleares, Sec. 5ª, de 18 de febrero de 2011 (ECLI:ES:APIB:2011:272):

«La inducción a una terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual por quien nada ha tenido que ver previamente con esa infracción contractual, no es por sí mismo un acto de competencia desleal, a no ser que vaya acompañada de otras actuaciones contrarias a la buena fe objetiva.»

f. Los elementos adicionales al aprovechamiento deben interpretarse de manera restrictiva

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 30 de julio de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:10117):

«La jurisprudencia ha venido considerando que la interpretación de este requisito debe ser restringida, esto es, exige una rigurosa valoración de la prueba de la intención de eliminar a un competidor, no concurriendo el requisito cuando la intención es hacer el mercado más abierto y competitivo (así, nuestra Sentencia de 26 de Julio de 2003¹⁶³ y, en el mismo sentido, STS de 26 de julio de 2004¹⁶⁴, en un supuesto en el que marcharon varios trabajadores de la empresa competidora y el cliente más importante, que representaba el 80 por ciento de su actividad).»

14. Violación de normas (Artículo 15 de la LCD)

¹⁶¹ STS 468/2013, Civil, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2013:4498).

¹⁶² STS 559/2007, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:4284).

¹⁶³ SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 26 de julio de 2003 (ECLI:ES:APB:2003:4566).

¹⁶⁴ STS 824/2004, Civil, de 26 de julio (ECLI:ES:TS:2004:5535).

Artículo 15. Violación de normas.

1. Se considera desleal prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.
2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.
3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería.
4. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal el incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

14.1. Ámbito de aplicación

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 1 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:APB:2004:15817):

«El artículo 15, en sus dos párrafos, trata de asegurar un funcionamiento correcto del mercado, conforme a las reglas de la eficiencia y lo hace mediante el expediente de sancionar la obtención de posiciones de provecho logradas con la infracción de normas, ya porque con ella obtiene el infractor una ventaja o, si se quiere causa una desventaja a quienes cumplen (par conditio concurrentium), ya por que al margen de que se obtenga aquélla, los preceptos violentados son precisamente los que establecen las reglas por las que se ha de regir el mercado.

No es función del artículo completar o reproducir sanciones ya resultantes según las normas violadas, sino, en coherencia con la finalidad de la Ley, contribuir a la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado (art. 1), como instrumento que aspira a ser de ordenación y control de las conductas del mismo (preámbulo).»

- SAP La Rioja, Sec. 1^a, de 30 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:APLO:2004:737):

«En general desde el art. 15 indicado se reprime el aprovechamiento en el mercado de una ventaja obtenida a resultas de una infracción de Leyes.

Tal objetivo es en buena lógica común a los dos supuestos de hecho albergados bajo la norma de referencia, si bien halla una concreción necesariamente diversa, en función de la naturaleza de la norma infringida. [...]

En general, pues, y desde los dos brazos que lo componen, el art. 15 LCD se orienta a velar por la transparencia del mercado, a fin de que los operadores económicos puedan concurrir al mismo desde su propia eficiencia. Se trata, pues, de un precepto que regula la competencia como institución garantizando con ello que los oferentes y demandantes (y, en particular, los primeros), en el ejercicio de su respectiva actividad de mercado, no se vean en la necesidad de enfrentar barreras artificiales, obstáculos o dificultades injustificadas. En este sentido, la función del precepto no es preservar el cumplimiento del conjunto del ordenamiento jurídico por parte de los diversos agentes que participan en el mercado, sino la igualdad de todos los diversos agentes que

participan en el mercado, sino la igualdad de todos los operadores económicos (oferentes y demandantes) que actúan en el mismo. Al vulnerar la norma en cuestión, el infractor obtiene una ventaja (potencial o automática, según hemos visto en función de la naturaleza de la norma infringida) que puede redundar o de hecho determina la mejora de su posición competitiva por comparación con la del resto de oferentes, al menos de los que permanecen obedientes a la norma. Ahora bien, la integración del supuesto de hecho requiere constatar la infracción de la norma de referencia, pero en ningún caso presupone la inmediata activación del reproche contenido en la misma, pues para que así sea debe comprobarse la existencia de una tal ventaja competitiva o, en términos negativos, debe comprobarse la inexistencia de una situación de incumplimiento generalizado y total de la norma de referencia, al punto que su infracción no sea susceptible de reportar ninguna ventaja competitiva significativa al infractor.»

14.2. Debe practicarse un juicio específico e independiente al de la ilegalidad de la actuación

- STS 1348/2006, Civil, de 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:8692):

«Hay que partir de la constatación de que, según la Ley de Competencia Desleal, la calificación como desleal de la infracción de una norma no es una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación, al tiempo que una sanción distinta a la prevista en la norma vulnerada, y así lo entiende un amplio y autorizado sector de la doctrina y puede deducirse de alguna decisión de esta Sala (Sentencia de 13 de marzo de 2000¹⁶⁵). No existe, de este modo, prejudicialidad ni vinculación del juez civil por la calificación que de los hechos hayan podido hacer, en su caso, las autoridades administrativas que pudieran haberlos conocido en el marco de su competencia.»

- SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 30 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:APLO:2004:737):

«Así pues, la calificación como desleal de la infracción de una norma supone un juicio específico e independiente, añadido al de la ilegalidad de la actuación, que se basa sobre premisas propias, al tiempo que una sanción adicional a la prevista en la norma vulnerada. Es, pues, sólo en la medida en la que pueda deparar efectos sobre el funcionamiento del mercado que el incumplimiento de una norma ajena al sistema de competencia desleal deviene relevante. En otros términos, el art. 15 LCD reprime aquellas conductas que, al infringir las Leyes, lesionan el funcionamiento regular de los mercados, y por lo tanto el principio general de libertad de competencia consagrado por la Constitución Española, tal y como éste ha sido concretado por el legislador.»

14.3. Los subtipos del artículo 15 de la LCD

- STS 305/2017, Civil, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1922):

«La conducta desleal prevista en este apartado segundo del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal consiste en la infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Ha de entenderse por tales aquellas normas que, al margen de su naturaleza civil o administrativa, configuran de forma directa la estructura del mercado y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los agentes que operan en el mismo, dirigidas a promover o asegurar las prestaciones propias o de un tercero. Es irrelevante, a estos efectos, cuáles hubieran sido los objetivos perseguidos por el legislador al establecer la norma concurrencial y cuál sea la justificación que, en su caso, proceda para la limitación de la competencia mediante la acción del legislador.

¹⁶⁵ STS 271/2000, Civil, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2000:1971).

En este apartado segundo del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal falta la mención a que el sujeto infractor se prevalega en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes, que sí se contiene en el apartado primero del precepto para el caso de que las normas infringidas no tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.»

- SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 30 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:APLO:2004:737):

«Como es obvio, el citado objetivo se aprecia con mayor facilidad en el segundo apartado de la norma comentada, esto es, en el supuesto de hecho que toma como referencia la violación de Leyes cuyo objeto recae en la ordenación de la competencia. Bajo este supuesto, el legislador reprime la conducta de aquellos agentes económicos que no respetan la estructura del mercado (ocasionalmente regulada o intervenida, en razón de intereses públicos), o bien infringen los principios o reglas acuñados por el legislador para la presentación en el mercado de los operadores o de su oferta, lo que, en uno y otro caso, permite al infractor, de suyo y sin necesidad de atender a otras circunstancias, la obtención de una ventaja competitiva (ilegítima) respecto de sus rivales. Y es por ello que puede afirmarse que la infracción de normas cuyo objeto recae o incide en la regulación del orden concurrencial conlleva inmediatamente a la alteración del mismo, y, por lo tanto, la descalificación de la conducta desde la perspectiva que ahora nos ocupa.

Pero el mismo objetivo se halla asimismo presente en el primer apartado de la norma, aquél que toma como referencia la violación de Leyes cuyo objeto no recae en la ordenación de la competencia, por tanto, cualesquiera normas ajenas al sistema concurrencial. Ahora bien, tal infracción interesa aquí desde el momento en que la misma pueda deparar al infractor una ventaja económica susceptible de incidir en su propia estructura de costes o de provocar una ampliación de su margen de beneficios, y en la medida en que tal ventaja sea aprovechada de modo efectivo por el infractor para mejorar su posición de mercado. El supuesto de hecho contemplado en el primer apartado del art. 15 LCD exige, como veremos, que el denunciante esté en disposición de demostrar, además de una infracción de norma, que el infractor ha obtenido una ventaja competitiva significativa (que no se presume, como el caso anterior), y que además se haya prevalido de la misma, esto es, que haya aflorado de algún modo al mercado, mejorando su posición competitiva respecto de la disfrutada por el resto de sus rivales. Es por ello que conviene insistir en la afirmación de que no toda infracción de Leyes reviste, de suyo, carácter desleal.»

14.4. El artículo 15.1 de la LCD

a. Requisitos

- SAP Zamora, Sec. 1ª, de 25 de octubre de 2007 (ECLI:ES:APZA:2007:292):

«En el apartado 1 se considera desleal prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las Leyes, ventaja que ha de ser significativa, derivándose de su análisis, la necesidad de que concurren los siguientes requisitos: 1º) Existencia de una infracción de las Leyes, entendida como infracción directa o inmediata o como defraudación, siempre que la norma jurídica reúna los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad (leyes orgánicas, ordinarias, decretos-leyes, decretos -legislativos, decretos, órdenes ministeriales, ordenanzas y reglamentos de corporaciones locales, estatutos generales y particulares de corporaciones profesionales, normas de las Comunidades Autónomas, etc.); 2º) Una posición de ventaja competitiva derivada de la infracción normativa, lo que significa que la violación de la norma jurídica permita al infractor un ahorro de costes de tiempo, o bien de inversión de recursos o elementos materiales, inmateriales, o de índole personal, con el consecuente aumento de su

margen comercial o beneficios; 3º) Que la ventaja sea significativa, lo que significa que mediante ese ahorro de costes, tiempo, inversión, etc.. derivado de la infracción de una norma jurídica, (fiscal, social, sanitaria, etc..) el infractor consiga desviar clientela hacia su actividad comercial, industrial, de servicios, etc.., bien porque consigue disminuir los precios de sus servicios o productos, bien porque aumenta el nivel de sus prestaciones o mejora la calidad de las mismas y 4º) Que exista un prevalimiento de la ventaja así obtenida, lo que viene a significar que se prevalega de la ventaja en el mercado, es decir, que se exteriorice como ventaja en el mercado frente a la competencia.»

- SAP León, Sec. 1ª, de 20 de junio de 2008 (ECLI:ES:APLE:2008:818):

«Además ha de tenerse en cuenta que como reza en el propio art. 15.1 la infracción de una norma ajena al sistema de competencia deviene relevante al mismo sólo si la misma es susceptible de proporcionar al infractor una ventaja, que ha de ser significativa, y siempre que, además, el referido infractor se haya prevalido de tal ventaja en el mercado. De no cumplirse cualquiera de los anteriores presupuestos, no se integraría el supuesto de hecho contemplado en el art. 15.1 LCD.»

- b. *La norma infringida debe reunir los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad*

- STS 500/2012, Civil, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2012:5929):

«Para que una conducta pueda considerarse acto de competencia desleal al amparo del art. 15.1 LCD, en primer lugar, es necesario que se haya infringido una norma jurídica que, si bien no necesariamente debe gozar de rango legal, sí que debe reunir los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad. Además, no basta con la infracción de la norma, sino que es preciso que esta infracción normativa haya reportado al infractor una ventaja competitiva relevante.»

- c. El infractor debe obtener una ventaja

- SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 30 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:APLO:2004:737):

«La infracción ha de ser susceptible, pues, en primer lugar, de reportar una ventaja al infractor. Esto es, de modo gráfico, la violación de la norma ha de permitir al infractor un ahorro en costes de tiempo, o bien de inversión en recursos o elementos materiales, inmateriales, o de índole personal, con el consecuente aumento de su margen comercial o beneficios. Interesa retener que el referido ahorro sólo se produce a resultas de la violación normativa, en ningún caso a partir de la propia eficiencia del infractor en la asignación de sus propios recursos. La deslealtad se integra por completo, como veremos, en el momento en el que el infractor saca provecho efectivo de tal ahorro de costes para diferenciarse frente a la competencia.»

- d. La ventaja debe ser significativa

- STS 512/2005, Civil, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2005:4186):

«La deslealtad se integra cuando el infractor obtiene provecho efectivo del ahorro de costes que por razones legales ha de satisfacer y a efectos de diferenciarse y hacer frente de esta manera y con ventaja a la competencia, presentándose significativa cuando se produce desviación acreditada de la clientela de los competidores a su favor con tal practica que la Ley sanciona y ataja el artículo 15-1, cuya infracción, conforme a lo que se deja estudiado, no se ha producido, por no haberse probado debidamente que se han cumplido los presupuestos que el precepto exige.»

- SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 30 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:APLO:2004:737):

«Pero lógicamente, para que el art. 15.1 LCD cumpla su función, su aplicación ha de ser proporcionada. Es por ello que el legislador ha exigido que la ventaja obtenida a partir de la infracción de la norma sea significativa, lo que implica, en breve, que la misma ha de resultar aplicable por la demanda y, en aquella mediada, llevar a la competencia a neutralizarla, a través de la reforma de su propia oferta. El carácter significativo de la ventaja obtenida por el infractor requerirá de una consideración particularizada en cada caso. El criterio, con todo, a partir del cual puede medirse tal ventaja significativa no será otro que el potencial adquirido por el infractor para desviar en su favor (y, del modo que quedó dicho, ilegítimamente) la clientela (tradicionalmente de otros competidores y/o potencial). Por último, el acento debe ponerse en la capacidad del infractor de atraer para sí, a resultas de la infracción normativa, el favor de la demanda, hasta la fecha fiel a la propia (y más eficiente) de sus rivales, sin que sea necesario probar un desplazamiento efectivo de la clientela en su favor, aspecto este cuya utilidad se proyectará eventualmente en la cuantificación de los daños y perjuicios.»

e. El infractor debe prevalecer en el mercado

- STS 512/2005, Civil, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2005:4186):

«Ahora bien la mera infracción normativa no constituye por sí sola conducta desleal, ya que se exige que la ventaja competitiva represente efectiva ventaja significativa y al utilizar el artículo el término “prevalecer”, se está refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial, debiendo de darse el necesario nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada.»

- SAP Zamora, Sec. 1ª, de 25 de octubre 2007 (ECLI:ES:APZA:2007:292):

«Que exista un prevalimiento de la ventaja así obtenida, lo que viene a significar que se prevalega de la ventaja en el mercado, es decir, que se exteriorice como ventaja en el mercado frente a la competencia.»

f. Debe existir un nexo causal entre la infracción y la ventaja significativa

- STS 512/2005, Civil, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2005:4186):

«Ahora bien la mera infracción normativa no constituye por sí sola conducta desleal, ya que se exige que la ventaja competitiva represente efectiva ventaja significativa y al utilizar el artículo el término «prevalecer», se está refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial, debiendo de darse el necesario nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada.»

14.5. El artículo 15.2 de la LCD

a. Requisitos

- _____ STS 446/2008, Civil, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:3796):

«Los presupuestos que han de concurrir para que pueda aplicarse el art. 15.2 LCD son cuatro: a) un comportamiento consistente en la infracción de una regla. b). Las reglas infringidas han de ser normas jurídicas, pues el art. 15.2 LCD al contrario que su apartado 1 no exige que se trate de «leyes», habla simplemente de «normas jurídicas», lo cual implica que esta expresión ha de ser entendida en sentido amplio. En cualquier caso, ha de tratarse de una norma jurídicamente

vinculante, lo cual presupone su validez. c). Las normas jurídicas infringidas han de tener por objeto la regulación de la actividad concurrencial y d) la norma infringida ha de ser observada por los demás competidores. Este presupuesto aunque no se exige de manera expresa resulta del propio fundamento del art. 15.2 LCD.»

b. El concepto de "norma jurídica" debe interpretarse en sentido amplio

- STS 446/2008, Civil, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:3796):

«Las reglas infringidas han de ser normas jurídicas, pues el art. 15.2 LCD al contrario que su apartado 1 no exige que se trate de «leyes», habla simplemente de «normas jurídicas», lo cual implica que esta expresión ha de ser entendida en sentido amplio. En cualquier caso, ha de tratarse de una norma jurídicamente vinculante, lo cual presupone su validez.»

- SAP Baleares, Sec. 4ª, de febrero de 2000 (ECLI:ES:APIB:2000:255):

«Esta Sala no puede convenir con la Juez «a quo» que las Circulares del Banco de España no sean encajables dentro del concepto de «norma jurídica» referido en el art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal y ello por cuanto consideramos que el concepto de norma jurídica utilizado en dicho precepto hay que interpretarlo en un sentido amplio, y, por tanto, no sólo deben incluirse en el mismo las leyes, sino también toda norma que las desarrolle, entre las que se incluyen las dictadas por Órganos inferiores, como el Banco de España, dado que el único requisito que debe reunir la norma de que se trate es el de poseer los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad.»

c. La norma infringida debe tener una finalidad concurrencial

- STS 304/2017, Civil, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1922):

«La conducta desleal prevista en este apartado segundo del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal consiste en la infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Ha de entenderse por tales aquellas normas que, al margen de su naturaleza civil o administrativa, configuran de forma directa la estructura del mercado y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los agentes que operan en el mismo, dirigidas a promover o asegurar las prestaciones propias o de un tercero. Es irrelevante, a estos efectos, cuáles hubieran sido los objetivos perseguidos por el legislador al establecer la norma concurrencial y cuál sea la justificación que, en su caso, proceda para la limitación de la competencia mediante la acción del legislador.»

- STS 415/2005, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2005:3307):

«No obstante, tal posición no puede sustentarse ya que es, sin duda, acertado el criterio de la Sala al decir que entre las normas jurídicas que regulan la actividad concurrencial, se encuentran las que imponen determinados requisitos y consiguientes prohibiciones en la producción, elaboración y, designación y comercialización de los vinos espumosos de calidad producidos en regiones determinadas, como es el cava. El cuestionado en su aplicación párrafo del artículo 15, establece una presunción de «ventaja competitiva significativa» si la norma infringida regula la actividad comercial y no otra finalidad tienen las normas que regulan la calidad del producto que se ofrece al mercado.»

d. No es necesario que la ventaja sea significativa

- STS 605/2009, Civil, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:5971):
«Para que quepa apreciar la existencia del ilícito del art. 15.2 LCD basta que exista una norma jurídica concurrencial y que se produzca la simple infracción de la misma.»
- STS 446/2008, Civil, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:3796):
«Cuando un sujeto infringe las normas reguladoras de la actividad concurrencial y lleva a cabo una estrategia competitiva que los demás no desarrollan por estar prohibida ello supone una ruptura del citado principio de igualdad, que hace innecesarios más requisitos para afirmar la deslealtad de su conducta. Al contrario de lo que sucede en el supuesto tipificado en el apartado 1 del art. 15 LCD, en el apartado 2, no se exige ventaja competitiva ni que ésta sea significativa sino el solo hecho de la infracción de una norma reguladora de la actividad concurrencial que se supone respetada por los demás competidores. Razón por la cual la simple infracción de la misma por un sujeto implica una alteración de la par conditio concurrentium que sitúa al infractor en una posición desigual porque incumple una regla competitiva que los demás respetan.»

14.6. Deben especificarse las normas infringidas

- SAP Pontevedra, Sec. 1ª, de 10 de diciembre de 2002 (ECLI:ES:APPO:2002:4036):
«Conviene ya adelantar y advertir aquí que la inclusión de la modalidad del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal se hace sin cumplir lo que, a nuestro juicio, es necesaria en la invocación de esta modalidad de conducta desleal, pues, como señala autorizada doctrina la Ley de Competencia Desleal no defiende una concreta política de competencia, sino que hace propia la ordenación de los mercados y actuaciones competitivas establecida por el legislador; por ello, cuando la denuncia de competencia desleal se hace con base en el art. 15, será precisa la especificación de las normas que se consideran violadas, ya se trate de normas que regulen la actividad concurrencial definiendo la estructura del mercado, las estrategias y acciones concurrenciales de los diversos agentes que operan en el mercado, encaminadas a la promoción o difusión de los bienes o servicios en el mercado, ya sean normas fiscales o aduaneras, o las normas sobre precios, o relativas a consumo y ordenación del mercado o las que regulan el acceso o ejercicio de una determinada actividad económica, o la infracción de normas sobre publicidad. Ninguna indicación o referencia hacen las demandantes en este sentido que nos permita hacer una evaluación de la infracción de normas o leyes para integrar el contenido del supuesto concreto; tampoco atisbamos a entender a qué tipo de leyes o normas puede referirse.»

14.7. Es necesario probar la infracción de las normas infringidas

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 4 de julio de 2007 (ECLI:ES:APB:2007:7053):
«A parte de estas imprecisas alegaciones vertidas en sus escritos de demanda y recurso la actora no invoca los preceptos legales que se infringen, ni tan siquiera indica la norma nacional que transpone la Directiva comunitaria, ni aporta pruebas que acrediten la invocada conducta infractora de la demandada. Por consiguiente, la actora, sobre quien recae la carga de la prueba, no ha realizado ningún esfuerzo probatorio sobre las sólo alegadas conductas concurrenciales de la demandada, imposibilitando que este Tribunal pueda enjuiciar si concurre el ilícito concurrencial desleal invocado. [...]

Por todo ello, estimamos que la falta de prueba sobre las concretas infracciones legales y, por ende, de la ventaja competitiva ilegal, en que la actora fundamenta la acción de competencia desleal impide a este Tribunal apreciar la existencia de la infracción legal que es presupuesto constituido del ilícito concurrencial desleal ex artículo 15.2 de la LCD. En consecuencia, procede confirmar el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia desestimatorio de la acción de competencia desleal que se ejercita en la demanda rectora de este procedimiento.»

15. Discriminación y dependencia económica (Artículo 16 de la LCD)

Artículo 16. Discriminación y dependencia económica.

1. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada.

2. Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

3. Tendrá asimismo la consideración de desleal:

a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.

b) La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.

15.1. Artículo 16.1 de la LCD: concepto y requisitos

a. *Legitimación activa: ¿limitada al consumidor? Discusión jurisprudencial*

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 19 de abril de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:5951):

«El trato discriminatorio que tipifica el Art. 16-1 L.C.D ., único ilícito que aprecia la sentencia apelada, tiene por sujeto pasivo al "consumidor", y es patente que MONTE REAL carece de tal cualidad, no solo porque se trata de un empresario integrado en la estructura vertical de distribución de combustibles que provee REPSOL y que no adquiere mediante compraventa la propiedad de dicho producto (se trata de un comisionista) sino también -y acaso fundamentalmente- porque su misión no es la de consumir ella misma tal producto (única hipótesis que convendría a la cualidades semánticas naturales de la voz "consumidor") sino la de culminar la cadena de distribución haciéndolo llegar a quien ha de consumirlo, es decir, al consumidor propiamente dicho. Y para alcanzar tal conclusión acerca del significado de dicha expresión no es necesario tomar en consideración, como MONTE REAL sugiere para descartarla, la noción de "consumidor" que nos proporciona de la legislación especial protectora del consumo sino que basta con asumir la significación natural del término. Por lo demás, la circunstancia de que la Ley 29/2009 de 30 de diciembre incluyera en la Ley de Competencia Desleal un Capítulo III específicamente destinado a contemplar determinadas prácticas comerciales con los consumidores o usuarios no significa que muchas de las figuras del Capítulo II, como lo es la del Art. 16-1, no contemplen al consumidor como sujeto que, además del competidor, puede resultar perjudicado

por la ilicitud contemplada en cada caso (así sucede con las figuras tipificadas en los Arts. 4, 5, 6, 7 y 8, donde las alusiones al "destinatario" del bien o servicio, que bien puede ser un consumidor, se alternan con específicas referencias a la figura del "consumidor").»

- SJM nº 1, de Madrid, de 13 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:JMM:2010:67):

«Una primera cuestión controvertida en el debate entre las partes ha sido si el precepto restringe o no la legitimación activa al consumidor discriminado. Al respecto, cita el demandado dos sentencias (S.A.P. de Murcia de 14 de octubre de 1996 y SJM núm. 1 de Sevilla de 28 de julio de 2005 (AC 2005, 1238)) y se apoya en la interpretación doctrinal de J.L. PORFIRIO CARPIO, La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal, Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 164-165, para afirmar que el demandante no ostenta dicha legitimación.

La argumentación de la demandada en este punto no puede hallar favorable acogida. No se detecta contradicción normativa alguna entre el art. 16.1 y el art. 19 de la LCD¹⁶⁶ ni se advierte que el primero pueda imponer ninguna restricción del segundo. Que el sujeto pasivo de la discriminación sea el consumidor y que la norma aúne entre sus fines la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y la protección de los consumidores no autoriza a pensar que sólo estos últimos pueden reaccionar frente a una conducta infractora del art. 16.1 LCD. No podemos acoger que la LCD imponga restricciones a la legitimación activa distintas de los requisitos exigidos en el art. 19 LCD, que resulta incuestionable concurren en la actora. La legitimación activa derivada de la participación en el mercado siendo titular de intereses económicos que resultan directamente perjudicados o amenazados concurre o no para la actora respecto de cualquier tipo de conducta desleal; y si la tiene para el resto de infracciones alegadas (como no se ha controvertido), también la tendrá para la defensa frente a los actos de discriminación de consumidores. »

b. El concepto de trato discriminatorio

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 27 de junio de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:18022):

«La discriminación implica que se dé un trato diferente a quien se encuentra en idéntica situación, esto es, que se otorgue un tratamiento desigual al demandante respecto de otros clientes de la demandada en la misma situación, lo que, insistimos, resulta por completo ajeno a la conducta que se imputa a la demandada.»

- SJM nº1, de Madrid, de 13 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:JMM:2010:67):

«La acción relevante en sede de este precepto es la no aplicación de unas mismas condiciones comerciales a todos los consumidores, sea en materia de precios, sea en otros aspectos, incluida la negativa de venta o contratación en su sentido más amplio. [...]

En relación con la inclusión de las cláusulas controvertidas como acto discriminatorio, hemos de advertir de entrada que no compartimos la tesis de la demandada de que la aplicabilidad de las condiciones generales de la compañía a todos los clientes sin distinción (discriminación "ante" las condiciones) impida hablar de discriminación; contrariamente a dicha interpretación, entendemos que es teóricamente posible incurrir en trato discriminatorio también "en" las propias condiciones.»

¹⁶⁶ Artículo 19 de la LCD: Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley.

c. *No concurre el ilícito cuando concurre una causa justificada*

- AAP Barcelona, Sec. 15^a, de 1 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:APB:2010:6891A):

«Es cierto que el artículo 16.1 LCD no reputa desleal el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta si media causa justificada.»

- SJM n°1, de Valladolid, de 26 de julio de 2019 (ECLI:ES:JMVA:2019:3303):

«Por otra parte y en cuanto a las promociones (renting, flotas), independientemente de que también estaría prescrita la acción en el momento de presentarse la demanda, lo cierto es que estaban justificadas porque proporcionaban beneficios económicos, aunque el margen pudiera ser pequeño (así se ha puesto de relieve a través de la prueba practicada), aportando otras ventajas como la captación de clientes para otros servicios, y su fidelización, debiendo añadirse que además no todas eran obligatorias para los franquiciados (así lo refirió el Sr. Bernardo).»

15.2. Artículo 16.2 de la LCD: concepto y requisitos

a. *El concepto de dependencia económica*

- STS 75/2012, Civil, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1580):

«[E]l artículo 16, apartado 2, de la Ley 3/1991, de 10 de enero, tipifica como ilícita una conducta que presupone, en el lado activo, la explotación de una posición de dominio - en el sentido que se dirá - y, en el pasivo, una situación de dependencia económica en la que se encuentre quien carece de alternativas equivalentes para ejercer su actividad.»

- SAP Barcelona, Sec. 15^a, de 14 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:9673):

«Como sabemos, para que haya una situación de dependencia económica es necesario que el cliente o el proveedor no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad, en nuestro caso, aun en el caso de que concurriera esta situación de dependencia en la relación de franquiciada/franquiciador en atención al mercado geográfico relevante, ello no es suficiente para apreciar deslealtad en la conducta de la demandada, puesto que es necesario que, además, se pueda hablar de uso abusivo de esta posición, lo que no concurre en el caso de autos, donde la cuestión queda reducida al ámbito puramente contractual, como veremos, y que se está resolviendo en procedimiento civil aparte.»

- SJM n°7, de Barcelona, de 20 de junio de 2019 (ECLI:ES:JMB:2019:8242)¹⁶⁷:

«Esta conducta desleal, que sanciona actos de deslealtad frente al mercado, se refiere a aquellos agentes económicos que sin alcanzar una posición de dominio absoluta en el mercado, tienen una posición especialmente fuerte (posición de dominio relativa) frente a sus clientes y proveedores y se aprovechan de esta situación imponiendo unas condiciones que en circunstancias de mercado competitivas sus clientes y proveedores no soportarían. Presupuesto nuclear es la situación de dependencia económica, legalmente caracterizada como situación en la que clientes y proveedores carecen de una alternativa equivalente, y se diferencia de la posición de dominio, por el carácter relativo del poder de mercado que existe en el primer caso frente al carácter absoluto del segundo. Ello no obstante, entre ellas no existe contraposición, sino complementariedad.

¹⁶⁷ En la misma línea, la SJM n°7, de Barcelona, de 1 de marzo de 2023 (ECLI:ES:JMB:2019:8242).

Esta situación de dependencia económica de la que parte el precepto parece referirse a una situación de dependencia vertical, de manera que la deslealtad solamente podría producirse entre empresas situadas en diferentes eslabones de la cadena de producción o distribución y no entre empresas competidoras.

Se deberán considerar para enjuiciar el supuesto considerado, la clase de productos o servicios de cuyo aprovisionamiento (para las empresas clientes) de cuyo suministro (para las empresas proveedores) se trata; el territorio en que actúan clientes y proveedores; el momento en que se valoran los hechos enjuiciados, prescindiendo de la futura evolución de la posición relativa de las partes implicadas.

Determinado el mercado relevante del modo que antecede, procede a continuación comprobar si en dicho mercado existen o no alternativas equivalentes para los clientes o proveedores considerados en cada caso. Para excluir la deslealtad del acto, la presencia de otras fuentes de aprovisionamiento o de otras fuentes de pedidos ha de ser real y efectiva, no potencial, en el lugar y momento considerados.»

b. No es desleal la situación de dependencia, sino el abuso que se hace de la misma

- STS 75/2012, Civil, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1580):

«Basta con que se demuestre el comportamiento abusivo de un participante en aquel en su relación con otro que se halle en situación de dependencia económica y carezca de alternativas semejantes»

- SAP Ourense, Sec. 1ª, de 4 de febrero de 2014 (ECLI:ES:APOU:2014:34):

«Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. Se refiere el precepto a las relaciones comerciales entre pequeñas y grandes empresas, y a situaciones que se producen cuando no tienen en el mercado alternativa equivalente hacia la que pudieran canalizar sus pedidos»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 20 de enero de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:1852):

«Ello no obstante pueden solaparse ambas situaciones y, en lo que el precepto importa, debe prestarse atención a la constatación de la situación de dependencia económica. Sin embargo debe tenerse en cuenta que el tipo legal no concurre si, además, no se produce un abuso de esa situación de dependencia. Para eso es preciso que se acredite que la conducta imputada al agente revele esa disfunción.»

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 14 de mayo de 2007 (ECLI:ES:APB:2007:9571):

«Aunque el art. 16.2 LCD no especifica en qué debe consistir la acción de explotación de esta situación de dependencia económica. La doctrina suele incluir dentro de la explotación de una situación de dependencia económica la discriminación en sentido estricto, que consiste en el tratamiento arbitrariamente desigual -sin justificación objetiva- que una empresa dispensa a sus clientes o proveedores en situación de dependencia económica en materia de precios, condiciones de entrega, calidad, cantidad, prestaciones adicionales u otros términos de la relación que mantienen.»

- SAP Sevilla, Sec. 5ª, de 13 de junio de 2006 (ECLI:ES:APSE:2006:2361):

«Pues bien, como señala la sentencia apelada, incluso aún cuando admitiéramos la situación de dependencia económica de la actora con respecto a CNH, lo que en ningún caso se ha probado es que haya abusado de la misma para imponer condiciones claramente desproporcionadas o injustas.

En el recurso se alega ahora que el abuso consiste en la negativa de CNH a facilitar las nuevas condiciones que comunicó verbalmente por escrito. El hecho de que unas condiciones comerciales no se comuniquen por escrito no implica abuso o explotación de la situación de dominio mientras que las mismas no sean en sí abusivas y se respeten en la práctica. No consta que el cambio no fuese respetado por CNH, ni que la falta de comunicación por escrito impidiera a la actora continuar con su actividad normal, por lo que no se aprecia la concurrencia de los requisitos a los que dicho precepto supedita la existencia de conducta desleal.»

c. La relación de este precepto con el derecho de la competencia

- STS 75/2012, Civil, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1580):

«El tipo descrito en el apartado 2 del artículo 16 de la Ley 3/1991 se inspira en criterios que son propios de los sistemas antitrust. Sin embargo, su comisión no requiere que los efectos del acto desleal alcancen una especial gravedad o trascendencia sobre el funcionamiento del mercado - lo que exige el artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.»

15.3. Artículo 16.3 de la LCD: concepto y requisitos

a. La dependencia económica (ver requisitos de dependencia económica anteriormente expuestos)

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 27 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:12931):

«En todo caso, no consideramos que se trate de una figura de ilicitud independiente. Este tribunal ya indicó en sus sentencias de 28 de octubre de 2011¹⁶⁸ y 16 de diciembre de 2016¹⁶⁹ lo siguiente. [...] "También participa de este criterio la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2008¹⁷⁰ al señalar que: "Para que concurra la conducta tipificada en el artículo 16 LCD, tanto la prevista en el apartado 2 como la tipificada en el apartado 3, introducida esta última por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que reforma la LCD, es menester que pueda acreditarse la existencia de una situación de dependencia económica"»

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 12 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:APM:2014:18847):

«Sólo en el número primero del artículo 16 se contempla un supuesto de tratamiento discriminatorio en sentido estricto, comprendiendo los apartados 2 y 3 supuestos de explotación de dependencia económica, siendo la discriminación sólo una de sus formas, incluyéndose en el apartado 3, supuestos que la doctrina, antes de la reforma, ya encajaba en el ámbito del apartado segundo del artículo 16, dando así la norma carta de naturaleza a dos concretas manifestaciones de explotación de una situación de dependencia económica.

En definitiva, se trata de actos desleales frente al mercado cuya represión como actos de competencia desleal sólo tiene sentido en la medida en que exista una situación de dependencia económica si no quiere convertirse en ilícito concurrencial la mera terminación de un contrato incluso conforme a lo pactado por las partes que pueden haber contemplado un plazo de preaviso menor.»

a)

¹⁶⁸ SAP Madrid, Sec. 28ª, de 28 de octubre de 2011 (ECLI:ES:APM:2011:15141).

¹⁶⁹ SAP Madrid, Sec. 28ª, de 16 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:17200).

¹⁷⁰ SAP Madrid, Sec. 28ª, 18 de junio de 2008 (ECLI:ES:APB:2008:7750).

16. Venta a pérdida (Artículo 17 de la LCD)

Artículo 17. Venta a pérdida.

1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.
2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:
 - a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.
 - b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.
 - c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

16.1. La venta a pérdida es, en principio, lícita

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 21 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:5443):
 «En el artículo 17 de la LCD se expone un principio fundamental en la ordenación del libre mercado (artículo 38 de la Constitución Española) cual es la libertad de fijación de precios, salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, por lo que la venta a pérdidas no constituye per se un acto de competencia desleal salvo que vaya acompañada de las especiales circunstancias que se indican el precepto.»
- SAP León, Sec. 1ª, de 19 de mayo de 2014 (ECLI:ES:APLE:2014:635):
 «La venta a pérdida, tal y como se desprende del propio artículo 17.1 LCD es, en principio, lícita (en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 May. 1993¹⁷¹ y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 Dic. 1.998¹⁷², entre otras), sólo excepcionalmente puede considerarse un acto de competencia desleal; en particular, si en el caso considerado concurre alguna de las circunstancias expresa exhaustivamente establecidas en el artículo 17.2 LCD, esto es, si induce a error a los consumidores sobre el nivel de precios de las restantes prestaciones ofrecidas en el establecimiento, desprestigia los productos vendidos a pérdidas o la imagen de otros establecimientos o tiene una finalidad predatoria. Por exigencias del principio de libertad de precios, y del modo antes apuntado, el reproche de deslealtad de la venta a pérdida debe fundarse en una apreciación rigurosa y restrictiva de estas circunstancias. Del mismo modo, el carácter objetivo que de forma general presta el artículo 4 Ley de competencia Desleal al ilícito impone la necesidad de otorgar mayor relevancia a los elementos y circunstancias de esta naturaleza, sin que por ello sea lícito forzar los términos legales ("encaminadas") para hacer del juicio de deslealtad en este ámbito un juicio de intenciones.»

16.2. Debe hacerse una interpretación restrictiva del precepto

- STS 446/2008, Civil, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:3796):
 «La doctrina científica más autorizada no duda en afirmar que en la tipificación de la venta a pérdida existe una clara evolución legal que tiende hacia su liberalización, de forma que existe un

¹⁷¹ SAP Cantabria, Sec. 2ª, de 12 de mayo de 1993 (AC\1993\1020).

¹⁷² SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 24 de diciembre de 1998 (ECLI:ES:APB:1998:10414).

evidente y rotundo mandato de proceder de forma restrictiva en la interpretación de las circunstancias que determinan la deslealtad de la venta a pérdida tanto hacia el exterior, de modo que no se añadan supuestos distintos de los considerados por el legislador, como hacia el interior en la lectura de los términos legales, así como de proceder a una apreciación rigurosa de la concurrencia de las circunstancias de hecho de que depende la deslealtad en el caso considerado, (José Massaguer en la obra ya citada «Comentarios a la Ley de Competencia Desleal»). [...]

La venta a pérdida como acto desleal expresamente tipificado debe interpretarse y aplicarse de forma restrictiva sólo en aquellos supuestos donde concurran claramente los presupuestos legales para su aplicación.»

- SAP León, Sec. 1ª, de 19 de mayo de 2014 (ECLI:ES:APLE:2014:635):

«Por exigencias del principio de libertad de precios, y del modo antes apuntado, el reproche de deslealtad de la venta a pérdida debe fundarse en una apreciación rigurosa y restrictiva de estas circunstancias. Del mismo modo, el carácter objetivo que de forma general presta el artículo 5 LCD al ilícito impone la necesidad de otorgar mayor relevancia a los elementos y circunstancias de esta naturaleza, sin que por ello sea lícito forzar los términos legales («encaminadas») para hacer del juicio de deslealtad en este ámbito un juicio de intenciones.»

16.3. Requisitos

a. *La venta realizada bajo coste o bajo precio de adquisición*

- SAP León, Sec. 1ª, de 19 de mayo de 2014 (ECLI:ES:APLE:2014:635):

«El punto inicial del análisis ha de ser la constatación de una venta a pérdida, esto es, la realización de ventas por debajo de los costes variables o por debajo de los costes totales en el supuesto de que el tamaño del mercado no permita absorber a largo plazo los costes fijos sin un incremento del precio de venta por encima de los costes totales.»

- SJM nº3, de Madrid, de 05 de mayo de 2023 (ECLI:ES:JMM:2023:4426):

«La SAP de Madrid, secc. 28ª, 216/2019 de 26 de abril¹⁷³, señala que para que pueda hablarse de venta a pérdida, del art. 17.2 LCD, lo que tendría que estar produciéndose es que la operación estuviera realizándose bajo coste o bajo precio de adquisición, no bastando que el margen bruto aplicado por la demandada pueda ser inferior al de mercado, pues eso minimizaría, o incluso podría anular la ganancia, pero no necesariamente implicar pérdida. [...]

El primer requisito, por tanto, es la venta bajo coste o precio de adquisición. Como señala la SAP de Madrid, secc. 28ª, 199/2015, de 10 de julio¹⁷⁴, la LCD no recoge una definición de estos conceptos, cosa que sí hace la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), en el art. 14.2, el cual reseña que se considerará que existe venta con pérdida, cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación.»

b. *La venta a pérdida no es suficiente para que exista deslealtad*

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 21 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:5443):

¹⁷³ SAP Madrid, Sec. 28ª, de 26 de abril de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:13399).

¹⁷⁴ SAP Madrid, Sec. 28ª, de 10 de julio de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:10607).

«Es decir, aunque el precio estuviera por debajo del coste, sólo excepcionalmente puede considerarse un acto de competencia desleal si concurre alguna de las circunstancias expresamente previstas en el citado artículo 17 LCD.»

- SAP Madrid, Sec. 28ª, de 10 de julio de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:10607):

«Por tanto, en este ámbito normativo, aun cuando pueda estar presente la práctica de la venta a pérdida, como hecho base del comportamiento, tal acto no recibe un reproche de deslealtad por sí sólo, sino en relación con ciertos elementos cualificantes que deben estar adicionalmente presentes en la conducta. Y así dispone el art. 17.2 LCD que "No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos: a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos. c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado"»

16.4. El artículo 17.2.a de la LCD

- SAP Cantabria, Sec. 2ª, de 12 de mayo de 1993 (AC\1993\1020):

«Examinados por el recurrente los tres supuestos contemplados en el art. 17.2 y afirmando que los actos de la entidad demandada se encuadran en los tres supuestos, corresponde efectuar un estudio de los mismos. El ap. a) del núm. 2 reputa desleal la venta a pérdida cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. Ciertamente que la expresión «sea susceptible» está impregnada de cierto significado objetivo, excluyente de la necesidad de valorar la intención de quien realiza la venta para examinar solamente la venta en sí, objetividad por demás también mencionada en la cláusula general recogida en el art. 5 que abre el capítulo de los actos desleales, pero no menos cierto es que la inducción al error cuya posibilidad se contempla y constituye el núcleo del acto desleal descrito, ha de ser entendido en un sentido ponderado y por referencia a criterios de racionalidad media que es la presumida en «el consumidor», sin que tal inducción pueda deducirse sólo del mismo precio bajo coste, pues de lo contrario es evidente que la Ley siempre hubiese calificado la venta a pérdida como acto desleal, ni tampoco de la diferencia porcentual entre el precio de venta y el precio de adquisición, pues este último en cuanto desconocido para el consumidor no puede calificarse como elemento determinante del error. El apelante acude para la determinación de la posibilidad de error al criterio cuantitativo del 15% recogido en el art. 8 de la Ley, regulador de la venta con prima o ventaja, pero tal criterio no puede ser aceptado en cuanto que ni el legislador lo ha previsto en el art. 17 ni existe razón que permita afirmar que una venta con precio inferior en más de un 15% al de adquisición sea apta para inducir a error a los consumidores; el error contemplado lo es por referencia del precio del producto que se vende a bajo coste, con otros precios del mismo establecimiento y si la valoración de la circunstancia que constituye el ilícito concurrencial lo fuera por el criterio del 15% pretendido, nada más fácil para el legislador que haberlo incluido en el precepto, máxime cuando el mismo se contempla en otros supuestos de la Ley. Los criterios de racionalidad media antes comentados, hacen referencia a juicio de esta Sala, a circunstancias ínsitas en la propia venta bajo coste, además del precio y así cuando la venta se acompaña de información relativa a que se trata de una oferta por razones especiales (aniversario, días señalados de festividad, promoción del fabricante por ser nuevo en el mercado, etc.) que revelan al consumidor la razón de la venta al precio en cuestión con signos de verosimilitud, la posibilidad de error decae y el precio competitivo aparece para él justificado. En el supuesto enjuiciado las dos operaciones mencionadas, son rodeadas por la demandada con anuncios de que se trata de ocasiones especiales, aniversario de centro y operación vuelta a casa tras las vacaciones, que revelan la razón del precio de venta bajo coste y desvanecen el pretendido error en el consumidor. Por otro lado debe reconocerse que si el error lo debe ser acerca de otros productos o servicios del

mismo establecimiento, pudiendo creer el consumidor confundidamente que la totalidad de lo vendido en el centro cuestionado es de inferior precio al de mercado, es lo cierto que frente a los cientos de productos que se venden normalmente en un gran almacén o gran superficie, los alegados como de venta de pérdida no superan la decena, por lo que en definitiva tampoco los términos comparativos permiten atisbar la posibilidad de dicho error.»

16.5. El artículo 17.2.b de la LCD

- SAP Cantabria, Sec. 2ª, de 12 de mayo de 1993 (AC\1993\1020):

«Se alega, que también la venta bajo coste mencionada se configura como desleal al amparo de lo dispuesto en el art. 17.2.b) de la Ley 3/1991 que tipifica el supuesto cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos y al igual que el anterior motivo, éste debe ser desestimado. Si bien el precepto recoge el efecto de la desacreditación, lo que debe entenderse como resultado con independencia de la finalidad perseguida, y así lo entiende y expresamente lo menciona el apelante, es lo cierto que tal resultado en cuanto hecho, aun reconociendo su dificultad probatoria, debe reflejarse cuando menos a título de indicio, lo que en el supuesto enjuiciado no se ha producido, pues la circunstancia de que desde el año 1982 hasta la actualidad el número de minoristas de la alimentación haya descendido en Cantabria en cantidad notable, no justifica «per se» la relación de la causa efecto entre la práctica denunciada y el mencionado descenso. El propio apelante se limita a afirmar que la venta bajo precio de adquisición incurre en el tipo de acto desleal comentado, pero sin especificar qué producto o establecimiento han resultado desacreditados, realizando en definitiva una aseveración generalizada que impide la constatación del hecho presuntamente acaecido y sin que quepa admitir que todos los establecimientos de la ciudad o de la Comunidad Autónoma han resultado desacreditados.»

16.6. El artículo 17.2.c de la LCD

- SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 21 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:5443):

«Esta conducta exige la concurrencia de una serie de requisitos como (i) la acreditación de una venta por debajo de coste, en atención al servicio que se esté prestando por la parte demandada, lo que exige un análisis circunscrito a cada empresa imputada respecto de los costes variables y totales de sus productos o servicios, (ii) que la empresa que lleva a cabo la conducta presente cierta fortaleza de la posición en el mercado de que se trate y que la práctica se inserte en una estrategia de carácter sistemático y continuado y, eventualmente, combinado con otras medidas igualmente orientadas a expulsar o alejar del mercado a los competidores existentes o potenciales [...]

Por otra parte, incluso si hubiese venta a pérdida, deberían concurrir determinadas condiciones para que la práctica pueda tener los tintes predatorios que determinan su deslealtad, a saber: la fortaleza de la posición de mercado del que organiza la venta a pérdida, su carácter sistemático y continuado, la falta de toda justificación competitiva objetiva (liquidación de existencias, venta de rebajas, lanzamiento de una nueva prestación, la respuesta a una acción de un competidor) y la expulsión literal del mercado de un competidor o grupo de competidores.»

- SAP León, Sec. 1ª, de 19 de mayo de 2014 (ECLI:ES:APLE:2014:635):

«Ahora bien, a esta constatación de una venta a pérdida ha de seguir la comprobación de que se inserta en una estrategia predatoria, esto es, que posee carácter sistemático y continuado, a la vez de comprobar que la venta a pérdida carece de toda justificación competitiva objetiva, y si se combina con otras medidas igualmente orientadas a expulsar o alejar del mercado a los competidores existentes o potenciales, del mismo modo que debe llevarse a cabo una precisa delimitación del mercado relevante y de los sujetos que operan actualmente en el mismo y los

potenciales entrantes, con el fin de establecer si, en efecto, concurren las condiciones bajo las cuales resulta racional emprender una estrategia predatoria, esto es, bajo las cuales cabe razonablemente esperar una recuperación de costes tras la expulsión o alejamiento de los competidores, o bien si en el caso concurren circunstancias de orden excepcional que alientan la puesta en marcha de semejante política cuando no sea económicamente racional.

Finalmente, deberemos examinar si, atendidas las circunstancias del caso, la estrategia identificada y en la que se integra la venta a pérdida, es efectivamente adecuada para expulsar a un competidor o grupo de competidores de mercado o para alejar del mismo a potenciales entrantes, pues no debe considerarse desleal ni la venta a pérdida que da lugar a una pérdida de cuota de mercado que permite a los competidores afectados mantenerse en el mercado ni la venta a pérdida que impide el lanzamiento de un nuevo producto o servicio o saca del mercado un producto o servicio ya implantado sin poner en riesgo la pervivencia de sus oferentes.»

- SJM nº3, de Madrid, de 5 de mayo de 2023 (ECLI:ES:JMM:2023:4426):

«En cuanto a la venta a pérdida como estrategia predatoria, señala la sentencia que sólo podría ser apreciada si la estrategia empleada fuese apta, se lograra consumir o no finalmente su efecto, para poder eliminar a competidores del mercado, lo que exigiría que: 1º) gozase de intensidad suficiente, en términos de duración, continuidad y sistemática; 2º) se concretase adecuadamente el mercado en que se ha operado tal conducta, a fin de evaluar su aptitud para conseguir la finalidad que la convierte en desleal; y 3º) se identificasen los competidores a los que se dirige y su situación»

17. Publicidad ilícita (Artículo de la 18 LCD)

Artículo 18. Publicidad ilícita.

La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal

17.1. La publicidad ilícita

- Artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad:

«Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento, coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomenta estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, así como la que promueva la prostitución.

Igualmente, se considerará incluida en la previsión anterior la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución.

b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c) La publicidad subliminal.

d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal»

¿Intimidar con males lícitos? Comentario a la STS 235/2024, de 11 de marzo, sobre el «caso Ausbanc», por Carlos CASTELLVÍ MONSERRAT.

Asesinatos en serie y prisión permanente revisable. Comentario a la STS 776/2024, de 18 de septiembre, por Oriol MARTÍNEZ SANROMÀ.

¿Cuándo muere la persona jurídica? Comentario a la SAN 20/2024, de 8 de julio, por Quim REAL GALÍ.

¿Insolidarios o cómplices? Un problema de comisión por omisión. Comentario a la STS 771/2024, de 13 de septiembre, por Miguel ARQUERONS MURCIA.

-

* 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.

¿Intimidar con males lícitos?

Comentario a la STS 235/2024, de 11 de marzo, sobre el «caso Ausbanc»

Carlos Castellví Monserrat
Universitat de Barcelona
carloscastellvi@ub.edu

-

1. Introducción

¿Puede cometerse un delito de extorsión (u otro delito que implique intimidación) mediante el anuncio de conductas lícitas? La STS 235/2024, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2024:1345) considera que no; que la intimidación «debe tomar su base en el anuncio de un mal en sentido jurídico (con exclusión, por lo tanto, del "mal" lícito o justo)». De este modo, sostiene que no es delictivo interponer una demanda o una querrela para, después, anunciar que se proseguirá con ella a menos que se pague una contraprestación. Precisamente por ello, el Tribunal Supremo casa la condena por extorsión impuesta por la Audiencia Nacional y absuelve a los dirigentes de Ausbanc; unos dirigentes que, sistemáticamente, utilizaban la misma estrategia: emprender acciones judiciales y campañas de desprestigio contra entidades bancarias para, más adelante, exigir dinero a cambio de retirarlas.

Este comentario tiene tres objetivos. El primero es poner de relieve que, al contrario de lo que sostiene la STS 235/2024, de 11 de marzo, sí es posible intimidar con conductas lícitas. El segundo es evidenciar que las conductas lícitas capaces de intimidar se caracterizan, o bien por «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP), o bien por constituir un «mal» (art. 171.1 CP). Y el tercero es mostrar que, en función de si dichas conductas lícitas se caracterizan de un modo u otro, la sentencia del caso Ausbanc debería haber sido absolutoria o condenatoria.

2. La estrategia de Ausbanc

De acuerdo con los hechos probados de la STS 235/2024, de 11 de marzo, los dirigentes de Ausbanc presionaban a diversas entidades bancarias «bien presentando contra las mismas demandas ante los órganos jurisdiccionales (...) bien interponiendo querellas, a través de Manos Limpias (...); bien efectuando desde las publicaciones de Ausbanc campañas de publicidad negativas contra dichas entidades». Tras ello, se ofrecía a las entidades en cuestión la posibilidad «de llegar a acuerdos transaccionales en los diferentes procedimientos civiles, retirar las acusaciones o revertir la línea editorial relativa a cada una de las entidades, a cambio de que éstas se avinieran a contratar con Ausbanc una campaña publicitaria o cualquier otro de sus servicios (elaboración de informes, patrocinios)». De este modo, la mayoría de pagos se enmascaraban

«como publicidad en las revistas de AUSBANC, cuyos ejemplares se distribuían en gran medida de forma gratuita y solo un 2% respondían a la venta directa».

Conviene señalar que todas las conductas empleadas para ejercer presión (la presentación de demandas y querellas, así como la publicación de noticias perjudiciales) eran completamente lícitas. En este sentido, ni puede decirse que «los procedimientos civiles iniciados por Ausbanc carecieran de consistencia», ni las acciones penales se ejercitaban «a medio de denuncia falsa», ni tampoco las informaciones publicadas eran falsas o manifiestamente inveraces, «aun cuando pudieran perjudicar la reputación de las mercantiles afectadas». Así, la sentencia reconoce que Ausbanc «estaba plenamente legitimada para el ejercicio de aquellas acciones civiles (...) Y, por descontado, el ejercicio de acciones penales, fuera directamente, fuera a través o previo acuerdo con Manos Limpias, es también una conducta que, en sí misma, constituye una simple manifestación del derecho al ejercicio de la acción popular». Del mismo modo, las noticias publicadas en las revistas de Ausbanc «quedaban vinculadas al ejercicio del derecho a la libre expresión y, más particularmente, a la libertad de información»

Lo anterior implica que los «males» anunciados (continuar con los procesos judiciales y con la publicación de información perjudicial) también eran lícitos. Pues, «iniciado un procedimiento judicial en el orden civil, nada ilícito puede identificarse en que el demandante continuara con el mismo hasta sentencia, ni en que, una vez recaída resolución favorable, instara su ejecución». Igualmente, resulta lícito que el acusador popular impulse el proceso penal hasta su finalización. Y, obviamente, si las publicaciones perjudiciales están amparadas por la libertad de información, proseguir con ellas también constituye una conducta lícita. En consecuencia, «los "males" que el acusado anunciaba en el curso de las negociaciones mantenidas con las entidades referidas constituían, prima facie, conductas que no pueden ser calificadas como ilícitas o contrarias a Derecho».

3. La postura del Tribunal Supremo

Los dirigentes de Ausbanc fueron absueltos porque los «males» que anunciaban eran lícitos. Y, según el Tribunal Supremo, «el mal con el que se intimida no puede consistir en una conducta lícita». Lo cual parece fundamentarse en que, muy frecuentemente, se anuncian conductas lícitas para influir en los demás. En este sentido, «pocas veces, si alguna, existe en el desarrollo de la vida humana, y en consecuencia tampoco en el ámbito negocial, una libertad plena como motor exclusivo de la toma de decisiones». En la toma de dichas decisiones, «el ejercicio de determinadas presiones, orientadas a influir en la voluntad de la contraparte, pocas veces falta». Así, por ejemplo:

«Presiona el vendedor de la vivienda asegurando que si el precio propuesto no se acepta en un breve plazo cerrará el negocio con otros posibles interesados (reales o imaginarios). Presiona el comprador de la vivienda que, consciente de la necesidad de liquidez del vendedor, asegura que se retirará de la negociación definitivamente, incluso aunque no fuera esa su intención, si el vendedor no se aviene a una sustanciosa rebaja. Presiona la entidad financiera cuando informa a sus depositantes de que les cobrará comisiones por la gestión de sus cuentas en el caso de que no domicilien su nómina en alguna de ellas. Presiona el diario que, descontento con el sentido de los artículos de uno de sus colaboradores, le advierte con que, de no reconducirse, dejará de contratar sus servicios. Presiona el directivo (entrenador, jugadores) de un club de fútbol cuando sistemáticamente se niega a conceder entrevistas a un determinado medio, enojado por las críticas de las que le hace objeto (...) O, ya más cerca del supuesto que ahora enjuiciamos, presiona la empresa anunciante cuando resuelve poner término a sus contratos publicitarios, descontenta con la línea editorial del medio».

Los anuncios anteriores pueden llegar a ejercer una presión enorme sobre sus destinatarios. Y, sin embargo, resulta evidente que ninguno de ellos constituye un delito (ni de extorsión, ni de amenazas). Lo cual pone de manifiesto que la intimidación no abarca el anuncio de cualquier conducta lícita capaz de presionar (o, incluso, asustar) a su destinatario.

No obstante, aunque esto último es cierto, de ello no se deriva que la intimidación debe tomar como base «el anuncio de un mal en sentido jurídico (con exclusión, por lo tanto, del "mal" lícito o justo)». Es más, tal y como se mostrará a continuación, el anuncio de determinadas conductas lícitas es, *de lege lata*, una forma indiscutible de intimidación.

4. Intimidar con conductas lícitas

El delito de chantaje prevé el castigo de quien «exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada» (art. 171.2 CP). Y dicha «amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada» abarca necesariamente conductas lícitas. Pues el precepto siguiente dice: «si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado» (art. 171.3 CP). Lo cual hace que el delito de chantaje deba incluir anuncios de conductas lícitas; en particular, el anuncio de «denunciar la comisión de algún delito»¹. De lo contrario, la previsión de que el ministerio fiscal «podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado» (art. 171.3 CP) quedaría vacía de contenido. Dado que dicha facultad presupone la posibilidad de amenazar con una denuncia lícita; es decir, con una denuncia que pueda fundamentar la acusación del ministerio fiscal.

Lo anterior obliga a admitir que el delito de chantaje no solo incluye amenazas de conductas ilícitas, sino también amenazas de conductas lícitas; concretamente, amenazas de conductas lícitas consistentes en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada». Así, por ejemplo, la amenaza de denunciar una infracción (penal o administrativa)², la de difundir que alguien mantiene relaciones sexuales con personas que ejercen la prostitución³ y, sobre todo, la amenaza de revelar una infidelidad⁴. Adviértase que esta última conducta es perfectamente lícita, pues «nada impide jurídicamente dar esta información a uno de los cónyuges»⁵. Y, además, si la conducta en cuestión fuera delictiva (por constituir un delito de revelación de secretos o unas injurias) su amenaza no se castigaría mediante el art. 171.2 CP, sino a través del art. 169 CP (que sanciona al que «amenazare a otro con causarle [...] un mal que constituya delitos [...] contra [...] la intimidad, [o] el honor»). De modo que la existencia del delito de chantaje desmiente que la intimidación deba tomar como base «el anuncio de un mal en sentido jurídico (con exclusión, por lo tanto, del "mal" lícito o justo)».

Contra lo anterior podría replicarse que el concepto de «amenaza» no tiene por qué coincidir con el de «intimidación»; y que, por tanto, aunque algunos anuncios de conductas lícitas son aptos

¹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Artículo 171», en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2023, p. 1120.

² Por ejemplo, SAP Madrid, Sección 30, de 11 marzo (ECLI:ES:APM:2011:3753).

³ Por ejemplo, STS 49/2001, Penal, de 26 enero (ECLI:ES:TS:2001:430).

⁴ Por ejemplo, STSJ Madrid, Penal, de 27 febrero (ECLI:ES:TSJM:2024:2827).

⁵ JAREÑO LEAL, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, 1997, p. 92.

para «amenazar», ninguno de ellos puede «intimidar». Esto, sin embargo, no es así. Pues la diferencia entre las amenazas (condicionales) y la intimidación propia de la extorsión o del robo es, según la STS 235/2024, de 11 de marzo, «la inmediatez del mal conminado para la obtención del resultado perseguido por el autor». Y resultaría absurdo que el anuncio de una conducta lícita diferida en el tiempo pueda constituir un delito de amenazas lucrativas y, en cambio, el anuncio de una conducta lícita inmediata nunca sea delictivo (por no concurrir la intimidación propia de la extorsión o el robo). Además, el propio Tribunal Supremo ha apreciado intimidación en los casos paradigmáticos de chantaje: el de amenazar con una denuncia⁶ y el de hacer lo propio con la revelación de una infidelidad⁷. Lo cual pone de manifiesto que, en todo caso, los anuncios de conductas lícitas sí pueden intimidar.

¿Significa esto que cualquier anuncio de una conducta lícita (que presione o asuste lo suficiente) constituye intimidación? La respuesta es, obviamente, negativa. En este sentido, admitir que *algunos* anuncios de comportamientos lícitos intimidan (por ejemplo, los referidos a revelar infidelidades) no obliga a abrir la caja de pandora; es decir, no obliga a sostener que *cualquier* anuncio de una conducta lícita puede intimidar (y, por ello, no obliga a concluir que los ejemplos propuestos por el Tribunal Supremo en el párrafo antes transcrito constituyen intimidación si presionan lo suficiente a su destinatario).

Ahora bien, para que esto último sea efectivamente así, resulta imprescindible identificar alguna diferencia entre las conductas lícitas susceptibles de intimidar (revelar una infidelidad, denunciar un delito, etc.) y las conductas lícitas incapaces de hacerlo (vender la casa a otro interesado, retirarse de una negociación, etc.). Y dicha diferencia puede ser, o bien que las primeras conductas consisten en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (y las segundas no consisten en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada»), o bien que las primeras sean «males» (y las segundas no sean «males»). A continuación, se analizarán ambas posibilidades y se pondrá de relieve que la elección de una u otra depende de cómo se interprete la palabra «mal»; concretamente, depende de cómo se interprete la palabra «mal» que aparece en el art. 171.1 CP.

5. ¿Amenazas «sin mal» o «con mal ilícito»?

El art. 171.1 CP prevé el castigo de «las *amenazas de un mal* que no constituya delito». Y el art. 171.2 CP hace lo propio con «la *amenaza* de revelar o difundir hechos referentes a la vida privada». Ya se ha indicado que este segundo precepto debe incluir amenazas de conductas lícitas (revelar una infidelidad, denunciar un delito, etc.). Pero no está claro si el primero también debe hacerlo. A favor de la inclusión de conductas lícitas podría decirse el art. 171.1 CP solo exige la «amenaza de un mal que no constituya delito» (sin requerir en ningún momento que dicho «mal» sea ilícito). No obstante, en contra de dicha inclusión podría señalarse que el art. 171.2 CP requiere una «amenaza de revelar o difundir (...)» y, en cambio, el art. 171.1 CP exige la «amenaza de un mal». De modo que el término «mal» –que «desaparece de la dicción legal de los arts. 171.2 y 3»⁸– podría interpretarse como «la lesión de un interés protegido por el Derecho en cualquiera

⁶ Por ejemplo, STS 1009/2022, Penal, de 11 de enero (ECLI:ES:TS:2023:55), a los efectos de apreciar un delito de extorsión.

⁷ Por ejemplo, STS 32/2015, Penal, de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:221), a los efectos de apreciar un delito de agresión sexual.

⁸ Díez RIPOLLÉS, «Capítulo II. De las amenazas», en Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, p. 796.

de sus sectores», lo cual haría que «queden fuera los daños (males) lícitos, en cuanto que no son *males* jurídicamente»⁹. Esto, sin embargo, tampoco tiene por qué ser así. Pues la palabra «mal» puede interpretarse de otro modo; concretamente, puede interpretarse como una conducta que *empeora* la situación de su destinatario¹⁰. Y, con dicha interpretación, el art. 171.1 CP también incluiría amenazas de conductas lícitas. Al fin y al cabo, algunas conductas lícitas (revelar una infidelidad, denunciar un delito, etc.) empeoran la situación de quien las soporta.

Por tanto, la interpretación de la palabra «mal» determinará si el art. 171.1 CP incluye amenazas de conductas lícitas. Lo cual, a su vez, decidirá si el art. 171.2 CP contiene todas las amenazas de conductas lícitas o, por el contrario, solo agrava algunas de ellas. Así, por un lado, si «mal» significa «lesión de un interés protegido por el Derecho», el art. 171.1 CP solo incluirá amenazas de conductas ilícitas (que no constituyan delito), y el art. 171.2 CP será un *tipo autónomo* que delimitará *todas* las amenazas de conductas lícitas. Por otro lado, si «mal» significa «conducta que empeora la situación de otro», el art. 171.1 CP abarcará amenazas de conductas lícitas e ilícitas, y el art. 171.2 CP será un *tipo agravado* que solo irá referido a *algunas* de dichas amenazas¹¹.

¿Cuál de las dos interpretaciones es mejor? La primera (el «mal» como conducta ilícita) tiene la virtud de la simplicidad. Pues, con ella, el ámbito que abarcan las amenazas de conductas lícitas queda delimitado por el delito de chantaje (art. 171.2 CP). De modo que la diferencia entre las conductas lícitas susceptibles de intimidar (revelar una infidelidad, denunciar un delito, etc.) y las conductas lícitas incapaces de hacerlo (vender la casa a otro interesado, retirarse de una negociación etc.) es clara: unas consisten en anuncios de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP) y las otras no. En consecuencia, no existe ningún riesgo de abrir la caja de pandora; es decir, no existe ningún riesgo de que en los ejemplos propuestos más arriba por el Tribunal Supremo se aprecie intimidación (dado que ninguna de las conductas anunciadas en ellos consiste en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada»).

Sin embargo, esta primera interpretación también se enfrenta a algunas objeciones. Una de ellas es terminológica: si un «mal» es una conducta ilícita, el art. 171.2 CP sanciona amenazas de realizar conductas que no son «males»; es decir, castiga *amenazas «sin mal»*. Lo cual resulta extraño; sobre todo teniendo en cuenta que el propio concepto de «amenaza» suele definirse

⁹ Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 796.

¹⁰ Al respecto, Mañalich Raffo, «El chantaje como coacción. Una reconstrucción lógica de la distinción entre amenazas y ofertas condicionales», *Doxa*, (41), 2018, p. 260.

¹¹ Aunque, además de agravar algunas de las amenazas del art. 171.1 CP, el art. 171.2 CP también podría estar tipificando autónomamente ciertas amenazas cuya condición es debida; y que, por tanto, no pueden subsumirse en el art. 171.1 CP. Esto último, sin embargo, no es compartido por Jareño Leal, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, 1997, pp. 67 y 68, cuando indica que «en principio, la amenaza de "revelar" un hecho referente a la vida privada si no se cumple una condición económica [debida] recuerda a la figura del chantaje. Sin embargo, al exigirse algo a lo que se tiene derecho, el supuesto debe reconducirse al párrafo primero del art. 171 y, por tanto, a la impunidad. A la hora de destipificar, este último precepto es claro: siempre que el mal no sea delictivo, si la condición consiste en una "conducta debida" estaremos ante un supuesto atípico». No obstante, la exigencia de que «la condición no consistiere en una conducta debida» (art. 171.1 CP) no comporta que las amenazas con condición debida sean atípicas, sino que, simplemente, no puedan subsumirse en el art. 171.1 CP. Lo cual no prejuzga si caben en el art. 171.2 CP. Pues, precisamente, «tal y como entiende la SAP Mallorca 30 de septiembre de 1999 (...) puede considerarse que la tipificación expresa del chantaje tiene como objetivo excepcionar la exigencia del art. 171.1 CP de que la conducta exigida no sea debida» (Gómez Pomar/Ortiz de Urbina Gimeno, *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, 2005, p. 117).

como el «anuncio de un mal». Sin embargo, esta objeción puede superarse, simplemente, definiendo el concepto de amenaza de otro modo; por ejemplo, como el «anuncio de un daño»¹² (o como el «anuncio de un mal en sentido amplio»). De este modo, el art. 171.1 CP sancionaría anuncios de daños que, además, son «males» (o males en sentido estricto) y el art. 171.2 CP castigaría algunos anuncios de daños (o de males en sentido amplio).

De todos modos, esta primera interpretación no solo se enfrenta a objeciones terminológicas. También existen varias objeciones materiales que guardan relación con su carácter *infrainclusivo*. Así, por un lado, delimitar las amenazas de conductas lícitas mediante el delito de chantaje obliga a dejar impune cualquier anuncio de una conducta lícita distinta a la de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2). Por ejemplo, el anuncio del propio suicidio («si no vuelves conmigo me suicidaré») nunca podría sancionarse como un delito de amenazas (ni dar lugar a una infracción que requiera intimidación¹³). Pues dicho anuncio no encajaría en el art. 172.2 CP (por no anunciarse la relevación o difusión de «hechos referentes a la vida privada»), ni tampoco en el art. 171.1 CP (por no ser el propio suicidio una conducta ilícita). Pero no solo eso. Además, por otro lado, esta interpretación obliga a dejar sin castigo las amenazas de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» que no van acompañadas de la condición característica del chantaje; esta es, la de recibir una «cantidad o recompensa» (art. 171.2 CP). Así, por ejemplo, la amenaza de revelar una infidelidad si una persona no abandona el país sería atípica. Y lo mismo ocurriría con la amenaza de denunciar un delito si alguien no deja a su pareja. Después de todo, dichas amenazas no podrían castigarse a través del art. 172.2 CP (por no exigirse una «cantidad o recompensa»), ni mediante el art. 171.1 CP (por no anunciarse un «mal»).

En cambio, la segunda interpretación (el «mal» como conducta que empeora la situación de otro), no tiene estos problemas de infrainclusividad. Pues, con ella, pueden sancionarse mediante el art. 171.1 CP los anuncios de conductas lícitas distintas a la de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada». Y también las amenazas de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» que no van acompañadas de la condición de recibir una «cantidad o recompensa». Además, dicha interpretación no se enfrenta a ningún problema terminológico; a estos efectos,

¹² Así, Díez RIPOLLÉS, en Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 784. Precisamente por ello, no comparto la crítica que dirigen contra dicho autor GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación*, 2005, p. 117, al señalar que «para Díez RIPOLLÉS en derecho penal sólo es "mal" la lesión de un interés jurídicamente protegido, no siéndolo por tanto los males "lícitos" (...) El problema de la exigencia de "ilicitud" del mal con el que se amenaza es que, como se pone de manifiesto en los casos de chantaje, en muchas ocasiones el mal amenazado no es de por sí ilícito. Informar sobre una infidelidad o de la comisión de un crimen, por ej., no son males ilícitos (...) Si fuera estrictamente cierto que la licitud del mal conminado justificara sin más el acto de amenazar, en los casos anteriores no podríamos decir que estamos ante una amenaza. Ésta es una conclusión político-criminalmente insatisfactoria y no es mantenida ni siquiera por el citado autor (...)». Sin embargo, aunque Díez RIPOLLÉS exige que los males sean ilícitos, su definición de amenaza no es la de «anuncio de un mal», sino la de «anuncio de un daño». De modo que, desde su posición, resulta compatible negar la existencia de «males lícitos» y, simultáneamente, afirmar que el anuncio de revelar una infidelidad o un crimen constituye una amenaza. Pues, en estos casos, se estaría anunciando un daño (lícito). Y solo el art. 171.1 CP exige expresamente la «amenaza de un mal (ilícito)».

¹³ Sin embargo, la STS 469/2013, Penal, de 5 junio (ECLI:ES:TS:2013:2934), afirma que «la amenaza de suicidio del padre, con la natural consecuencia de ruptura y tragedia familiar, imputable síquicamente a la menor por negarse a acceder a sus deseos, puede considerarse en este supuesto específico como una amenaza».

el delito de chantaje también consiste en el anuncio de un «mal» en el sentido del art. 171.1 CP. De modo que no existen amenazas «sin mal».

Ahora bien, esta segunda interpretación tampoco está exenta de problemas. El más relevante de todos ellos es, precisamente, la delimitación de las conductas lícitas que constituyen un «mal» (art. 171.1 CP). En este sentido, las *amenazas «con mal lícito»* no se limitan a las de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP), sino que pueden abarcar muchos más anuncios (por ejemplo, el de suicidarse). De modo que la frontera entre las conductas lícitas capaces e incapaces de intimidar deja de ser tan clara. Pues en lugar de ir referida a la revelación o difusión de «hechos referentes a la vida privada», su objeto pasa a ser la concurrencia de un «mal»; esto es, la concurrencia de una conducta que empeora la situación de otro. Y, tal como se pondrá de manifiesto a continuación, la delimitación de dicho concepto no resulta nada sencilla.

6. ¿Qué es un mal?

Un mal podría definirse, simplemente, como una conducta indeseada. Así, una amenaza sería el anuncio de una conducta indeseada. Por ejemplo, decirle a alguien que no desea morir «te mataré si no me pagas 500€». Sin embargo, esta definición obligaría a apreciar una amenaza en este caso:

En una revisión de examen, el profesor le dice a un alumno que *ha dejado su examen en blanco* «te pondré un 0 si no me pagas 500€» (dando a entender que le pondrá mejor nota si le paga los 500€)¹⁴.

En tanto que el alumno no desea que le pongan un cero (aunque este sea merecido), la definición anterior de mal obligaría a castigar al profesor, no solo por un delito de cohecho pasivo propio (art. 419 CP), sino también por unas amenazas. Es más, si mal equivale a conducta indeseada, casi todo delito de cohecho pasivo propio irá acompañado de un delito de amenazas. Pues cuando se desea un acto contrario a los deberes del cargo (que te aprueben injustamente, que te concedan una licencia sin cumplir los requisitos, etc.), el acto debido resulta indeseado (que te suspendan justamente, que te denieguen una licencia por no cumplir los requisitos, etc.). De modo que el anuncio de «realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo» (art. 419 CP) siempre llevará implícito el anuncio de un mal (el de realizar el acto debido). Y dicho anuncio constituirá un delito de amenazas¹⁵.

Lo anterior, obviamente, resulta absurdo. Y pone de relieve que un mal no es cualquier conducta indeseada. En este sentido, la definición de mal debe incorporar un requisito añadido al carácter indeseado de la conducta; concretamente, el que dicha conducta *empeore la situación* de quien la sufre. Así, una amenaza será el anuncio de una conducta indeseada que empeora la situación de su destinatario. Lo cual excluye que en la mayoría de cohechos propios concorra una amenaza. Pues ponerle un cero a un alumno que ha dejado su examen en blanco no empeora su situación. Y denegar una licencia a quien no cumple sus requisitos tampoco.

¹⁴ Con un ejemplo similar, MAÑALICH RAFFO, *Doxa*, (41), 2018, p. 269. También en CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25), 2023, p. 21.

¹⁵ KUHLEN, «Punibilidad de la oferta de una promoción profesional como contraprestación por actos sexuales», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (coords.), *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, p. 1241.

En todo caso, no es evidente cuándo se empeora la situación de otro. Pues para determinarlo es necesario tener un parámetro de comparación; es decir, una situación alternativa para comparar. Y dicha situación alternativa puede definirse de varias formas. Así, por ejemplo, un parámetro de comparación podría ser *lo que pasaría si el sujeto activo no hiciera nada*. De este modo, un mal sería una conducta indeseada que deja a otro peor de lo que estaría sin la intervención del sujeto activo. Sin embargo, dicha definición impediría apreciar una amenaza en el siguiente caso:

Tras ver cómo una persona se ahoga en un lago en el que no hay nadie más, el sujeto activo le dice: «no te salvaré si no me pagas 500€»¹⁶.

Teniendo en cuenta que la víctima hubiera muerto ahogada sin la intervención del sujeto activo, la omisión anunciada («no te salvaré») no empeoraría su situación. De modo que, con la anterior definición, dicha omisión no podría considerarse un mal. Ni su anuncio una amenaza. Es más, ningún anuncio de una omisión podría constituir una amenaza (dado que la omisión en cuestión nunca empeoraría la situación con respecto a lo que pasaría sin la intervención del sujeto activo). Lo cual, evidentemente, resulta absurdo. Y pone de manifiesto que el parámetro de comparación debe ser otro distinto.

Otra posibilidad sería fijar el parámetro de comparación en *lo estadísticamente previsible*. Así, un mal sería una conducta indeseada que deja a otro peor de lo que sería previsible. Y teniendo en cuenta que lo más frecuente es ayudar a las personas que se ahogan (sobre todo cuando no hacerlo constituye un delito del art. 195 CP), la omisión antes anunciada empeoraría la situación de la víctima. De forma que dicha omisión constituiría un mal y, por tanto, su anuncio sería una amenaza. Lo cual muestra que este criterio es mejor que el anterior. Aunque, realmente, tampoco es el más adecuado. Pues no puede solucionar satisfactoriamente los casos en que se anuncia la comisión de un delito estadísticamente previsible. Por ejemplo:

El marido que durante los últimos años ha golpeado todos los días a su mujer le dice: «hoy te golpearé si no me pagas 500€»¹⁷.

En tanto que durante los últimos años el marido ha golpeado todas las noches a su mujer, lo estadísticamente previsible es que hoy también la golpee. De modo que, con el criterio anterior, los golpes anunciados no empeorarían su situación. Por lo que no podrían considerarse un mal. Ni su anuncio una amenaza. Es más, ningún anuncio de un delito estadísticamente previsible podría constituir una amenaza (dado que la comisión del delito en cuestión no empeoraría la situación con respecto a lo estadísticamente previsible). Lo cual, de nuevo, resulta absurdo. Y vuelve a poner de relieve que el parámetro de comparación debe ser otro distinto.

Otra opción más convincente sería establecer el parámetro de comparación en *el cumplimiento de la legalidad*; es decir, en lo que pasaría si se respeta el ordenamiento jurídico. Así, un mal sería una conducta indeseada que deja a otro peor de lo que estaría si se respeta la ley. Lo cual permite solucionar satisfactoriamente todos los casos anteriores. Pues, en primer lugar, este criterio niega que concurra una amenaza cuando se anuncia una acción obligatoria (como la de poner un

¹⁶ Un ejemplo parecido en MAÑALICH RAFFO, *Doxa*, (41), 2018, p. 269.

¹⁷ Supuesto inspirado en NOZICK, *Socratic Puzzles*, p. 27. Plantea un ejemplo similar, MILTON PERALTA, «La explotación: una discusión filosófica sobre su ilicitud», en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (eds.), *Dogmática del Derecho penal: Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, 2014, p. 498.

cero a un alumno que ha dejado su examen en blanco)¹⁸. Y la razón es simple: dicha acción obligatoria no empeora la situación del alumno con respecto a lo que pasaría si se cumple con la ley (que exige ponerle un cero a quien deja su examen en blanco). En segundo lugar, este criterio permite apreciar amenazas de omisiones (como la de no salvar a quien se está ahogando). Y, de nuevo, el motivo es simple: dicha omisión empeora la situación de la víctima con respecto a lo que pasaría si se cumple con la ley (que exige socorrer a la persona que se halle «desamparada y en peligro manifiesto y grave»). Por último, este criterio también permite apreciar amenazas de acciones prohibidas previsibles (como la del marido maltratador golpeando a su mujer). Dado que esa clase de acciones, por muy previsibles que sean, empeoran la situación de la víctima con respecto a lo que pasaría si se cumple con la ley (que prohíbe causar «a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud»).

Sin embargo, el criterio del cumplimiento de la legalidad resulta, por sí mismo, insuficiente. Pues no concreta qué ocurre con las conductas lícitas; es decir, con las conductas que, de acuerdo con la ley, tanto pueden realizarse como no realizarse. Teniendo en cuenta que ambas posibilidades respetan el ordenamiento jurídico, el criterio del cumplimiento de la legalidad no puede definir los términos de la comparación (¿debe compararse con lo que pasaría si dicha conducta se realiza, o con lo que pasaría si no se realiza?). Precisamente por ello, en el ámbito de las conductas lícitas dicho criterio debe complementarse con otro distinto que ya hemos visto; concretamente, con el criterio que atiende a *lo que pasaría si el sujeto activo no hiciera nada*. De este modo, una conducta lícita será un mal cuando deje a otro peor de lo que estaría sin la intervención del sujeto activo. Lo cual ocurrirá, por ejemplo, cuando el sujeto activo revele una infidelidad, denuncie un delito o se suicide ante un familiar. Cualquiera de estas conductas lícitas deja la situación peor de lo que estaría si el sujeto activo no hiciera nada. En consecuencia, son males (y sus anuncios constituyen amenazas). En cambio, nunca será un mal el «no ayudar con una mudanza». Pues, aunque dicha omisión empeora la situación del que se muda con respecto a la acción alternativa de «ayudar con la mudanza», no empeora dicha situación con respecto a lo que pasaría si el sujeto activo no hiciera absolutamente nada (puesto que en ambos casos no ayudaría con la mudanza). Y lo mismo ocurrirá con cualquier acción que, en el fondo, sea indeseada por ser distinta a la de «ayudar con la mudanza». Por ejemplo, la acción de «irse de vacaciones el día de la mudanza» tampoco constituye un mal. Dado que dicha conducta no empeora la situación del que se muda respecto a lo que pasaría si el sujeto activo no hiciera nada (ya que en ninguno de los dos casos ayudaría con la mudanza). Precisamente por ello, ni el anuncio de «no te ayudaré con tu mudanza si no me pagas 500€», ni el de «me iré de vacaciones el día de tu mudanza si no me pagas 500€» constituyen amenazas.

Lo anterior permite explicar por qué los ejemplos propuestos al inicio por el Tribunal Supremo no contienen males (ni, por tanto, amenazas o intimidación). Recordemos dichos ejemplos:

«Presiona el vendedor de la vivienda asegurando que si el precio propuesto no se acepta en un breve plazo cerrará el negocio con otros posibles interesados (reales o imaginarios). Presiona el comprador de la vivienda que, consciente de la necesidad de liquidez del vendedor, asegura que se retirará de la negociación definitivamente, incluso aunque no fuera esa su intención, si el vendedor no se aviene a una sustanciosa rebaja. Presiona la entidad financiera cuando informa a sus depositantes de que

¹⁸ Lo cual hace que los anuncios de denuncias que son obligatorias (arts. 259 y 264 LECrim) no constituyan amenazas. De modo que solo será una «amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito» el anuncio de denunciar un delito semipúblico. O el anuncio de denunciar un delito público por parte de un familiar. Pues, en ambos, casos, las denuncias no serán obligatorias, sino potestativas. Con más profundidad, CASTELLVÍ MONSERRAT, *RECPC*, (25), 2023, pp. 34-36.

les cobrará comisiones por la gestión de sus cuentas en el caso de que no domicilien su nómina en alguna de ellas. Presiona el diario que, descontento con el sentido de los artículos de uno de sus colaboradores, le advierte con que, de no reconducirse, dejará de contratar sus servicios. Presiona el directivo (entrenador, jugadores) de un club de fútbol cuando sistemáticamente se niega a conceder entrevistas a un determinado medio, enojado por las críticas de las que le hace objeto (...) O, ya más cerca del supuesto que ahora enjuiciamos, presiona la empresa anunciante cuando resuelve poner término a sus contratos publicitarios, descontenta con la línea editorial del medio».

Todas las conductas anteriores (vender el piso a otro interesado, retirarse de la negociación, dejar de ofrecer una cuenta sin comisiones o dejar de contratar un servicio) tienen un denominador común: su resultado es igual de indeseable que la ausencia total de acciones por parte del sujeto activo; es decir, que no empeoran la situación (del comprador, vendedor, depositante o periódico) con respecto a lo que sucedería si el sujeto activo no hiciera absolutamente nada en el futuro. Pues venderle el piso a otro interesado es igual de indeseable que la falta de cualquier clase de venta por parte del propietario. Retirarse de la negociación equivale a la ausencia de cualquier compra por parte del interesado. Y dejar de ofrecer una cuenta sin comisiones o un determinado servicio resulta tan indeseable como que la entidad en cuestión no ofrezca absolutamente nada.

7. ¿Absolución o condena?

La absolución o la condena en el caso Ausbanc debería depender de la interpretación de la palabra «mal» (art. 171.1 CP). Si dicha palabra significa «lesión de un interés protegido por el Derecho en cualquiera de sus sectores»¹⁹ (y, por tanto, el art. 171.2 CP contiene todas las *amenazas «sin mal»*), los dirigentes de Ausbanc deberían ser absueltos. En cambio, si «mal» (art. 171.1 CP) significa «conducta que empeora la situación de otro» (de modo que el art. 171.2 CP solo contiene algunas *amenazas «con mal lícito»*) dichos dirigentes deberían ser castigados. Veámoslo por separado.

Interpretar la palabra «mal» (art. 171.1 CP) como «lesión de un interés protegido por el Derecho en cualquiera de sus sectores» implica que el delito de chantaje contiene todas las amenazas de conductas lícitas. Y que, por tanto, dichas amenazas de conductas lícitas solo abarcan la revelación o difusión de «hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP). Lo cual hace que la absolución o condena de los dirigentes de Ausbanc dependa de si las acciones que anunciaban (continuar con los procesos judiciales y con las campañas de publicidad negativa) consisten en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2).

Por un lado, resulta evidente que la conducta de continuar con los procesos penales abiertos no consiste en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2). Pues ejercer de acusación en dichos procesos no supone revelar o difundir nada. En consecuencia, el anuncio de «presentar escrito de acusación si no se contratan los servicios de Ausbanc» nunca será un delito de chantaje (ni constituirá intimidación). De este modo, se dará la paradoja de que el anuncio de una denuncia (o querella) sí puede constituir una «amenaza de revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP), mientras que el anuncio de no retirar dicha denuncia (o querella) nunca podrá calificarse como tal. Dado que, tal y como indica la SAP 2ª Huelva 102/2006, de 20 de septiembre, en este último caso «no se anuncia el futuro descubrimiento o revelación de un hecho de los señalados en el apartado 2º (...) tampoco se sugiere la futura denuncia pues la acción que se imputa a la acusación particular ya había sido denunciada y

¹⁹ Díez RIPOLLÉS, en Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 796.

revelada y, en consecuencia, quedaba ya fuera del dominio de quien reservadamente la conociera». En este sentido, la acción de «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2) se produce con la denuncia (o querrela) y, por tanto, los anuncios de conductas procesales posteriores nunca podrán ser una amenaza «sin mal».

Por otro lado, el anuncio de continuar con las campañas de publicidad negativa tampoco puede considerarse una «amenaza de revelar o difundir hechos referentes a la vida privada» (art. 171.2 CP). Pues dicha amenaza presupone el conocimiento previo de un hecho de la vida privada, y no simplemente la intención de averiguar (y difundir) en el futuro esa clase de hechos. Además, aunque se interprete de forma muy amplia el concepto de «vida privada» (art. 171.2 CP), la actividad comercial de una entidad bancaria nunca podrá calificarse como tal.

Así pues, si «mal» (art. 171.1 CP) significa «lesión de un interés protegido por el Derecho en cualquiera de sus sectores», los dirigentes de Ausbanc deberían ser absueltos. Pues ninguna de las acciones que anunciaban consistía en «revelar o difundir hechos referentes a la vida privada».

Sin embargo, las cosas serían distintas si la palabra «mal» (art. 171.1 CP) significa «conducta que empeora la situación de otro». Dado que, entonces, el delito de chantaje solo contendría algunas amenazas «con mal lícito». El resto estarían previstas en el art. 171.1 CP y abarcarían cualquier anuncio de una conducta lícita que pueda calificarse como «mal»; es decir, cualquier anuncio de una conducta lícita que deje a otro peor de lo que estaría si el sujeto activo no hiciera nada.

En tanto que nuestro sistema procesal permite que la acusación popular logre condenas por sí misma (aunque el fiscal no acuse), la conducta consistente en «presentar escrito de acusación» puede constituir un mal. Pues dicha acción empeora la situación del investigado respecto a lo que sucedería si la acusación particular no hiciera nada y, por tanto, se dictara auto de sobreseimiento por no concurrir acusación alguna. De modo que el anuncio de «presentar escrito de acusación si no se contratan los servicios de Ausbanc» constituirá una amenaza; por lo menos, en todos aquellos casos en que el fiscal no acusa.

Pero no solo eso. Además, el anuncio de «continuar con las campañas de publicidad negativa si no se contratan los servicios de Ausbanc» siempre será una amenaza. En este sentido, la conducta consistente en continuar con las campañas de publicidad negativa es un mal. Pues dicha conducta empeora la situación de las entidades bancarias con respecto a lo que pasaría si Ausbanc no hace nada; es decir, con respecto a lo que ocurriría si Ausbanc no hace campaña de publicidad alguna²⁰.

En definitiva: si «mal» (art. 171.1 CP) significa «conducta que empeora la situación de otro», los dirigentes de Ausbanc habrían intimidado a las entidades bancarias a las que se dirigían. Y, en

²⁰ Sin embargo, aunque dichas campañas de publicidad negativa sean un «mal», es posible negar que este sea lo suficientemente grave como para intimidar a una entidad bancaria. Esto es, precisamente, lo que hace la STS 1345/2024, de 11 de marzo, al afirmar que «No nos resulta factible considerar que el anuncio de publicar informaciones veraces acerca de su actividad, -fuera cualquier el relieve o despliegue informativo que se desarrollara por Ausbanc a través de unas publicaciones que, así se dijo en el juicio, tenían un pequeño número de suscriptores y, en su mayor parte, eran difundidas de forma gratuita, por mucho que se dirigiese a un target (destinatarios escogidos a los que se orientaba) relativamente interesados o especializados en servicios bancarios-, tuviera aptitud bastante para intimidar, obligándolas a suscribir determinados contratos, a corporaciones financieras de aquel calibre». De este modo, el único «mal» relevante a los efectos de apreciar intimidación sería el consistente en continuar con los procesos judiciales.

consecuencia, deberían haber sido condenados por extorsión. Que es, precisamente, lo que hizo la Audiencia Nacional en primera instancia.

8. Epílogo: ¿y la teoría de la relación?

La condena en primera instancia de la Audiencia Nacional no se fundamentó como se ha hecho más arriba, sino empleando la teoría de la relación. Una teoría en virtud de la cual los anuncios de acciones lícitas acompañados de condiciones también lícitas serán amenazas punibles cuando «la relación existente entre ellos sea sin embargo inadecuada»²¹. Así, la SAN 4ª 14/2021, de 9 de julio, afirma que «cabe castigar bajo la tipicidad de las amenazas que impliquen anuncios de males justos o lícitos (...) toda vez que siendo la condición lícita en sí y el mal conminado no delictivo, se vicia por la exigencia de precio a la actuación lesiva». Sin embargo, tal como se pondrá de relieve a continuación, la teoría de la relación no encaja en el Código penal español. Ni puede explicar por qué algunos de los ejemplos propuestos más arriba por el Tribunal Supremo no constituyen intimidación.

En primer lugar, aunque la teoría de la relación sea compatible con el StGB, no lo es con nuestro Código penal. Pues el art. 171.1 CP exige, por un lado, un «mal» y, por el otro, que «la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida». Pero no alude a ninguna relación entre lo uno y lo otro. En todo caso, el requisito de que «la condición no consistiere en una conducta debida» no debe confundirse con la exigencia de una relación así. Dado que una condición es debida con independencia del mal que se emplee para exigirla. Así, por ejemplo, el anuncio de «me suicidaré si no me pagas el dinero que me debes» contiene un mal (el suicidio) que no es un medio adecuado para exigir una deuda. Y, sin embargo, dicho anuncio no podrá sancionarse mediante el art. 171.1 CP, precisamente, porque la condición consiste en una conducta debida (pagar una deuda). Adviértase que, además, la exigencia de que «la condición no consistiere en una conducta debida» no solo resulta aplicable a los anuncios de males lícitos, sino también a cualquier anuncio de un mal ilícito (que no constituya delito)²². Así, por ejemplo, el anuncio de «te despediré ilícitamente si no me pagas el dinero que me debes» tampoco podrá sancionarse mediante el art. 171.1 CP. Lo cual muestra que la exigencia de que «la condición no consistiere en una conducta debida» no tiene nada que ver con una teoría (como la de la relación) que trata de determinar cuándo el anuncio de un mal lícito constituye una amenaza punible.

En segundo lugar, la teoría de la relación es incapaz de explicar por qué algunos de los casos propuestos más arriba por el Tribunal Supremo no constituyen intimidación. Así, por ejemplo, el del «diario que, descontento con el sentido de los artículos de uno de sus colaboradores, le advierte con que, de no reconducirse, dejará de contratar sus servicios». O el del directivo de un club de fútbol que anuncia que se negará «a conceder entrevistas a un determinado medio, enojado por las críticas de las que le hace objeto». O el de la empresa anunciante que advierte que resolverá «sus contratos publicitarios, descontenta con la línea editorial del medio». ¿Acaso resolver un contrato es un medio adecuado para influir en el sentido de los artículos de un diario? ¿Existe una adecuada relación entre negarse a conceder entrevistas y que tu club reciba críticas? ¿Es adecuado influir en la línea editorial de un medio a través de contratos publicitarios? Creo que la respuesta a todas estas preguntas debería ser negativa²³. Y, sin embargo, resultaría absurdo

²¹ GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación*, 2005, p. 119.

²² JAREÑO LEAL, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, 1997, p. 59.

²³ Obviamente, es posible imaginar una respuesta afirmativa a dichas preguntas (que niegue la concurrencia de una amenaza de acuerdo con la teoría de la relación). Pero dicha posibilidad solo pone de manifiesto la

que todas ellas constituyan amenazas punibles (o delitos de extorsión). Lo cual pone de manifiesto que la teoría de la relación no puede delimitar satisfactoriamente el ámbito de las amenazas «con mal lícito».

indeterminación de esta teoría. Una indeterminación que, tal como indican GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación*, 2005, p. 121, le permite sortear cualquier dificultad: «cuando una conducta determinada se considera no merecedora de sanción, simplemente se afirma que la relación medio-fin es adecuada y que, por lo tanto, no existe antijuridicidad (al menos penal) en la conducta; al contrario, en los casos en que se considera más conveniente punir, se niega la adecuación de la relación entre el medio y el fin».

Asesinatos en serie y prisión permanente revisable

Comentario a la STS 776/2024, de 18 de septiembre

Oriol Martínez Sanromà
Universitat Oberta de Catalunya
omartinezs@uoc.edu

-

1. Introducción

La sentencia que ocupa este comentario plantea una serie de problemas vinculados con la aplicación de la pena de prisión permanente revisable (en adelante, PPR) en supuestos de asesinatos en serie y múltiples. A este respecto, no debe obviarse la clara pretensión legislativa de utilizar esta consecuencia jurídica para abordar el fenómeno de los «asesinos seriales»¹. Con este propósito se introdujo, en la ya lejana reforma de 2015, el apartado 2 del art. 140 CP, que habilita la aplicación de esta pena a quien haya sido «condenado por la muerte de más de dos personas». La resolución en comento ofrece mecanismos interpretativos para aproximarse a este precepto cuando las muertes a las que este hace referencia son objeto de un mismo procedimiento. Sirvan las siguientes páginas para exponer críticamente este modelo hermenéutico. Con vistas a este objetivo, inicio el comentario describiendo los hechos probados y los antecedentes procesales que han dado pie a la resolución en cuestión (apdo. 2). Continúo analizando la posibilidad de aplicar la PPR a los hechos probados en atención a lo establecido en el art. 140.2 CP y la interpretación sostenida por el TS (apdo. 3). Cierro el comentario con una valoración crítica de los argumentos esgrimidos en la resolución desde la óptica del principio de legalidad (apdo. 4).

2. Hechos probados y antecedentes procesales

La STS 776/2024, Penal, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4535), resuelve el recurso de casación planteado contra la STSJ Comunidad Valenciana 53/2023, Sala de lo Civil y Penal, de 6 de marzo (ECLI:ES:TSJCV:2023:528), que desestimaba el recurso de apelación presentado contra la SAP Valencia 440/2022, Sección 4ª, de 1 de septiembre (ECLI:ES:APV:2022:2367). Los hechos probados que motivaron estas resoluciones y que han permanecido invariables a lo largo de todo el procedimiento son los siguientes:

Entre junio de 2018 y noviembre de 2019, el acusado se dedicó a contactar con un total de diez mujeres que ejercían la prostitución para solicitar sus servicios, demandando explícitamente que

¹ Sobre ello, en términos generales, véase DE PAÚL VELASCO, «Los asesinatos reiterados o en serie: el inextricable artículo 140.2 del Código Penal», *Revista jurídica de les Illes Balears*, (20), 2021, pp. 40 ss.

estuvieran dispuestas a practicar la denominada «fiesta blanca» (actos sexuales acompañados del consumo de cocaína). Una vez quedaba con las chicas, el acusado, en el marco de distintas prácticas sexuales, se dedicaba a introducirles, sin su consentimiento, por nariz, boca, vagina y ano, elevadas cantidades de cocaína (en algunas ocasiones, con una pureza superior al 80 %). El agresor en cuestión realizaba estos actos buscando con su conducta provocar la muerte de las mujeres, sabiendo que los posibles resultados lesivos, e incluso mortales, podían ser confundidos con efectos adversos de prácticas sexuales consentidas o imprudentes, lo que facilitaba su impunidad; y buscando en todo momento que las víctimas no pudieran defenderse al introducirles la cocaína por vía vaginal y anal de forma subrepticia y al ocultarles la inmensa pureza de la sustancia que les suministraba. De las diez chicas con las que el acusado contactó y realizó los actos descritos, tres murieron como consecuencia de una intoxicación aguda por cocaína, mientras que las otras siete sobrevivieron tras padecer mareos y convulsiones.

La resolución de la Audiencia Provincial de Valencia condenó al acusado como autor directamente responsable de (i) un delito contra la salud pública, (ii) un delito contra la libertad sexual, (iii) seis delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en concurso ideal con seis delitos de asesinato alevoso en grado de tentativa, concurriendo la agravante de discriminación por razón de género y (iv) tres delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en concurso ideal con tres delitos de asesinato alevoso consumado, concurriendo en todos ellos la circunstancia agravante del art. 22.4.^a CP. Las penas privativas de libertad aplicables sumaban un total de 159 años y 11 meses de prisión a expensas de los límites del art. 76.1 CP en cuanto a su cumplimiento efectivo se refiere. En contra de lo solicitado por las acusaciones particulares, no se condenó al acusado a la PPR, petición que también fue desestimada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana al resolver las respectivas apelaciones. Entre otras razones, ello motivó la presentación del recurso de casación que ha dado pie a la sentencia aquí comentada.

3. La pena aplicable. ¿Prisión permanente revisable?

3.1. «Maldad humana» merecedora de una «respuesta penal contundente»

Los múltiples delitos a los que se condenó al acusado remarcan, desde la axiología inmanente a nuestro sistema jurídico, la enorme gravedad de los hechos enjuiciados. No por casualidad, la sentencia en comento resalta la iniquidad expresada por el agresor para allanar el terreno, en términos discursivos, a la aplicación de una pena capacitada para expresar el excepcional reproche que aquel merece. Así lo atestigua el TS cuando declara que es «evidente que actos como los que en este caso ocurridos producen un tremendo rechazo social» al evidenciar «la crueldad y maldad humana», por lo que «merecen una respuesta penal contundente ante el dolor producido a los familiares de las víctimas y el sufrimiento causado a las mismas mientras agonizaban»². El tono apodíctico de esta afirmación es rápidamente rebajado al recordar que, pese a lo dicho, «debe ser el legislador en base al principio de legalidad y tipicidad penal el que dé solución a estos crímenes mediante una literalidad de la norma correcta y clara». Esta doble perspectiva (digamos, una «ética» y otra «legal») demuestra la igualmente doble óptica desde la que puede analizarse la consecuencia jurídico-penal que protagoniza este comentario³. Así pues,

² Véase un estudio del presente caso desde la óptica de la victimización de las mujeres que prestan servicios sexuales de pago en TAMARIT SUMALLA, «Análisis victimológico de un caso de asesinato serial de mujeres dedicadas al sexo de pago», *Revista de Victimología*, (19), 2025, *passim*.

³ Sobre estos dos planos de análisis, véase TAMARIT SUMALLA, «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 95.

el estudio de la PPR puede centrarse en la discusión sobre la legitimidad política y moral de canalizar un reproche social a través de un vehículo afflictivo de tales dimensiones⁴. Sin embargo, el análisis puede prescindir de estas consideraciones más abstractas y reparar exclusivamente en valorar si esta herramienta se adecúa al marco constitucional para, acto seguido, concretar la interpretación que merecen sus presupuestos habilitantes.

Este comentario solo se centrará en el segundo punto. Ciertamente, abordar el primero supondría redirigir el texto hacia discusiones iusfilosóficas de alto rendimiento crítico pero de un valor explicativo discutible en atención a los objetivos del presente análisis⁵. Solo recordar que la STC (Pleno) 169/2021, de 6 de octubre (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021) declaró conforme a la Constitución esta consecuencia jurídica y su régimen de revisión y suspensión (arts. 78 bis y 92 CP). En este sentido, la resolución citada rechazó de plano las objeciones esgrimidas en los recursos de inconstitucionalidad, donde los impugnantes fundamentaban su rechazo a la PPR por vulneración de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), del principio de resocialización (art. 25.2 CE) y de la interdicción de penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE) por presentar una aflicción excesiva y por el peligro de convertirse en una pena perpetua⁶. De forma esquemática: el TC consideró que el coste expresivo y afflictivo de la medida no alcanzaría, ni a invalidar la dignidad del penado, ni a desdibujar la requerida orientación resocializadora de aquella⁷.

3.2. «Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas» (art. 140.2 CP)

En la medida en que la PPR constituye una expresión de rechazo constitucionalmente viable frente a determinados comportamientos graves, no hay mejor campo para explotar esta función simbólica que el de los delitos que lesionan el sustrato ontológico básico de toda construcción iusfundamentalista: la vida. A esta idea intenta plegarse el art. 140 CP, el cual enumera una serie de circunstancias que convierten el asesinato básico (art. 139 CP) en uno de hipercualificado al que le corresponde la PPR como consecuencia penológica básica. El legislador democrático ha considerado que un asesinato merece este tipo de respuesta cuando (i) «la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad»; (ii) «fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima»; (iii) «se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal»; o (iv) constituyera un asesinato cometido en serie (lo que intenta captar la frase «[a]l reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos

⁴ Sobre la doble dimensión, política y moral, de la legitimidad del castigo, véase CIGÜELA SOLA, «Lo moral y lo político en la legitimidad del castigo del excluido social: la discusión en cinco problemas», *Derecho Penal y Criminología*, (45-119), 2024, pp. 221 ss.

⁵ En todo caso, véase una valoración crítica al respecto de la idea de «legitimidad del castigo» y el uso de las estructuras de imputación de responsabilidad moral en el ámbito de la atribución de responsabilidad penal en PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la atemperación (o supresión) del castigo del excluido», *InDret*, (2), 2023, pp. 262, 269 ss.

⁶ Con ello, los impugnantes se alineaban con las voces más críticas entre la doctrina. Así, por todos, GIL GIL *et al.*, *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la infracción penal en España*, 2018, p. 82.

⁷ Véase un elocuente análisis crítico de la sentencia en LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La insoportable levedad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Constitucional*, (36), 2022, pp. 23 ss. Críticamente, también, CASALS FERNÁNDEZ, «Algunos aspectos controvertidos de la pena de prisión permanente revisable», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (74), 2021, pp. 595 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «La pena de prisión permanente revisable: ¿hay que mantenerla?», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, (8), 2021, pp. 153 ss.

personas»). Todas y cada una de estas circunstancias merecen de una valoración crítica, tanto en su fundamentación como en su redactado. En todo caso, a los efectos de redirigir esta valoración al supuesto de hecho planteado por la sentencia en comento, baste ceñirse a la circunstancia recogida en el art. 140.2 CP.

Esta última se introdujo para hacer frente a un fenómeno de poca incidencia en España, a saber, el de los asesinos en serie⁸. Sobre ella gira principalmente la valoración sobre la posibilidad de imponer o no la PPR al caso de autos. Esto último no debería extrañar: el condenado parece encajar bien con el perfil criminológico del *serial killer*. Sin embargo, una cosa es la coincidencia de dicho sujeto con un determinado arquetipo criminal y otra muy diferente es la concurrencia de los presupuestos habilitantes del art. 140.2 CP en el supuesto de hecho en cuestión. Mucho más, cuando se repara que la disposición presenta un redactado tortuoso que ha derivado en numerosos problemas interpretativos⁹. Estos últimos, asumiendo (aunque no de forma exacta) la elocuente relación que efectúa de los mismos DE PAÚL VELASCO¹⁰, pueden reconducirse a las siguientes preguntas, cuyas posibles respuestas intercalo con las consideraciones esgrimidas por el TS en la sentencia objeto del presente comentario:

a. ¿Cuántas muertes? ¿Homicidio o asesinato?

El art. 140.2 CP hace referencia a la «muerte de más de dos personas». La expresión abre la puerta a dos posibles interpretaciones: o bien debemos entender que se refiere a tres o más muertes (incluida aquella sobre la que se valora la concurrencia del art. 140.2 CP), o bien que señala un mínimo de cuatro muertes, pues, en palabras de MORENO VERDEJO, «castiga al reo de asesinato (una muerte) que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas (tres muertes precedentes)»¹¹. La jurisprudencia no parece haberse detenido en este interrogante, por bien que en la mayoría de procedimientos en los que se ha planteado la aplicación de este artículo esta no era una cuestión a destacar al encontrarnos con más de cuatro muertes¹². El TS, en la sentencia aquí comentada, asume la primera interpretación sin mayor abundamiento. Así pues, la resolución indica que, si bien «el legislador parece dirigirnos a condicionar la hiperagravación a condenas por al menos tres delitos consumados contra la vida [añado: dejando al margen el último asesinato por el que se cuestiona la aplicación del art. 140.2 CP], y en nuestro caso solo hay dos», es perfectamente correcto asumir la fórmula lacónica «[u]n crimen más dos anteriores». La conclusión viene reforzada por la respuesta que ofrece el TS a la pregunta que desarrollaré en el siguiente subapartado.

Resuelto el dilema cuantitativo, falta por analizar una cuestión cualitativa. En efecto, el precepto aplicable solo habla de la «muerte» de «personas», sin entrar a concretar la específica valoración jurídico-penal que esta pudiera merecer. Por ello, cabe plantearse si estos hechos anteriores han

⁸ Véase la interesante «crónica nacional» referida por ÁLVAREZ GARCÍA, «Asesinato», en EL MISMO (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*, t. I, 4.ª ed., 2024, p. 205.

⁹ ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículo 138, 139, 140 y 140 bis CP)», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 331.

¹⁰ DE PAÚL VELASCO, *RJIB*, (20), 2021, pp. 40 ss.

¹¹ MORENO VERDEJO, «Novedades en la tipificación de los delitos de homicidio y asesinato dolosos», *Revista del Ministerio Fiscal*, (1), 2016, p. 16. Opta por esta segunda opción, ÁLVAREZ GARCÍA, en EL MISMO (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *PE*, t. I, 4.ª ed., 2024, p. 204.

¹² P. ej., STS 129/2020, Penal, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:814). Sin embargo, sí se planteó en la STS 969/2022, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4800), que acabó optando por la segunda opción.

de ser constitutivos, o bien de un delito de homicidio (art. 138 CP), o bien de un delito de asesinato (art. 139 CP)¹³. Es más, no se opondría al tenor literal del precepto integrar en el concepto «muerte» los casos de homicidio imprudente (art. 142 CP). Por razones de proporcionalidad y necesidad de reservar la PPR a casos de especial gravedad, la doctrina se muestra bastante unánime a la hora de exigir que esas muertes precedentes sean constitutivas de un delito de asesinato¹⁴. En la jurisprudencia, ha sido la STS 969/2022, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4800), quien se ha mostrado más explícitamente favorable a este argumento. En la resolución citada, el TS indica que, ante la posibilidad de absorber en el precepto muertes anteriores constitutivas tanto de asesinato como de homicidio, «teniendo en cuenta la gravedad de la pena a imponer y su valor afflictivo, así como que debe llevarse a cabo una interpretación restrictiva y que no sea contra reo, evitando con ello el riesgo de poder incluirse las muertes no dolosas, debemos circunscribir las mismas solo a delitos de asesinato, anteriores, y además, que sean consumados». Este convincente argumento es asumido por la resolución aquí comentada. En esta, el TS concluye que «[l]os asesinatos previos han de castigarse conforme a los arts. 139 y 140 con sus respectivas penas, sin que queden absorbidos en el art. 140.2», porque, de lo contrario, «los principios de lesividad y proporcionalidad se verían gravemente conculcados con una aplicación de esta hiperagravación a partir de un solo asesinato al que se sumara el enjuiciamiento concurrente de, al menos, otros dos delitos contra la vida como pudieran ser homicidios en su tipo básico, o incluso imprudentes»¹⁵.

b. ¿Antes del procedimiento o de forma simultánea?

El uso de la conjugación «hubiera sido condenado» por parte del art. 140.2 CP abre dos posibilidades antagónicas: o bien el sujeto activo debe haber sido condenado en sentencia firme en el momento de cometer el tercer (o cuarto) asesinato, o bien los tres (o más) asesinatos pueden enjuiciarse de forma simultánea. La primera opción es la defendida por la STS 969/2022, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4800), donde se indica que el precepto referido «solo es aplicable a quien cometa un asesinato después de haber sido ya condenado (por tanto, en sentencias anteriores) por al menos tres muertes más». Según la resolución citada, ante el uso de la expresión «hubiera sido condenado», «parece gramaticalmente claro que si se hubiese querido contemplar el caso de asesinatos múltiples enjuiciados en un mismo procedimiento, la expresión simple y más correcta habría debido ser “quienes sean condenados” o quienes “fueren” condenados»¹⁶. Si el precepto utiliza esta expresión verbal, pluscuamperfecto de subjuntivo, ello indica que «la acción descrita (que no es matar, sino “ser condenado”) se lleva a cabo en un

¹³ Como indica, DE PAÚL VELASCO, *RJIB*, (20), 2021, pp. 40 ss., «el término “muertes” es un hiperónimo que, en el contexto del precepto, abarca los hipónimos “homicidio” y “asesinato”; de modo que, si se hubiera querido excluir las condenas por homicidio, no habría costado trabajo encontrar una fórmula verbal para hacerlo, tan sencilla como, por ejemplo, “el reo de asesinato que hubiera sido condenado por más de dos delitos del mismo tipo”».

¹⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «Del homicidio y sus formas», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 483; SIERRA LÓPEZ, «Los principales problemas que suscita el delito de asesinato en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013», en MUÑOZ CONDE (dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, 2015, pp. 57 ss.; MORENO VERDEJO, *RMF*, (1), 2016, p. 16, esgrimiendo las siguientes razones: «que la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece el art. 140.2 debe relacionarse con la inexistencia de modalidades de homicidio castigadas con mayor pena que el tipo básico de asesinato; que el Preámbulo se refiere a los “asesinatos” en serie; y que una interpretación distinta y más amplia sería contra reo».

¹⁵ La frase proviene de una alegación del Ministerio Fiscal transcrita en la STS 113/2020, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:511) que, en lo que alcanzo, es original de FERNÁNDEZ GARCÍA, «Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho penal español contemporáneo», *Misión Jurídica*, (12-16), 2019, p. 188.

¹⁶ Igualmente, en la doctrina, ÁLVAREZ GARCÍA, en EL MISMO (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *PE*, t. I, 4.ª ed., 2024, p. 205.

momento anterior a la comisión del hecho del que se predica la prisión permanente revisable». Con todo, concluye la sentencia citada, el precepto establecería un supuesto de multirreincidencia o de reincidencia cualificada.

En cambio, la segunda opción es la que asume la STS 113/2022, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:511), donde se indica que el tiempo verbal «hubiera sido» «puede entenderse como forma arcaica de expresar “fuese”; pues el pretérito imperfecto de subjuntivo (en este caso fuera o fuese), el tiempo más complejo del modo subjuntivo, conforme concreta la doctrina lingüística, cuenta con un doble origen, luego unificado, el de la variante en *-ra-* en el pluscuamperfecto de indicativo latino (en este irregular verbo, *fuera* “había sido”), mientras que en la variante en *-se-* proviene del pluscuamperfecto de subjuntivo latino (*fuisset* “hubiera sido”)». A esta exposición filológica, la resolución en cuestión añade que, cuando el Código utiliza la expresión «hubiera sido condenado» para referirse a un supuesto de reincidencia (que es como contempla el precepto la anterior resolución comentada), «se adiciona de forma expresa el adverbio ejecutoriamente», lo que ocurre en los arts. 66.1.5.^a, 235.1.7.^o y 250.1.8.^o CP; mientras que, cuando se refiere a pronunciamientos judiciales contenidos en la misma sentencia, utiliza el «hubiera sido condenado» sin añadiduras (p.ej., en el art. 89.4 CP sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como mecanismo de sustitución de la pena de prisión ordinaria).

A esta última opinión se adhiere la sentencia en comento. Así, en la resolución se indica que «[n]o se debe exigir la existencia de condenas previas firmes» pudiéndose aplicar la PPR «en la misma sentencia en la que se trata el “enjuiciamiento conjunto” de los crímenes cometido». Y sigue: «la expresión “hubiera sido” no quiere decir que lo “haya sido antes” en otro juicio, sino que puede ser en el mismo y la expresión de “hubiera sido” cabe referirla al mismo proceso, juicio y sentencia». Para alcanzar esta afirmación, la sentencia se vale de las reflexiones filológicas esgrimidas en la anterior resolución citada. De esta manera, «no puede entenderse que se exijan tres condenas previas para condenar a la pena de prisión permanente revisable ex art. 140.2 CP». Y concluye: «para valorar la calificación penal del crimen [respecto de la última víctima] se valora la condena por los crímenes de las dos víctimas que son previos al momento de evaluar que el “tercer crimen” en el tiempo [respecto de la última víctima] va precedido de otros dos crímenes, cumpliendo el art. 140.2 CP que para aplicar la prisión permanente revisable “al tercer crimen” se da cumplimiento a que, contando con este se verifica que para aplicar esta pena se ha dado muerte a más de dos personas». Dejando de lado su confusa redacción, si estos argumentos no fueran suficientes, la sentencia cita un razonamiento esgrimido por el Ministerio Fiscal en el recurso de casación. Según este último, con una interpretación alternativa se alcanzaría un resultado «biológicamente imposible», pues «solo cabría aplicar [el precepto] a un preso que estuviera cumpliendo condena por asesinato y matare de igual manera cumpliendo pena».

Repárese que esta interpretación permite aunar en un mismo marco penológico dos figuras criminológicamente dispares: no solo los «asesinatos en serie», sino también los casos de «asesinatos múltiples» (y, en opinión de la sentencia objeto del comentario, los supuestos de atentado terrorista con varios resultados fatales¹⁷). Sobre sus diferencias, en uso de la terminología empleada por la STS 969/2022, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4800), los «asesinatos reiterados o cometidos en serie» denotan «una decisión o dolo de matar que surge después de haberlo hecho anteriormente sin unidad de acción», mientras que el «asesinato múltiple», «una acción conjunta realizada con unidad de acto y aprovechando la misma

¹⁷ Sobre si el precepto engloba casos de concurso real o ideal, véase GOYENA HUERTA, «Artículo 140», en GÓMEZ TOMILLO/BLANCO CORDERO (dirs.), *Comentarios prácticos al Código penal*, 2015, p. 64.

circunstancia»¹⁸. Con todo, y en contra de la voluntad del legislador¹⁹, son precisamente estos últimos casos, y no los de «asesinatos en serie», los que han copado la mayoría de condenas en aplicación del art. 140.2 CP (sin ir muy lejos, el cuádruple crimen de Pioz²⁰).

c. *¿Una única pena o tantas como asesinatos?*

La última cuestión a responder es si la PPR debe imponerse solo al último asesinato, de tal forma que los dos (o más) anteriores reciban la pena que a cada uno corresponda; o si bien la PPR, proyectando una especie de regla concursal²¹, debe aplicarse para los tres (o más) asesinatos enjuiciados conjuntamente. A esta última opción solo ha accedido la STS 113/2022, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:511), en la cual, con base en una consideración sistemática sobre los límites acumulables para acceder a la obtención del tercer grado en el marco del cumplimiento de la PPR *ex art.* 78 bis CP, se concluye que el art. 140.2 CP, «en la agravación que implica, trata de simplificar e imponer una pena, para el concreto supuesto real de las tres muertes, la de mayor gravedad posible (salvo los supuestos establecidos en los casos de terrorismo y organizaciones criminales –87 bis.3–), que por otra parte, solamente conlleva un monto adicional punitivo sobre las condiciones generales, cuando ninguna de las muertes, aisladamente consideradas, haya sido sancionada con pena de prisión permanente revisable; o en el más difícil supuesto, que siendo ya castigada una de las muertes con prisión permanente revisable, la suma de las otras dos no alcance los veinticinco años de prisión».

Frente a esta interpretación, puede oponerse lo que recordaba la STS 129/2020, Penal, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:814): «[c]arecería de sentido que la muerte de tres o más personas fuera castigada con la misma pena que la muerte de una persona susceptible de ser calificada conforme al art. 140 del CP. Y que ese desenlace fuera el resultado de una extravagante regla de consunción aplicada en gravísimos delitos contra la vida». Ciertamente, en esta resolución se acabó optando por la primera de las posibilidades, a saber, aplicar la PPR del art. 140.2 CP al último asesinato y la pena que corresponda a los demás. Sobre ello, la sentencia indica que «[l]os asesinatos previos han de castigarse conforme a los arts. 139 y 140 con sus respectivas penas, sin que queden absorbidos en el art. 140.2. No hay nada semejante a un concurso de normas a resolver por la regla de consunción (art. 8.3 CP). No estamos ante un único hecho para cuya calificación convergen distintos tipos penales. (...) La solución que proclama esta Sala se apoya, no sólo en el significado constitucional del principio *non bis in idem*, sino en la propia literalidad del art. 140.2. En su inciso final se dispone que “...en este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo”. Carecería de sentido esta remisión al art. 78 bis del CP, que pretende, en el caso de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas, endurecer el acceso al tercer grado o a la libertad condicional». Sin mayor abundamiento, a esta solución se adhiere el TS en la sentencia en comento, donde se concluye escuetamente que «las acusaciones interesan la aplicación de la condena de prisión permanente revisable respecto del crimen [de la última víctima], y no una sola pena para los tres crímenes, y es lo que se acuerda».

¹⁸ Véase un análisis de este arquetipo criminal en GEBERTH/TURCO, «Antisocial personality disorder, sexual sadism, malignant narcissism, and serial murder», *Journal of Forensic Sciences*, (42-1), 1997, pp. 49 ss.

¹⁹ Como indicaba el preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el marco de la hipercualificación del tipo del art. 139 CP, la reforma del Código penal se efectuaba para imponer la PPR a «los asesinatos especialmente graves», entre otros, los «asesinatos reiterados o cometidos en serie».

²⁰ STS 129/2020, Penal, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:814).

²¹ PEÑARANDA RAMOS, «Asesinato», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2025, nm. 7117.

d. *Recapitulación*

Telegráficamente, a las cuestiones suscitadas por el redactado del art. 140.2 CP, el TS, intentando consolidar una línea jurisprudencial en pugna con otra, contesta de la siguiente forma:

- *¿Cuántas muertes?* Tres o más incluyendo aquella por la que se suscita la aplicación del art. 140.2 CP.
- *¿Homicidio o asesinato?* Las muertes anteriores deben ser constitutivas de un delito de asesinato consumado.
- *¿Antes del procedimiento o de forma simultánea?* El tiempo verbal «hubiera sido condenado» habilita a que las tres o más muertes sean enjuiciadas en un mismo procedimiento, no requiriendo de sentencia condenatoria firme por los asesinatos previos.
- *¿Una única pena o tantas como asesinatos?* Al último asesinato se le aplica la PPR, a los anteriores, la pena que corresponda.

En la medida en que el condenado fue enjuiciado en un mismo procedimiento por la muerte de un mínimo de tres mujeres, todas ellas constitutivas de un delito de asesinato consumado, el TS concluye que le debió ser impuesta la PPR por el último, sin perjuicio de las penas aplicables a las demás muertes. Dicho esto, no puedo compartir las conclusiones a las que llega la sentencia en comentario con respecto al ámbito de aplicación del art. 140.2 CP. En mi opinión, esta interpretación va más allá de las limitaciones que impone el principio de legalidad a la tarea hermenéutica del aplicador del Derecho. Desarrollo esta idea en el siguiente apartado.

4. Valoración crítica de la sentencia

4.1. Una interpretación alternativa

En coalición con alguna voz de entre la doctrina, considero que el art. 140.2 CP establece un supuesto especial de reincidencia. En lo que alcanzo, fue MUÑOZ CONDE el primer autor en sugerirlo. En su opinión, basta para aplicar el precepto que, «en el momento de juzgar al reo por un asesinato, éste tenga condenas previas por la muerte de más de dos personas», por lo que solo cabría la imposición de la PPR ante un reo de asesinato reincidente²². Misma conclusión asume ÁLVAREZ GARCÍA, quien considera que el uso del pretérito pluscuamperfecto del subjuntivo del verbo ser («hubiera sido») implica necesariamente una referencia a una acción pasada, de tal manera que la disposición exige «una condena anterior por la muerte de tres o más personas»²³. Esta es, en mi opinión, la interpretación más coherente del precepto, más allá de cuáles fueran

²² MUÑOZ CONDE, «El delito de asesinato tras la reforma del Código Penal español por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo», en BERNAL MARTÍNEZ (coord.), *LH-Gómez del Castillo*, 2016, p. 218. La postura contraria ha sido defendida por MANZANARES SAMANIEGO, *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, 2015, p. 160.

²³ ÁLVAREZ GARCÍA, en EL MISMO (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *PE*, t. I, 4.ª ed., 2024, p. 204. Pese a no cerrar la puerta a la otra interpretación, también se muestra partidaria de esta ALONSO ÁLAMO, «La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015», *Cuadernos de Política Criminal*, (117), 2015, p. 47, recordando que «hubiera sido condenado» «es la expresión verbal que se utiliza también en la regulación de [la reincidencia] en el artículo 66, 5ª».

las intenciones reales del legislador. Porque, efectivamente, optar por este camino conllevaría (en la línea crítica expuesta por el Ministerio Fiscal en el caso de autos) reducir el ámbito de aplicación de este régimen hipercualificado a aquellos casos en los que un sujeto, después de ser condenado por la muerte de dos o más personas, comete un asesinato (p.ej., recluso que está cumpliendo pena de prisión asesina a su compañero de celda o a un funcionario). Pero ello no es consecuencia de una *interpretatio abrogans*, sino de una aproximación respetuosa con la literalidad del precepto y el uso convencional de la expresión «hubiera sido». Ciertamente, en palabras de DE PAÚL VELASCO, «[q]ue esta interpretación reduzca la aplicación del precepto a supuestos de laboratorio no es un problema de quien ha de aplicarla, vinculado por el principio de taxatividad (*lex stricta*), sino, en todo caso, del legislador»²⁴.

En efecto, que el precepto no consiga (en realidad, con esta o cualquier otra interpretación) captar la intención del legislador tampoco debería sorprender. Intentar positivizar un arquetipo criminal en la sistemática de un Código acostumbrado a proscribir hechos («el que matare a otro»), puede resultar una tarea quimérica. Si el objetivo era centrarse en la gravedad o conmoción social producida por la figura del «*serial killer*», lo más coherente hubiera sido optar directamente por una redacción de Derecho penal de autor (p.ej., «al reo de asesinato que, en atención a las circunstancias del caso, coincida con el perfil criminológico de “asesino en serie”») y esperar a un pronunciamiento (quizás, favorable) del TC sobre la posible conculcación de los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad, entre otros. Lo que es evidente es que, como bien remarca la sentencia en comento, la *mens legislatoris* no debe condicionar la función jurisdiccional. Es el marco semántico de las palabras utilizadas por este legislador, y no sus intenciones, a lo que debe supeditarse la tarea exegética del aplicador del Derecho. Otra cosa bien diferente es que una interpretación como la asumida en esta sentencia encaje de forma razonable dentro de los márgenes establecidos por el sentido literal posible de la disposición.

Con todo, el art. 140.2 CP solo debería aplicarse a aquella persona que está siendo juzgada por la presunta comisión de un delito de asesinato («al reo de asesinato») que tuviera condenas previas por la muerte de más de dos personas («que hubiera sido condenado») ²⁵. Por razones de proporcionalidad y necesidad de restringir la aplicación de la PPR a supuestos de extrema gravedad, no considero que exista ningún inconveniente en interpretar «muerte» en el mismo sentido que le atribuye la jurisprudencia y parte de la doctrina. Por ello, debe exigirse que estas muertes sean constitutivas de un delito de asesinato consumado (en tentativa, no hay muerte alguna). Finalmente, con respecto a la cuestión cuantitativa («más de dos»), es evidente que se exigen un mínimo de tres condenas previas. Consiguientemente, las preguntas planteadas *supra* podrían obtener sin problemas las siguientes respuestas alternativas:

- ¿Cuántas muertes? Tres o más sin incluir aquella por la que se suscita la aplicación del art. 140.2 CP.
- ¿Homicidio o asesinato? Las muertes anteriores deben ser constitutivas de un delito de asesinato consumado.

²⁴ DE PAÚL VELASCO, *RJIB*, (20), 2021, pp. 40 ss.

²⁵ Esta misma argumentación defendió la AP de Valencia en la sentencia de instancia (440/2022, Sección 4ª, de 1 de septiembre [ECLI:ES:APV:2022:2367], FJ 12), indicando que «[l]os términos del art. 140 CP son claros en su tenor literal (...). Tal artículo viene referido al “reo” de asesinato (...) la persona que se enfrenta a una pena en un juicio por el que está siendo juzgado (...). Si el “reo” “hubiera sido condenado” (...) la ley utiliza el tiempo verbal pretérito pluscuamperfecto, también llamado “antepretérito”, que sólo puede hacer relación a que hubiera sido condenado “con anterioridad”. Lo que no acaece en el caso».

- ¿*Antes del procedimiento o de forma simultánea*? El tiempo verbal «hubiera sido condenado» implica necesariamente que sobre las tres o más muertes anteriores haya recaído sentencia firme condenatoria.
- ¿*Una única pena o tantas como asesinatos*? Solo se aplica la PPR al último asesinato, pues a los otros ya se les ha aplicado con anterioridad la pena que les correspondía.

4.2. ¿Optar siempre por la interpretación más beneficiosa?

Si, como indica el TS, «las serias dudas en la interpretación del precepto han de resolverse en el sentido más favorable al reo»²⁶, esta mención bastaría para optar por la alternativa comentada *supra* ante un caso de estas características. Sobre esta opción, no nos engañemos: pasar de una pena de prisión de 159 años a una de PPR es como huir del fuego para caer en las brasas. Sin embargo, una escuálida diferencia a nivel temporal no debe empañar la notable desemejanza a nivel simbólico y, lo que es más importante, aflictivo. Para empezar, y aunque la distinción es prácticamente nominativa, el tránsito de una pena de prisión a una de PPR produce unos efectos estigmatizadores adicionales a tener en consideración. Y no solo eso, pues, aunque ambas penas compartan un mismo componente aflictivo (la privación de libertad), la PPR presenta un *plus* en forma «desesperanza como contenido de la crueldad posible de una pena»²⁷. Ello no es baladí: bajo el régimen aplicable a una pena de prisión ordinaria, el condenado puede saber de antemano el día y la hora de la futura remisión definitiva, sin perjuicio de que su puesta en libertad se adelante en aplicación de los beneficios penitenciarios. En la PPR, en cambio, este conocimiento exacto deviene en incertidumbre, pues los plazos temporales para la obtención de tercer grado *ex art. 78 bis CP* o para proceder a la suspensión de su ejecución *ex art. 92 CP* no aseguran al penado una respuesta beneficiosa para con sus intereses.

En todo caso, es discutible que el principio de legalidad obligue al aplicador del Derecho a optar siempre por la interpretación menos gravosa para con los intereses del penado. Ello supondría la aplicación del principio *in dubio pro reo*, un criterio de valoración de la prueba²⁸, al proceso de subsunción jurídica de unos hechos ya determinados. Así pues, la máxima feuerbachiana *nullum crimen, nulla poena sine lege* obliga a que todo posible destinatario de una norma penal pueda conocer el marco genérico de la prohibición a efectos de determinar si el comportamiento que quiere emprender entra dentro de sus límites²⁹. Dicha exigencia pretende proteger a los

²⁶ STS 113/2022, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:511). Es una máxima que se repite, no solo con respecto al art. 140.2 CP (p.ej., STS 969/2022, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4800)), sino ante cualquier duda interpretativa (véase, p.ej., las SSTS 674/2021, Penal, de 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3353); 1181/2009, Penal, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:7820)).

²⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *RGDC*, (36), 2022, p. 23.

²⁸ Tal y como se indica en la STS 453/2021, Penal, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2145), «[e]l principio “in dubio pro reo”, presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECrim)».

²⁹ LAMARCA PÉREZ, «Principio de legalidad penal», *Eunomía*, (1), 2011, p. 157; RODRÍGUEZ MOURULLO/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Principio de legalidad», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2025, nm. 607. En palabras de la STC (Sala 2ª) 137/1997, de 23 de junio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), FJ 6, «[e]ste principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los que sí contempla».

ciudadanos de posibles decisiones judiciales sorpresivas o imprevisibles, pero en ningún caso les asegura que dicha decisión tenga que ser la más favorable de entre todas las posibles. Esto último, principalmente, porque la eventual consecuencia más gravosa, en caso de que sea previsible, forma parte del horizonte de posibilidades que puede tomar en consideración el destinatario de la norma para abstenerse de realizar el comportamiento prohibido. Si este sujeto decide finalmente emprender dicha conducta y acaba recibiendo la consecuencia más desfavorable, no podrá oponer que el sistema jurídico no se la había garantizado en forma de respuesta posible. La propia legislación parece confirmar esta idea: en ocasiones, ante la incertidumbre que pudiera generar la interpretación de la ley penal que realizara eventualmente el aplicador del Derecho, el Código advierte al destinatario de la norma que, bajo determinadas circunstancias, debe esperar siempre la consecuencia más gravosa³⁰. Así opera el principio de alternatividad del art. 8.4 CP frente a casos de concurso de leyes que no pueden resolverse conforme a los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción.

Con todo, si se opta por la interpretación previsible menos beneficiosa, la exigencia básica del principio de legalidad (poder prever las consecuencias de la conducta) queda satisfecha. Por ello, no es el carácter menos gravoso de la respuesta lo que debe orientar el camino del intérprete, sino que la misma pueda presentarse ante el perjudicado como una solución razonable y previsible. Y es en este punto donde, en mi opinión, la sentencia aquí comentada yerra. Me explico a continuación.

4.3. Legalidad, interpretación y razonabilidad

En lo que al control de la interpretación judicial de la ley penal se refiere, el TC ha declarado que «es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados»³¹. En su contra, la fiscalización de la tarea hermenéutica del intérprete queda limitada a «la verificación del respeto del tenor de los preceptos sancionadores aplicados, así como de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos»³². Todo ello, de tal forma que la interpretación resultante, sea cual sea su contenido, permita al ciudadano «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente»³³. En palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ, esta doctrina, reiterada en numerosos pronunciamientos³⁴, implica que la satisfacción del principio de legalidad por parte de una interpretación judicial queda sujeta a un triple filtro de razonabilidad³⁵. En primer lugar, una

³⁰ La idea es de Carlos Castellví Monserrat.

³¹ STC (Sala 2ª) 137/1997, de 23 de junio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), FJ 7.

³² STC (Sala 2ª) 137/1997, de 23 de junio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), FJ 7.

³³ STC (Pleno) 133/1987, de 21 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987), FJ 5.

³⁴ STC (Pleno) 133/1987, de 21 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987), FJ 5.

³⁵ SSTC (Sala 1ª) 87/2001, de 2 de abril (BOE núm. 104, de 01 de mayo de 2001), FJ 6; (Sala 2ª) 29/2008, de 20 de febrero (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 2008), FJ 6; (Sala 2ª) 36/2018, de 23 de abril (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2018) FJ 3; (Pleno) 121/2021, de 2 de junio (BOE núm. 161, de 07 de julio de 2021), FJ 12; (Pleno) 46/2022, de 24 de marzo (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2022), FJ 12; (Pleno) 45/2022, de 23 de marzo (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2022), FJ 12; (Pleno) 8/2024, de 16 de enero de 2024 (BOE núm. 45, de 20 de febrero de 2024).

³⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Interpretar o crear: límites a la interpretación penal según el Tribunal Constitucional», *Almacén de Derecho*, 2018 (disponible en: <https://almacendederecho.org/interpretar-o-crear-limites-a-la-interpretacion-penal-segun-el-tribunal-constitucional>); EL MISMO, «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, (3), 2012, p. 17, n. 41.

razonabilidad semántica, de tal forma que el pronunciamiento no desborde los márgenes impuestos por el tenor literal del tipo. En segundo lugar, una razonabilidad metodológica, conforme a la cual es necesario que la interpretación se ajuste a un método hermenéutico aceptado por la comunidad jurídica. Finalmente, una razonabilidad axiológica, por lo que la interpretación no podrá asentarse en «una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional»³⁶.

Con esto claro, ¿respeta la sentencia en comentario este triple filtro? Empecemos por la razonabilidad semántica. Asumiendo como premisa válida el hecho de que la «doctrina lingüística» concluya que «hubiera sido condenado» constituye una forma arcaica de expresar «fuese», es evidente que la opción interpretativa del TS entra dentro del sentido literal posible de la disposición. Otra cosa es que este juicio semántico de razonabilidad no quede enmarcado por los contornos porosos de la literalidad de las palabras empleadas por el legislador y transite, de nuevo con LASCURAÍN SÁNCHEZ, «hacia un principio en sentido alexyano (mandato de optimización) que prescriba el mayor acercamiento posible al uso más convencional del lenguaje y que delimite un punto de intolerabilidad constitucional más exigente que el del tenor literal posible»³⁷. De ser así, la pregunta que debería plantearse es si una persona baremo, en atención a los usos comunes, puede aprehender, del marco morfológico y sintáctico de la disposición normativa, el significado que atribuye el TS a la conjugación verbal mencionada. No creo que existan mayores problemas en afirmar que la única opción razonable, alineada con la convención social más asentada al respecto del significado de la expresión «hubiera sido condenado», es la de entender que esta última se refiere a condenas sucedidas con anterioridad a la comisión del delito de asesinato³⁸.

Sea como fuere, es en la razonabilidad metodológica donde, a mi parecer, la sentencia objeto del comentario puede ser más criticada. Con respecto a este filtro, el TC ha reiterado que no lo supera aquella interpretación que contenga «una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante»³⁹. Pues bien, a mi entender, recurrir a una confusa explicación filológica para atribuirle un significado arcaico a una conjugación verbal puede tildarse de «extravagante». Y lo es, no solo por concebir al destinatario de la norma como un sujeto detentador de una serie de conocimientos especiales y expertos, sino por obviar tres puntos que se desprenden de una observación sistemática de la legislación penal y que conducen a una única conclusión coherente:

Primero: de una lectura de la legislación procesal (aunque no sin ciertas contradicciones⁴⁰) puede extraerse que «reo de asesinato» se refiere a una persona que está siendo juzgada por la presunta comisión de este delito⁴¹.

³⁶ STC (Sala 2ª) 137/1997, de 23 de junio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), FJ 7.

³⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Almacén de Derecho*, 2018.

³⁸ Como atestigua, con elogiada franqueza, DE PAÚL VELASCO, *RJIB*, (20), 2021, pp. 40 ss., «[d]esde la época escolar sabemos que, si el modo subjuntivo expresa una acción de carácter eventual o hipotético (aquí, el hecho de haber sido condenado), el pretérito pluscuamperfecto se emplea para enunciar una acción anterior (esas condenas) a otra también pasada (la comisión del asesinato). No puede presumirse que el legislador ignore algo tan elemental o haga un uso arbitrario y agramatical de los tiempos verbales; no sin mejor razón que dar al precepto unas posibilidades de aplicación que de otro modo quedarían muy restringidas».

³⁹ SSTC (Sala 2ª) 137/1997, de 23 de junio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), FJ 7; (Sala 2ª) 151/1997, de 29 de septiembre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997), FJ 4.

⁴⁰ Véase los arts. 2, 15.2.º, 495 y 517 LECrim, que hacen referencia al «presunto reo».

⁴¹ Véase los arts. 16, 284.3, 334 LECrim, entre otros.

Segundo: son muchos los preceptos del Código penal que utilizan el pluscuamperfecto del subjuntivo para referirse a una acción pasada (así, arts. 152.1 *in fine*, 167.3, 197.7 *in fine* y 510.2.b) CP).

Tercero: la alusión al art. 89.4 *in fine* CP⁴² es engañosa, pues el precepto, a los efectos de habilitar la expulsión de aquel extranjero que hubiera residido en España durante los diez años anteriores a la comisión del delito, también se refiere a un suceso pasado (haber sido condenado por determinados ilícitos) con respecto a un momento temporal presente (la decisión sobre la suspensión de una pena ya impuesta⁴³).

Conclusión: la opción asumida por la sentencia en comentario fuerza la literalidad del precepto a través de una interpretación extravagante que elude el significado más plausible y coherente de la frase «[a]l reo de asesinato [persona que está siendo juzgada por este delito] que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas [que ya dispone de más de dos condenas por delitos contra la vida consumados]».

Con esto claro, no desatiendo el hecho de que este posicionamiento al respecto de la razonabilidad metodológica puede llegar a convertir en superfluo el filtro de la razonabilidad semántica, por bien que aquel opera sobre el mismo objeto que este último (las palabras empleadas por el legislador a fin de descubrir qué tipo de interpretación pueden soportar). Sin embargo, el propio LASCURAÍN SÁNCHEZ denuncia que «[s]on muy pocas las demandas de amparo en las que la queja es el desbordamiento judicial de la semántica del tipo, y es además difícil que se admita ese rebasamiento del tenor literal posible, que suele ser tendencialmente muy amplio»⁴⁴. Con base en esta consideración, la razonabilidad semántica debe contemplarse como un filtro de mayor envergadura que la metodológica: son muchas las interpretaciones que caben dentro del sentido literal posible de la disposición (mucho más, si se atribuye al legislador un empleo arcaico del lenguaje), pero algunas de estas interpretaciones deben ser tildadas de extravagantes. De esta forma, la razonabilidad semántica solo constituye una frontera para diferenciar una interpretación subsumible en el tenor literal del precepto de una interpretación que nos conduce al terreno de la analogía. Proyectado al caso: la conclusión que alcanza el TS, pese a ser subsumible (a cuenta de un estudio filológico exhaustivo del desarrollo del pluscuamperfecto del subjuntivo) dentro de los límites demarcados por las palabras utilizadas en el art. 140.2 CP, constituye una interpretación metodológicamente extravagante.

5. Conclusiones

La sentencia objeto del presente comentario exaspera los límites demarcados por el art. 140.2 CP. En este sentido, la razonabilidad metodológica que debe guiar la tarea hermenéutica del aplicador del Derecho sujeto al principio de legalidad queda en entredicho con una conclusión extravagante acerca del significado de la expresión «al reo de asesinato que hubiera sido condenado». De esta manera, en comunión con el empleo del sustantivo «reo» y el tiempo verbal «hubiera sido» por parte del Código penal y la legislación procesal, lo razonable era entender que el precepto se refiere a aquel sujeto que está siendo juzgado por la comisión de un delito de asesinato (tiempo presente) y que ya ha sido condenado por más de dos muertes con anterioridad

⁴² STS 113/2022, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:511).

⁴³ Pese a que ello se realice, de ser posible, en la misma sentencia condenatoria (véase art. 82.1 CP).

⁴⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Almacén de Derecho*, 2018.

(tiempo pasado). Repárese que, a los efectos de reforzar su conclusión, la sentencia remarca que «[n]o hay que olvidar, además, en este caso resulta evidente la crueldad con la que se han perpetrado estos hechos y el desprecio a la vida de las mujeres aprovechando su vulnerabilidad, así como el comprensible estado en el que dejan a las familias de las víctimas marcadas de por vida por estos crímenes y con el sufrimiento añadido que ello conlleva». Frente a este razonamiento, puede oponerse lo siguiente: no es al tribunal a quien le corresponde identificar la «maldad humana» y captar su desaprobación con una reacción penológica igual de expresiva (véase el art. 4 CP), sino al legislador con (y cito de nuevo la sentencia en comentario) una «literalidad de la norma correcta y clara».

¿Cuándo muere la persona jurídica?

Comentario a la SAN 20/2024, de 8 de julio

Quim Real Galí
Universitat Pompeu Fabra
quim.real@upf.edu

-

1. Introducción

En la sentencia objeto de comentario¹, la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condena a tres personas físicas y dos personas jurídicas por tres delitos fiscales. Según los hechos probados, los acusados, durante los años 2014, 2015 y 2016, puestos de común acuerdo y guiados por el ánimo de causar un perjuicio a la Hacienda Pública, llevaron a cabo varias conductas defraudatorias, dejando de ingresar el Impuesto sobre el Valor Añadido de las sociedades a través de las cuales operaban: GOLD PETROLEUM SLU y ANESPI 2013 SL. En concreto, estas dos empresas participaron en una serie de cadenas de operaciones de fraude carrusel con el fin de obtener beneficios fraudulentos.

Particularmente, aquí interesa la condena a una de las dos sociedades, que había sido declarada en concurso de acreedores y disuelta por un Juzgado de lo Mercantil. La Sala considera que la «disolución penal» de la persona jurídica no concuerda con el concepto jurídico-mercantil de disolución, sino que se ajusta al de extinción, desviándose de la línea jurisprudencial dominante hasta el momento. Esta resolución brinda la oportunidad de analizar el inicio de un posible cambio de criterio jurisprudencial en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, así como efectuar algunas breves reflexiones sobre el controvertido art. 130.2 CP.

2. Cuestión previa

Al inicio de las sesiones del juicio oral, las defensas formularon algunas cuestiones previas, siendo resueltas oralmente y motivadas en sentencia. La defensa de la sociedad ANESPI 2013 SL solicitó su expulsión del procedimiento a causa de su declaración en concurso y disolución por parte del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona². Pues bien, la Sala rechaza la petición, señalando que la disolución de la sociedad no equivale a su «muerte civil». Así, reconoce a la

¹ SAN 20/2024, Penal, Sección 3ª, de 8 de julio (ECLI:ES:AN:2024:4039). Ponente: Alejandro Abascal Junquera.

² No consta la fecha exacta de la declaración de concurso y disolución. Tampoco se especifica el tipo de resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil. Sin embargo, todo indica que se trata de una declaración de concurso con apertura del período de liquidación, que conlleva la disolución de pleno derecho de la sociedad (arts. 406-410 TRLC, art. 361.2 LSC).

sociedad ANESPI 2013 SL, disuelta, capacidad para seguir siendo destinataria de responsabilidad penal.

3. Los argumentos de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

La cuestión previa planteada por ANESPI 2013 SL es rechazada del siguiente modo: tras señalar que «la persona jurídica sigue un ciclo de vida, comparable al de las personas físicas, con las etapas de nacimiento o constitución, crecimiento y desarrollo, y muerte», la Sección 3ª subraya la falta de concreción del art. 130 CP sobre los presupuestos de la extinción de responsabilidad de la persona jurídica. En efecto, el art. 130.1 CP no contempla la disolución de la persona jurídica como causa de extinción de la responsabilidad criminal. Solo se hace referencia a la disolución en la cláusula anti-elusión del segundo numeral del mismo artículo (art. 130.2 II CP). A partir de ahí, defiende que hay que recurrir a la normativa societaria para poder determinar con qué acto jurídico-mercantil puede equipararse la muerte de la persona jurídica, realizando una exégesis de las «fases de la muerte civil de una sociedad». Así, lleva a cabo un análisis de las instituciones jurídico-mercantiles de disolución (arts. 360 ss. LSC), liquidación (arts. 371 ss. LSC) y extinción (arts. 395 ss. LSC).

En relación con la disolución, hace hincapié en que esta no supone necesariamente el cese de la actividad social, pues la sociedad disuelta puede volver a la vida activa siempre que haya desaparecido la causa de disolución, el patrimonio contable no sea inferior al capital social y no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios (art. 370 LSC)³. Así, incluso en caso de disolución voluntaria, la sociedad disuelta puede volver a ser reactivada. En cuanto a la fase de liquidación, recuerda que la sociedad conserva su personalidad jurídica y, en consecuencia, puede seguir actuando en el tráfico jurídico como sociedad en liquidación (art. 371.2 LSC). Por último, la extinción pone punto final a la personalidad jurídica.

De este marco normativo, la Sección 3ª deduce que la muerte de la persona jurídica no puede identificarse en ningún caso con su disolución en los términos de la Ley de Sociedades de Capital. El argumento se basa en la reversibilidad de la disolución y la continuidad de la actividad social durante la fase de liquidación. Así, «la muerte civil de una sociedad no se produce con la disolución, puesto que la sociedad puede reactivarse o revivir o transformarse, sino con la extinción». En otras palabras: como la disolución no supone el cese de la actividad, no puede extinguir la responsabilidad penal. De este modo, el cese de la responsabilidad penal de la persona jurídica sólo tendría lugar una vez otorgada e inscrita la escritura pública de extinción (art. 395.1 LSC). La muerte se produciría realmente con la extinción de la sociedad y no con su disolución, pues es en aquel momento cuando la sociedad deja de existir a todos los efectos. En este sentido, en relación con la pena de disolución (art. 33.7 b) CP), señala que esta «sí equivale a una muerte civil, por cuanto que la sociedad se extingue, de manera que las operaciones liquidatorias tienen carácter instrumental y coercitivo, y ya no se realizan en nombre de la sociedad, sino en ejecución de la sentencia judicial por los liquidadores nombrados por el juez y bajo su supervisión».

En definitiva, la Sala defiende una interpretación del art. 130 CP según la cual la situación jurídico-mercantil que produciría el cese de la responsabilidad penal de la persona jurídica sería

³ Quedan al margen de esta posibilidad los casos de disolución de pleno derecho (art. 370.1 LSC).

la extinción, en los términos expuestos en la Ley de Sociedades de Capital. En consecuencia, al no constar la inscripción de un acuerdo extintivo, la cuestión previa es desestimada y la sociedad ANESPI 2013 SL acaba siendo condenada.

4. La posición mayoritaria en la jurisprudencia

La posición de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional supone un claro alejamiento del criterio adoptado por las escasas resoluciones existentes sobre esta materia.

En cuanto a la misma Audiencia Nacional, el Auto de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal 422/2021, de 15 de julio (ECLI:ES:AN:2021:5956A) acoge un criterio diametralmente opuesto. En este supuesto, la Abogacía del Estado, con adhesión del Ministerio Fiscal, recurrió la expulsión del proceso de una mercantil al haber sido disuelta mediante auto por un Juzgado de lo Mercantil en el marco de un procedimiento concursal. De hecho, los argumentos del recurrente se basan en la tesis sostenida en la sentencia comentada: como la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica durante la fase de liquidación, únicamente con la extinción cesaría la responsabilidad penal. Así, la disolución de la sociedad no puede implicar la extinción de su responsabilidad penal.

Pues bien, la Sección 4ª de la Sala de lo Penal rechaza este argumento aduciendo que la tesis de la Abogacía del Estado consiste en recurrir a «normativa extrapenal, perteneciente a otros órdenes jurisdiccionales, orillando la específica normativa penal, de aplicación preferente al caso sometido a debate». Considera que la postura del recurrente lesiona los principios de legalidad y seguridad jurídica, ya que implica una interpretación extensiva y analógica contraria art. 4.2 del Código Civil⁴. Señala, en definitiva, que no es necesario acudir a la normativa extrapenal, puesto que los arts. 130.2 y 33.7 b) CP ya se ocupan de ofrecer un marco normativo suficiente. De este modo, descarta el recurso a la regulación jurídico-mercantil, afirmando la primacía del ordenamiento penal. A continuación, razona de la siguiente manera: el caso no encaja en un supuesto de «disolución ficticia, aparente o encubierta». Ergo, debe considerarse extinguida la responsabilidad penal a causa de la disolución de la sociedad. Esto es, considera que el reverso de la cláusula antielusión del art. 130.2 II CP es la disolución real y efectiva de la persona jurídica. Así, constatada la declaración judicial de disolución, desestima el recurso y confirma la expulsión de la mercantil del proceso.

La misma Sección 4ª acoge este criterio en su Auto 246/2019, de 30 de abril (ECLI:ES:AN:2019:3420A), donde afirma igualmente, sin recurrir a normativa extrapenal, que la disolución real y efectiva de la persona jurídica produce la extinción de responsabilidad penal de la persona jurídica. No obstante, ya señala que la terminología utilizada por el legislador en el art. 130.2 II CP «induce a confusión al equiparar disolución con extinción de la personalidad jurídica».

En relación con la jurisprudencia menor, también resulta clara la oposición con la novedosa tesis sostenida por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En efecto, los pronunciamientos de las diversas Audiencias Provinciales acogen la tesis según la cual la disolución real y efectiva de la persona jurídica produce el cese de su responsabilidad penal. Por ejemplo, la SAP Castellón (Sección 1ª) 224/2021, de 7 de julio (ECLI:ES:APCS:2021:324), en

⁴ Art. 4.2 CC: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

relación con el art. 130.2 II CP afirma: «ninguna consecuencia prevé para el caso de que la disolución no sea encubierta o meramente aparente sino real, por lo que en un principio podría interpretarse que en estos supuestos la disolución de la persona jurídica extingue su responsabilidad». En el mismo sentido, la SAP Gipuzkoa (Sección 1ª) 77/2017, de 7 de abril (ECLI:ES:APSS:2017:338) sostiene que «no se menciona expresamente la disolución real de la sociedad como causa de extinción de la responsabilidad criminal, aunque parece equipararse dicha disolución real a la muerte de la persona física, contemplada como causa de extinción de la responsabilidad criminal en el primer ordinal del art. 130.1 CP, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal»⁵.

Así las cosas, en síntesis, la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional opta por una interpretación que integra el art. 130.2 II CP con la normativa societaria, afirmando que el acto jurídico-mercantil que tiene eficacia extintiva de responsabilidad penal para la persona jurídica es la extinción. Por otro lado, conforme la tesis mayoritaria, sostenida por la Sección 4ª de la Audiencia Nacional y la jurisprudencia menor, no es necesario acudir a normativa extrapenal para una correcta aplicación de dicho artículo: la disolución real y efectiva, en oposición a la encubierta o meramente aparente, produce el cese de la responsabilidad penal.

5. El problema

5.1. El art. 130.2 CP

El art. 130.2 CP alude a dos escenarios. En primer lugar (art. 130.2 I CP), hace referencia a las modificaciones estructurales societarias. Según el legislador, los escenarios de transformación, fusión, absorción y escisión no extinguen la responsabilidad penal, que se traslada a la entidad resultante de la operación. Lógicamente, esta norma ha generado un importante debate, ya que la transferencia automática de responsabilidad penal contraviene frontalmente los principios de culpabilidad y personalidad de las penas⁶. En segundo lugar, la norma prevé que la «disolución encubierta o meramente aparente» no tendrá efectos extintivos (art. 130.2 II CP), proporcionando además un criterio para determinar cuándo concurre tal situación⁷. El legislador hace referencia a la disolución fraudulenta, esto es, a la que tiene por objetivo eludir la

⁵ Otros pronunciamientos en este sentido: AAAP Barcelona, Sección 9ª, 522/2024, de 10 de junio (ECLI:ES:APB:2024:8615A); 1216/2023, de 4 de diciembre (ECLI:ES:APB:2023:14238A); 1075/2023, de 23 de octubre (ECLI:ES:APB:2023:13369A); 965/2023, de 26 de setiembre (ECLI:ES:APB:2023:11484A). También AAP Murcia, Sección 2ª, 559/2024, de 11 de junio (ECLI:ES:APMU:2024:1254A); AAAP Gipuzkoa, Sección 3ª, 93/2023, de 17 de marzo (ECLI:ES:APSS:2023:83A); 43/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:APSS:2020:179A) y AAAP Jaén, Sección 2ª, 671/2021, de 13 de octubre (ECLI:ES:APJ:2021:894A); 609/2021, de 21 de setiembre (ECLI:ES:APJ:2021:740A); 509/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:APJ:2020:1132A).

⁶ En este sentido, el ya citado AAN 246/2019, Penal, Sección 4ª, de 30 de abril (ECLI:ES:AN:2019:3420A), FJ 2. Sobre el primer apartado del art. 130.2 CP, entre otros, GOENA VIVES, «Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?», *InDret*, (1), 2022, pp. 236-238; DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia», *La Ley*, (9126), 2018, pp. 3 ss.

⁷ «Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

responsabilidad penal. Esta construcción también es criticada, pues, en puridad, la cláusula antielusiva no se enfrenta a disoluciones encubiertas, sino a una continuidad social encubierta⁸.

Así las cosas, no existen dudas acerca de la naturaleza antielusiva del art. 130.2 CP⁹. Tampoco puede haber dudas sobre el carácter negativo de este precepto: la configuración de la norma no explicita cuándo ha de entenderse extinguida la responsabilidad penal de la persona jurídica. De forma expresa, solamente indica los escenarios en los que no debe considerarse como tal.

5.2. ¿Cuándo muere la persona jurídica?

La divergencia en los argumentos utilizados en las resoluciones comentadas es muy ilustrativa de una evidencia: el carácter negativo del art. 130.2 CP impide dar respuesta a la pregunta sobre cuándo muere la persona jurídica sin un previo proceso interpretativo elaborado. Pues bien, este tiene que partir, necesariamente, del primer numeral del art. 130 CP. Al enumerar las causas que determinan la extinción de la responsabilidad penal, el precepto no distingue entre personas físicas y personas jurídicas. De este modo, *a priori*, todas las circunstancias previstas en el art. 130.1 CP les podrían ser aplicables. No obstante, la muerte (1º) y la remisión definitiva de la pena (3º), la primera por concernir únicamente a las personas físicas y la segunda a penas privativas de libertad, no pueden aplicarse a las personas jurídicas¹⁰. Así, ante la falta de una previsión normativa sobre la «muerte» de la persona jurídica, la causa de extinción de su responsabilidad penal ha de construirse *praeter legem*.

En este sentido, partiendo del carácter negativo del segundo apartado del art. 130.2 CP parece que, si la disolución «encubierta o meramente aparente» no extingue la responsabilidad penal, la disolución real y efectiva sí lo haría¹¹. Esta es la génesis argumentativa de las interpretaciones jurisprudenciales. En efecto, tanto la novedosa tesis sostenida por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la sentencia objeto de comentario como la posición mayoritaria surgen a partir de esta argumentación *a contrario*. Sin embargo, a partir de ahí, las tesis divergen.

Por un lado, la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la jurisprudencia menor reconocen la disolución como el acto jurídico con eficacia excluyente de responsabilidad penal. Sin embargo, es importante señalar que la misma jurisprudencia no proporciona una explicación clara del contenido y significado de la disolución. Por otro lado, ante la necesidad de proporcionar un criterio para designar la situación jurídica con eficacia extintiva de responsabilidad penal, la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no se conforma con la disolución real y efectiva que deriva *a contrario* del art. 130.2 II CP y aplica un

⁸ CIGÜELA SOLA/ORTIZ DE URBINA, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico*, 2ª ed., 2023, pp. 96-97.

⁹ En este sentido, recientemente, SAN 23/2024, Penal, Sección 4ª, de 10 de octubre (ECLI:ES:AN:2024:5221), FJ 8.

¹⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Extinción de responsabilidad penal», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA (coords.), *Memento Experto. Derecho penal económico y de la empresa*, 2016, pp. 196-197.

¹¹ Así lo entiende la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010. En la doctrina, entre otros, GONZÁLEZ GUGEL, «Traslado de responsabilidad penal entre personas jurídicas: la existencia de fraude como requisito para la aplicación del 130.2 CP», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (76-1), 2023, p. 328; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Tema 4: La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DE LA MATA BARRANCO *et al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2ª ed., 2024, p. 210.

filtro normativo perteneciente a otro sector del ordenamiento jurídico. Esto es, construye la respuesta a un problema jurídico-penal tomando como referencia la normativa extrapenal.

6. Algunas reflexiones

6.1. Sobre el carácter «accesorio» del art. 130.2 CP

La controversia expuesta es un buen ejemplo de la tensión existente entre las diferentes formas posibles de concebir la relación del Derecho penal con otros sectores del ordenamiento jurídico. De modo prácticamente unánime, la doctrina se refiere a esta problemática aludiendo al fenómeno de la «accesoriedad». Sin embargo, en mi opinión, la utilización de este vocablo no es, de entrada, conveniente. La principal razón al respecto es que presupone un juicio de valor, a saber, que el Derecho penal depende de otros sectores del ordenamiento jurídico. Más bien, lo que ocurre es que el Derecho penal convive con otras áreas del Derecho y hay que determinar los términos y posibles singularidades de su relación con ellas¹². Además, este vocablo hace referencia a múltiples situaciones¹³ que, seguramente, necesiten un análisis autónomo. En cualquier caso, la interpretación del segundo párrafo del art. 130.2 CP pone de relieve la oposición entre dos puntos de vista enfrentados en cuanto a la asignación de contenido a los términos utilizados por el legislador: la perspectiva teleológica y la visión accesoria del Derecho penal.

Desde una perspectiva teleológica propia del Derecho penal, la decisión acerca del contenido y significado de la causa de extinción de responsabilidad penal debe ser tomada de forma autónoma. Esto es, la construcción jurídica elaborada a partir del texto proporcionado por el legislador tiene que guiarse por la teleología específica del Derecho penal. Así, desde este punto de vista, puede diseñarse un concepto propio de disolución, dotándolo de contenido y significado. Contrariamente, según una concepción accesoria del Derecho penal, la determinación del escenario que produce el cese de la responsabilidad penal debería venir dada por la regulación extrapenal de referencia, en este caso, la Ley de Sociedades de Capital. La oposición entre las dos perspectivas es una cuestión muy compleja que sigue siendo discutida¹⁴.

Pues bien, la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional transita claramente por la segunda vía. Después de analizar el Título X de la Ley de Sociedades de Capital («Disolución y liquidación») concluye que la norma penal debe construirse a partir del concepto jurídico-mercantil de extinción. En definitiva, construye un concepto penal de disolución a partir de las disposiciones normativas pertenecientes a otro sector del ordenamiento jurídico. Por otro lado, ciertamente, podría defenderse que la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la jurisprudencia menor se acercan a la perspectiva basada en la teleología específicamente penal, pues su postura puede acabar conduciendo a la construcción de un concepto propio de disolución orientado a los fines específicos del Derecho penal. Sin embargo, los pronunciamientos existentes no proporcionan una explicación sobre el contenido y significado

¹² En un sentido similar, WAGNER, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts*, 2016, p. 103.

¹³ TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 45.

¹⁴ Al respecto, a título de ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, «La legislación penal económica», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico. Parte general y especial*, 2ª ed., 2023, pp. 55-56; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 57-58; MONTANER FERNÁNDEZ, *Accesoriedad, regulación y derecho penal económico. Una propuesta de teorización desde la regulación del Insider Trading*, 2024, pp. 191-199.

de la disolución. Por el contrario, la jurisprudencia se limita a afirmar que la disolución real y efectiva produce el cese de la responsabilidad penal. No explicita qué debe entenderse concretamente por disolución real y efectiva. De hecho, de un modo un tanto automático, equipara este concepto con el instituto jurídico-mercantil (arts. 360 ss. LSC). Así, puede decirse que, en realidad, la posición mayoritaria también bebe de una visión accesorio del Derecho penal, aunque en menor medida que la sentencia comentada.

En relación con el recurso al Derecho de sociedades, hay que reparar en algo muy importante. Como acertadamente se señala en la sentencia comentada, en Derecho societario, la disolución no implica la extinción de la personalidad jurídica. En efecto, esta figura es el punto de partida de un complejo proceso que sigue con la liquidación y cuyo resultado final es la extinción de la sociedad¹⁵. En este marco, la sentencia sitúa el cese de la responsabilidad penal en la inscripción del acuerdo extintivo (art. 396.1 LSC)¹⁶. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, desde el propio Derecho de sociedades, la determinación del momento en el que se produce la extinción de la sociedad y la pérdida de la personalidad jurídica no es una cuestión pacífica¹⁷. En concreto, existe discusión sobre cuál es la verdadera eficacia de la escritura pública de extinción y su inscripción en el marco del complejo proceso extintivo. Particularmente, se discute si se trata de un instrumento para formalizar una extinción que materialmente ya se ha producido o si es un elemento constitutivo de la extinción societaria¹⁸. En este contexto, la doctrina mercantil señala que la escritura pública es necesaria para la extinción de la sociedad, pero no es suficiente, pues todavía es necesario seguir realizando actos formales y materiales requeridos por la Ley de Sociedades de Capital para concluir el proceso de extinción de la sociedad¹⁹. En realidad, incluso después de la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil, los liquidadores seguirán teniendo facultades en relación con la conservación de los libros y la documentación, así como para liquidar los impuestos correspondientes²⁰.

Así las cosas, la desaparición de la persona jurídica no puede ser vista en términos equivalentes al fallecimiento de una persona física. En consecuencia, acudir a la regulación extrapenal para dar respuesta a la necesidad interpretativa que plantea el art. 130 CP en relación con las personas jurídicas y el cese de su responsabilidad penal no allana el camino. De hecho, seguramente complique aún más la situación. En este sentido, lo anterior confirma que las tesis que promueven la accesoriedad conceptual no necesariamente aportan más seguridad jurídica.

¹⁵ FUENTES DEVESA, «Artículo 360. Disolución de pleno derecho» en GARCÍA-CRUCES/SÁNCHEZ GARGALLO (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, 2021, p. 4916.

¹⁶ «De todo lo anteriormente expuesto, y examinada la documentación aportada por la defensa de ANESPI 2013 SL, al no constar inscrito el acuerdo extintivo, sino la mera declaración de concurso y disolución, no cabe estimar la petición formulada como cuestión previa».

¹⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ, «Sección 5ª. La extinción de la sociedad» en GARCÍA-CRUCES/SÁNCHEZ GARGALLO (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, 2021, p. 5454.

¹⁸ *Ibid.*, p. 5479.

¹⁹ *Ibid.*, p. 5487.

²⁰ *Ibid.*, p. 5488.

6.2. Sobre la confusión terminológica

En realidad, la crítica doctrinal al segundo párrafo del art. 130.2 CP viene a decir que el legislador habría incurrido en una suerte de contradicción teleológica²¹, ya que la relación fin-medio de la norma no sería adecuada. Esto es: la voluntad de extinguir la responsabilidad de la persona jurídica cuando esta pierde su personalidad jurídica se canaliza a través de la referencia a la figura de la disolución. Pero, según el Derecho de sociedades, esta no implica la pérdida de personalidad jurídica. Así, el medio adecuado para cumplir este fin sería la referencia a la figura jurídico-mercantil de extinción, no la disolución. De ahí que existan voces en la doctrina que describan esta situación como un error del legislador, que en realidad quería referirse a la extinción,²² y algunos autores propugnen una modificación legislativa para que la redacción del art. 130 CP incluya una referencia expresa a ella²³.

Lo anterior puede inducir a pensar que la controversia simplemente tiene que ver con una cuestión de etiquetas, a saber, con una confusión entre los términos «disolución» y «extinción»²⁴. De hecho, en el ya mencionado Auto 246/2019, de 30 de abril (ECLI:ES:AN:2019:3420A) de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se hace mención expresa a tal confusión²⁵. Ciertamente, que el Código Penal utilice la palabra «disolución», que evoca a una institución jurídico-mercantil fundamental, puede llevar a pensar que el problema tiene una única solución: trasladar el concepto de disolución previsto en los arts. 360 ss. LSC al art. 130.2 II CP. No obstante, ello no tiene por qué ser así. Es perfectamente posible elaborar un concepto de disolución desde una perspectiva teleológica propia del Derecho penal con tal de definir una situación jurídica con fuerza extintiva de la responsabilidad penal mediante criterios jurídico-penales. En efecto, la construcción de un concepto propio de disolución que entrara en contradicción técnica²⁶ con la concepción jurídico-mercantil podría ser admisible, ya que el término recibiría su contenido y alcance de un contexto normativo y teleológico propio²⁷. Lógicamente, esta posición tiene que partir, al menos, del reconocimiento de un mínimo grado de autonomía del Derecho penal y del Derecho societario en el marco de sus diferentes fines.

6.3. Sobre el mismo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario hacer hincapié en la dificultad que supone abordar una controversia como la que plantea el art. 130.2 II CP desde una teleología propia del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este ámbito, donde reina el desacuerdo en

²¹ Siguiendo a ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935, p. 63, las contradicciones teleológicas aparecen cuando el legislador se esfuerza en perseguir un objetivo pero los medios que utiliza para alcanzarlo son inadecuados.

²² QUINTERO OLIVARES/ALFARO ÁGUILA-REAL, «Disolución de sociedades y extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Almacén de Derecho*, 2021.

²³ En este sentido, GONZÁLEZ GUGEL, *ADPCP*, (76-1), 2023, pp. 365 ss.

²⁴ Sobre las diferencias terminológicas entre el Derecho penal y el Derecho mercantil, ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica», *InDret* (2), 2020, pp. 198-199.

²⁵ FJ 6.

²⁶ ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935, pp. 43-46.

²⁷ LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991, pp. 343-344.

cuanto a su mismo fundamento²⁸ e incluso se discute si está necesitado de respuestas distintas a las que proporciona el Derecho penal de las personas físicas²⁹, las consideraciones teleológicas pueden llegar a ser ilusorias. En efecto, actualmente no es posible responder a las preguntas que plantea la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica recurriendo a argumentos teleológicos. Únicamente será posible si, previamente, se ha adoptado una posición clara sobre el fundamento justificante del art. 31 bis CP. Es imposible determinar en qué momento deja de tener sentido castigar penalmente a una persona jurídica sin tener clara la razón misma de su castigo.

7. Consideraciones finales

La resolución comentada es una buena muestra de las múltiples preguntas que plantea la aplicación judicial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La discusión sobre cuestiones límite en relación con esta materia se sitúa sobre una base tambaleante. En efecto, quince años después de su introducción en nuestro sistema legal, existen notables desacuerdos sobre los fundamentos de la responsabilidad penal corporativa. Asimismo, la controversia comentada tiene importantes implicaciones metodológicas que conciernen al mismo papel del Derecho penal en el seno del conjunto del ordenamiento jurídico.

Dada la poca jurisprudencia que existe al respecto, será necesario estar muy atentos al desarrollo de la incipiente postura adoptada por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a la expectativa de comprobar si encuentra respaldo³⁰. En fin, hay que tener en cuenta que la Sala Segunda del Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado sobre la controversia aquí tratada³¹.

²⁸ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español y algunos cabos sueltos», *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (2), 2023, pp. 2-3.

²⁹ GOENA VIVES, *InDret*, (1), 2022, p. 233.

³⁰ Recientemente, la SAP León, Sección 3ª, 386/2024, de 9 de octubre (ECLI:ES:APLE:2024:1612) ha acogido esta novedosa argumentación.

³¹ Mediante la STS 79/2023, Penal, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:562), el Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 27 de noviembre de 2020 dictado por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En dicho recurso, el Ministerio Fiscal se oponía al sobreseimiento libre respecto de una mercantil con base a un acuerdo de disolución dictado en el marco de un procedimiento concursal. Con todo, la Sala Segunda inadmitió el recurso, pues entendió que la resolución atacada no era recurrible en casación.

¿Insolidarios o cómplices? Un problema de comisión por omisión

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 771/2024, de 13 de septiembre

Miguel Arquerons Murcia
Abogado penalista
miguel.arquerons@filslegal.com

—

1. Hechos y antecedentes procesales

La Sentencia del Tribunal Supremo 771/2024, de 9 de septiembre¹, reabre el debate sobre la figura de la comisión por omisión y la amplitud de las posiciones de garante en virtud del artículo 11 de nuestro Código Penal. Procede preguntarse, «¿mata el policía que no impide un homicidio?; ¿y el marido que no socorre a su mujer cuando a esta le sobreviene un infarto?; ¿y el conductor imprudente que no conduce al hospital al peatón al que ha atropellado?; ¿y el oficial de cumplimiento que no dio importancia a la denuncia de las condiciones inseguras que terminaron con la muerte del trabajador?»².

Como preámbulo del problema bastará indicar lo siguiente: el Código Penal español dispone de dos categorías básicas de omisión, de un lado, las omisiones propias, del otro, las omisiones impropias. La primera, esto es, los delitos de omisión propia –el artículo 195 (omisión del deber de socorro) y el artículo 450 (omisión del deber de impedir delitos)– llevan aparejada una pena de multa en la mayoría de los casos y se fundamentan en una lesión de deberes de solidaridad³. En cambio, en la segunda categoría (los delitos de omisión impropia) se imputa un resultado al omitente que no lo ha evitado *como si lo hubiera causado* –por la vía del artículo 11–, a la misma pena que al sujeto activo del delito, entendiendo que el omitente *ha participado* en el delito ajeno (o, incluso, que lo ha realizado a título de autor).

Los autores de una omisión propia serán considerados insolidarios, en cambio, los autores de una omisión impropia serán juzgados como autores o cómplices de un hecho delictivo. El problema no es sencillo, dado que «nos movemos en el terreno de la excepcionalidad y de la delgada línea que separa la atribución especial de responsabilidad por las consecuencias de los

¹ STS 771/2024, Penal, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4451).

² LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Lección: los delitos de comisión por omisión: fundamento de las posiciones de garantía», *Almacén de Derecho*, 2017 (disponible en: <https://almacendederecho.org/leccion-los-delitos-comision-omision-fundamento-las-posiciones-garantia>).

³ SILVA SÁNCHEZ, *Estudio sobre los delitos de omisión*, 2004.

deberes generales de solidaridad»⁴. Al respecto una parte de la doctrina ha señalado que «lo único seguro en los delitos impropios de omisión es que no hay nada seguro»⁵.

1.1. Hechos objeto de enjuiciamiento

Los hechos probados de la Sentencia son los siguientes: Indalecio y Adolfinia fueron a recoger a la estación de autobuses de Santander a Socorro, hija biológica de Adolfinia, que había acudido a pasar el fin de semana con su madre y el compañero sentimental de ésta. A continuación, los tres fueron a dar un paseo, consumieron algunas bebidas alcohólicas y acudieron al hostel en el que se alojaba la pareja, donde estuvieron comiendo y bebiendo durante horas.

Durante la madrugada, Socorro empezó a encontrarse mal estando mareada por las bebidas alcohólicas ingeridas previamente, por lo que se tumbó en la cama quedando amodorrada. Indalecio aprovechó esta circunstancia para tumbarse junto a ella, desnudarla y atentar contra su libertad sexual.

Adolfinia, madre de la víctima, entró en la habitación mientras se desarrollaba la relación sexual inconsciente, pero no hizo nada por evitar la que misma continuara. Se considera acreditado que podría haber detenido a su pareja, que estaba tranquila y sobre quien tiene capacidad de influencia. Socorro consiguió zafarse de Indalecio a las 4 a.m., abandonando inmediatamente el hostel y recabando el auxilio de los moradores de un bajo, quienes avisaron a la Policía Nacional.

1.2. Resumen de las sentencias de instancia y apelación

La Audiencia Provincial de Santander condenó a Indalecio como autor de un delito de agresión sexual a la pena de 8 años de prisión y a una indemnización de 12.000€ en concepto de responsabilidad civil *ex delicto*. Por otro lado, Adolfinia –progenitora de la víctima– fue absuelta del delito de agresión sexual en comisión por omisión por el que venía siendo acusada. Sin embargo, fue condenada como autora de un delito de omisión del deber de impedir delitos del artículo 450 del Código Penal a una pena de multa de 2.160€, así como al abono de la mitad de las costas devengadas por la acusación particular.

Ante la Sentencia de la Audiencia Provincial se interpusieron recursos de apelación por la acusación y la defensa, que fueron desestimados por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

2. Fundamentación jurídica

Tanto la defensa como la acusación formularon recurso de casación aduciendo diversos motivos. Únicamente abordaremos en profundidad el argumento de la acusación particular –parcialmente apoyado por el Ministerio Fiscal– al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 11 en relación con el artículo 179 del Código Penal.

⁴ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2006.

⁵ GIMBERNAT ORDEIG, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (50), 1997, p. 7.

2.1. Argumentos presentados por el recurso

La recurrente entiende que la acusada ostentaba una posición de garante derivada (i) de su condición de madre biológica de la víctima y (ii) de la posición de indefensión de Socorro, inconsciente por el previo consumo de alcohol. Por tanto, tenía la obligación de actuar para evitar o limitar el resultado de agresión sexual producido, máxime cuando el agresor –su pareja– se encontraba tranquilo en el momento de los hechos. La postura de indiferencia adoptada (continúa el recurso) equivale a una «silenciosa cooperación, debiendo entenderse el parentesco, independientemente de la edad de la hija, como *generador de una posición de garante*».

El Ministerio Fiscal, por su parte, apoya el recurso con un matiz. Los hechos declaran probado que la condenada presenció la relación sexual cuando esta se encontraba ya iniciada –consumada pero no agotada–, por lo que ésta nunca habría podido evitarla. De esta forma, la acusación pública califica la participación de la progenitora como una complicidad en comisión por omisión, ya que su conducta nunca habría podido impedir el delito sino únicamente dificultar su continuación.

2.2. Fundamentación jurídica de la Sentencia

El Tribunal Supremo aborda el motivo con un breve *excursus* procesal sobre los requisitos para revocar sentencias absolutorias o agravar el pronunciamiento condenatorio en sede casacional, hecho lo cual trata el fondo del asunto.

a) *Doctrina general en la materia*

La Sentencia recuerda el principio general básico en materia de comisión por omisión: «no todo aquel que omite la evitación de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado mediante una acción, sino solo determinadas personas respecto de las que quepa trazar una muy específica relación con el bien jurídico protegido».

A continuación, el Tribunal recoge las condiciones normativas cuya concurrencia cumulativa viene exigida por el artículo 11 del Código Penal para la imputación de un resultado activo *causado* en comisión por omisión. Las condiciones son, alterando el orden y refundiendo algunas condiciones por ser redundantes, las siguientes.

En primer lugar, que el omitente «disponga de un *poder de dominio* sobre algunas de las condiciones esenciales de la verificación del acontecimiento típico».

En segundo lugar, «que se encuentre en una *posición de garantía* normativamente prevista, respecto del bien cuya lesión no ha evitado». En este punto, el Tribunal recuerda dos aspectos relevantes: (i) el deber del que surge la posición de garantía debe tener naturaleza jurídica y no meramente moral o social, (ii) los deberes de evitación derivados de la posición de garantía son específicos, excluyendo así los deberes genéricos de evitación.

En tercer y último lugar, «ha de trazarse una *relación de equivalencia*, según el sentido del texto de la ley, precisa el artículo 11 CP, entre la omisión y la conducta activa para la producción del resultado. Esta equivalencia tiene carácter esencial y se debe apreciar cuando la omisión, en términos valorativos, posee un significado social equivalente a la comisión activa del delito».

b) *Aplicación al caso concreto*

El Tribunal entiende que sí se da la primera condición –poder de dominio–, por haber quedado acreditado que la condenada podría haber ejecutado una actuación limitativa o impeditiva de la conducta de su pareja sin riesgo propio, ya que el agresor se encontraba tranquilo.

Sin embargo, niega la existencia de una posición de garantía acudiendo a la necesidad de aplicar un «estándar de interpretación estricta de las fuentes de atribución de la posición de garante». A continuación, se refuerza esta idea –de la mano de la mejor doctrina alemana–, al recordar que «el principio de estricta tipicidad obliga a neutralizar lo que algún autor calificó como la “*tendencia de mancha de aceite*”⁶ en la identificación de fuentes de posición de garante, superando el marco descriptivo del tipo». Más adelante se volverá sobre «la mancha de aceite».

El Tribunal se refiere aquí a la necesidad de identificar una norma de derecho positivo que imponga deberes de evitación concretos al omitente. En este caso, la búsqueda de dicha norma generadora de una situación de garante se remite al ordenamiento extrapenal, concretamente, al articulado del Código Civil relativo a los deberes de cuidado de los padres respecto de sus hijos. El tenor literal del artículo 154 de dicho texto legal reza: «Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores (...) Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos».

En este punto la Sentencia entiende que la mayoría de edad de la víctima, unida a una vida independiente y autónoma respecto de la madre, así como la ausencia de enfermedades o discapacidades psíquicas, determinan la inaplicación del artículo 154 del Código Civil. En sus palabras, se trata de «condiciones relacionales y personales de la víctima que impiden observar que su progenitora, al tiempo de los hechos, asumiera una posición de garantía contemplada en la ley respecto al bien jurídico de la libertad sexual de la que Socorro es titular, de modo tal que su lesión, por haber omitido deberes evitativos del peligro, le pueda ser objetivamente imputada como si hubiera ejecutado una acción positiva».

No obstante, y pese a compartir el resultado al que llega el Tribunal, el argumento utilizado no es definitivo. La Sentencia podría haber utilizado otros preceptos del Código Civil para fundamentar la posición de garantía de la condenada respecto de la hija con quien ya no convive, como los relativos al deber de alimentos. En este sentido, los artículos 142 y siguientes del Código Civil establecen la obligación de alimentos –concepto que incluye sustento, habitación, vestido y asistencia médica– entre ascendientes y descendientes sin limitación temporal. Sin embargo, extender el deber de alimentos a la protección de la indemnidad sexual vulnera el principio de estricta tipicidad en la atribución de posiciones de garantía. Además, la Sentencia comentada recuerda que «los deberes de evitación derivados de la posición de garantía son específicos, por lo que, desde el propio sentido literal de la norma, quedan excluidos los deberes genéricos de evitación». Es decir, el deber específico de evitar la muerte del descendiente por inanición no incluye el deber de preservar su libertad sexual.

Finalmente, en relación con la tercera condición, el Tribunal entiende que «los hechos declarados probados tampoco permiten identificar (...) la equivalencia de significado entre la acción omitida y la acción comisiva activa». Más adelante se discutirá detalladamente.

⁶ WELZEL, «Straf- und Strafprozeßrecht», *JuristenZeitung*, (15–5/6), 1960, p. 179.

Por ahora basta comprobar que el Tribunal confirma la sentencia absolutoria respecto de la agresión sexual en comisión por omisión dado que no concurren los dos requisitos esenciales de la misma: (i) la posición de garantía y (ii) la equivalencia estructural entre la omisión y la acción.

3. Algunos problemas técnicos

La mejor doctrina penal ha dedicado buena parte del Siglo XX a la discusión de la comisión por omisión, siendo muchos los problemas suscitados que salen a colación con este caso. En este campo, la discusión del país germano es especialmente relevante por cuanto el artículo 11 de nuestro Código Penal «es una importación netamente alemana»⁷ del § 13 StGB (*Strafgesetzbuch*).

3.1. Las fuentes de posición de garante: la expansión de la «mancha de aceite»

¿Cuándo surge una posición de garantía? El artículo 11 del Código Penal establece, como requisito para cometer un delito en comisión por omisión, el «infringir un especial deber jurídico del autor».

La doctrina alemana de la primera mitad del Siglo XX –siguiendo aquí la explicación de GIMBERNAT– se preguntaba si únicamente los deberes jurídicos podían servir de base a la atribución de una posición de garantía al sujeto omitente o si, por el contrario, un deber moral también podía justificar dicha posición. Los deberes jurídicos –de naturaleza extrapenal– podían provenir del derecho público (labores funcionariales de vigilancia de policía), o del derecho privado de contratos (pacto al que llegan unos padres con quien guarda a sus hijos). Inicialmente, se acogió la primera tesis –tesis del deber jurídico– según la cual únicamente normas plasmadas en el ordenamiento jurídico podían dar lugar a posiciones de garantía.

Sin embargo, la tesis del deber jurídico presentaba algunos problemas en su aplicación práctica. Así, el marido que no prestaba auxilio a su mujer en una situación de peligro –por ejemplo, porque se ahogaba en un lago– podía ser condenado como homicida en comisión por omisión. Sin embargo, cuando únicamente era el novio quien dejaba que su novia muriera ahogada, respondía por la vía de la omisión pura de socorro. La diferencia penológica era abismal, puesto que el novio será castigado con una pena de multa de tres a doce meses, mientras que el cónyuge merecerá una pena de prisión de diez a quince años.

Como respuesta a esta incongruencia, se entendió que «algunas relaciones familiares o interpersonales, aunque en sentido jurídico-privado estricto no dieran lugar a deberes de guarda, podían servir de base a posiciones de garante, que lo decisivo era, *no la existencia, sino la asunción fáctica de la obligación* contractual, que el contrato podía seguir dando lugar a una comisión por omisión aún después de su extinción temporal, o que la posición de garante derivada de contrato podía subsistir aunque dicho contrato fuera civilmente nulo»⁸.

No obstante, surgía aquí el peligro de terminar en el otro extremo: surgía la tentación de considerar que cualquier persona con cierta relación con el bien jurídico afectado, terminaba siendo garante de este. Este entendimiento conllevaba un incremento desorbitado de las posiciones de garante, a lo que WELZEL se refiere con la expansión de la «mancha de aceite»⁹. Por

⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (50), 1997, p. 6.

⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (50), 1997, p. 16.

⁹ WELZEL, *JZ*, (15–5/6), 1960, p. 179.

tanto, con posterioridad a la 2ª Guerra Mundial la mayor parte de la doctrina¹⁰ volvió a pronunciarse a favor de la teoría del deber jurídico, es decir, que únicamente deberes normativos estrictamente previstos podían fundamentar una posición de garantía, pero no deberes morales.

El Tribunal Supremo español, consciente del peligro, se decide por esta última interpretación, citando textualmente la expresión de WELZEL en sus fundamentos jurídicos para descartar la fundamentación de la posición de garantía de la progenitora en un deber moral¹¹.

3.2. La equivalencia estructural: un problema sin resolver

El segundo problema de fondo puede formularse de la siguiente manera: ¿la infracción de un deber de garantía es una condición suficiente para imputar el resultado doloso no evitado y, por tanto, ser autor de un delito en comisión por omisión? En otras palabras, ¿la equivalencia estructural entre acción y omisión deviene automática cuando quien omite estaba normativamente obligado a actuar?

Aquí, de nuevo, surgen dos posibilidades, resultando un campo interesante por la diferencia de pareceres mayoritarios entre España y Alemania.

La primera tesis entiende que los delitos de omisión impropia vienen a ser delitos de omisión propia cualificados por la infracción de una posición de garantía¹². Así, según GIMBERNAT, «de acuerdo con la doctrina dominante [en Alemania], el criterio diferenciador entre la omisión impropia y la propia residiría en que, mientras que en la primera el omitente tiene una posición de garante, porque en virtud de un deber jurídico (extrapenal) de actuar garantizaría frente a la sociedad la integridad del bien jurídico lesionado, en la segunda el omitente se encontraría desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión»¹³.

Esta tesis tiene a su favor el tenor literal del artículo 11 de nuestro Código Penal: «se equiparará la omisión a la acción: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar». Parece que, *de lege lata*, no cabe discusión.

La segunda tesis –más restrictiva que la primera–, en una de sus formulaciones, sostiene que «solo se puede admitir equivalencia entre omisión y comisión activa cuando la omisión misma, desde la perspectiva normativa, es la que crea un peligro antes conjurado, pero ahora descontrolado por la omisión, o bien la que aumenta un peligro que antes estaba controlado»¹⁴.

En esta misma línea se formuló la tesis según la cual el criterio de equivalencia consiste en la retirada de una barrera de contención del peligro mediante la omisión, es decir, que el garante

¹⁰ Sobre ello, y con ulteriores referencias sobre la doctrina alemana, véase GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (50), 1997, p. 17, n. 36.

¹¹ STS 771/2024, Penal, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4451).

¹² SILVA SÁNCHEZ, *Estudio sobre los delitos de omisión*, 2004.

¹³ GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (50), 1997, p. 11.

¹⁴ LUZÓN PEÑA, «Comisión por omisión: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa», en EL MISMO *et al.* (dirs.), *Actas del II Congreso Internacional de la FICP: Problemas actuales de las ciencias penales*, 2017, pp. 1 ss. –aunque el criterio ya fue defendido en trabajos anteriores desde 1974–.

con su anterior compromiso específico de actuación ha colocado una barrera de contención y con su omisión la retira¹⁵.

Esta segunda tesis es la que ha recibido una acogida mayoritaria en nuestra jurisprudencia, como se desprende de la Sentencia objeto de comentario: «dicha equiparación estructural o material no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero».

A continuación, se explica la razón: «Insistimos, solo puede ser equivalente a un delito de acción aquella omisión impropia de la que pueda decirse que, de alguna manera e igualmente con seguridad, ha causado o cocausado el resultado típico. Tomándolo prestado de un destacado penalista de nuestro país, “*únicamente existe una comisión por omisión dolosa cuando el encargado de vigilar un foco de peligro preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza intencionalmente condicionando dicho foco con toda seguridad el resultado típico*”». El destacado penalista citado por el Tribunal no es otro que el propio GIMBERNAT¹⁶.

Por tanto, se puede concluir que la existencia de una posición de garantía es condición necesaria pero no suficiente para la imputación objetiva del resultado en calidad de comisión por omisión.

Sin embargo, la jurisprudencia utiliza criterios dispares para entender que concurre la equivalencia entre acción y omisión requerida por el artículo 11 del Código Penal. Existen, fundamentalmente, dos posiciones, la primera más concesiva y la segunda más exigente.

La primera entiende que la omisión es equivalente a la acción cuando el omitente podía haber evitado el resultado. Así, una reciente Sentencia que acoge este criterio se pronuncia en el siguiente sentido «para que proceda la aplicación de la cláusula omisiva del artículo 11 CP es preciso (...) que se haya omitido una acción que se encuentre en *relación de causalidad hipotética* con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado “equivalga” a su causación» (la más reciente en este sentido es la STS 88/2024, de 29 de enero¹⁷).

La segunda posición –como decíamos, más exigente– sostiene que «esta equivalencia (...) se debe apreciar cuando la omisión, en términos valorativos, posee un *significado social equivalente* a la comisión activa del delito» (STS 771/2024, de 13 de septiembre¹⁸).

No obstante, el Tribunal Supremo únicamente ha analizado la posible equivalencia estructural tras determinar si el omitente era o no era garante. No existe jurisprudencia reciente del alto Tribunal en la que, tras afirmar la existencia de una posición de garantía, se descarte la responsabilidad por falta de equivalencia estructural. En este sentido, posibles casos futuros podrán deparar un análisis más detallado de este segundo requisito por parte de la jurisprudencia.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986.

¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, 1994.

¹⁷ STS 88/2024, Penal, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2024:637). Dicha Sentencia trae causa de otras en el mismo sentido, entre otras, STS 758/2018, Penal, de 9 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1073).

¹⁸ STS 771/2024, Penal, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4451).

4. Conclusión

En conclusión, la Sentencia acoge criterios de interpretación restrictivos sobre la aplicación del artículo 11 del Código Penal en un doble sentido. En primer lugar, por entender que únicamente deberes positivizados dan lugar a una posición de garantía y rechazando posiciones ampliatorias –de forma muy coherente con la literalidad del artículo 11–. En segundo lugar, por entender que la equivalencia entre acción y omisión se da únicamente cuando el significado social de la omisión es idéntico al de la omisión. Este segundo punto no se sigue el tenor literal del artículo 11, según el cual la equivalencia se produce automáticamente si el omitente es garante.

Esta aparente incoherencia puede explicarse parcialmente por criterios de merecimiento de pena y de incorporación incompleta del artículo § 13 StGB (*Strafgesetzbuch*) a nuestro ordenamiento. Así, el Tribunal Supremo aplica la figura de la comisión por omisión con mayor facilidad cuanto menor es la pena, como puede verse de forma prácticamente unánime en la jurisprudencia reciente¹⁹. En este sentido, el precepto germano permite una atenuación facultativa de pena para los casos de comisión por omisión respecto de la comisión activa, posibilidad inexistente en nuestro ordenamiento. Ante la disyuntiva de «o todo o nada», nuestro Tribunal Supremo prefiere considerar como insolidario a quien podría ser cómplice.

¹⁹ En sentencias recientes que debaten sobre la comisión por omisión:

- (i) Se condena por el artículo 450 o se absuelve en los delitos que llevan una pena grave aparejada. STS 782/2024, Penal, de 19 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4505); STS 771/2024, Penal, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4451); STS 88/2024, Penal, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2024:637).
- (ii) Se condena por el artículo 11 en los delitos con pena menos grave o leve. STS 168/2024, Penal, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:1293) y STS 411/2023, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2486) –en este último caso, la levedad de la pena deriva de otros motivos–.

Recensiones:

Recensión a Daniela GALLEGÓ *et al.* (coords.), *Superar la Corrupción. Horizontes éticos y educativos para América Latina*, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile; Universidad de Los Andes, Colombia; Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2024, 300 páginas, por Eduardo RIQUELME PORTILLA

Recensión a José LEÓN ALAPONT, *La prisión permanente revisable en España*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 689 páginas, por Ángel José SANZ MORÁN

Recensión a Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ, *El error de prohibición en el Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2024, 289 páginas, por Carlos PÉREZ DEL VALLE

-

InDret

1.2025

Daniela Gallego et al. (coords.), Superar la Corrupción. Horizontes éticos y educativos para América Latina, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile; Universidad de Los Andes, Colombia; Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2024, 300 páginas

Eduardo Riquelme Portilla
Pontificia Universidad Católica de Chile
eriquelme@uc.cl

-

La corrupción es una de las preocupaciones más importantes de la opinión pública global. Ella ha superado las barreras de los funcionarios públicos y del cohecho, para adentrarse dando significado a diversas actuaciones de los particulares, desplazando a otros calificativos como fraudes, engaños y abusos. Es que en el presente la transparencia tiene un rol primordial y una elevada ubicación en el catálogo de los valores sociales dominantes, hasta el extremo de influir en la configuración de los espacios de trabajo, que privilegian las paredes de vidrio y las áreas colectivas: todo debe estar a la vista. Y lo que no lo está se tiñe de la sospecha de las «intenciones no manifestadas», de los intereses ocultos y las ventajas indebidas. De esta manera, el horizonte de lo que se puede entender por corrupción se ha ampliado tanto como el deseo de transparencia y de exposición de las razones y fundamentos de las decisiones. Esto es positivo, por supuesto, pero todo exceso trae consecuencias negativas, incluso el de transparencia. Pensemos en las negociaciones políticas, tan necesarias para alcanzar acuerdos, que a su vez son imprescindibles para que los países avancen. Una negociación política implica ceder y reconsiderar los intereses de los participantes, con un vértigo y dinámica distinta del debate ante la opinión pública, del que se nutre, por cierto.

En América Latina hemos sufrido el flagelo de la corrupción de forma muy sostenida. Las causas en buena medida son históricas. Se trata de sociedades con una segmentación social acentuada, en las que los círculos de poder son pequeños (quizás en todas partes es igual), con sistemas políticos débiles, sanciones penales bajas (esto está cambiando) y una consideración de que «todos hacen lo mismo», entre otros múltiples factores. Por esta razón, resulta tan valioso el esfuerzo de tres importantes universidades de la región: la Pontificia Universidad Católica de Chile; la Universidad de Los Andes de Colombia y el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México. La obra de estas casas de estudio, que lleva por título *Superar la corrupción. Horizontes éticos y educativos para América Latina*, es una colectánea que cuenta con once artículos, divididos en tres partes, conforme veremos a continuación.

La primera parte, que consta de tres artículos, se titula «La corrupción: problema social, político e institucional». El primero de ellos, a cargo de Gustavo PEREIRA, aborda el tema de la «Corrupción como patología social: perspectiva para su combate». Este trabajo se remonta a MAQUIAVELO, quien indica el autor fue probablemente de los primeros que usó el término *corruzione*, en la acepción vigente en la actualidad (p. 12). Aunque pudiera ser efectiva esta afirmación, la preocupación pública por este flagelo no comenzó en el siglo XV: ya CICERÓN, en sus famosos discursos «Verrinas» y «Catilinas», denunció ciertas prácticas corruptas, en el siglo I a.C,

precisamente como casos de graves patologías sociales. Respecto de estas, de las que la corrupción sería un caso particular, afirma el autor que «son provocadas por una transformación inadvertida de las creencias de los individuos afectados que se desempeñan en un contexto práctico, distorsionando la interpretación del sentido de este último» (p. 13). Enseguida PEREIRA sostiene que la corrupción en Latinoamérica se relaciona con el «malinchismo» que, según la Academia Mexicana de la Lengua, señala, correspondería a la actitud de «apego a lo extranjero con menosprecio de lo propio», lo que explicaría «los sentimientos de vergüenza y de inferioridad (...) que, en forma no completamente consciente, lleva a la persistencia de la corrupción» (p. 18). Este planteamiento creo que superpone el efecto de esta patología social (inferioridad, vergüenza), con sus causas, que más bien están en la estructura social y jurídica de la sociedad en cuestión. En el segundo artículo, Carlos CERDA analiza la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de la ONU, que en su meta 16.5 incluye «Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas». El trabajo explica detalladamente la evolución que ha tenido este desafío en el sistema internacional, hasta llegar a la referida meta para el año 2030. El propósito de «reducir considerablemente» la corrupción parece razonable, pues desgraciadamente su eliminación puede ser un fin pero no una meta, pues ella sería utópica. Incluso, la «reducción considerable» es difícil que acontezca, dado que cada vez son más las conductas que caen bajo la denominación de corrupción. De hecho, en el pasado cercano se entendía que la corrupción correspondía propia y casi exclusivamente al cohecho o soborno, pero hoy no: múltiples conductas son calificadas de este modo, hasta la evasión tributaria, en ciertos casos. La propia meta así lo entiende al consignar que ella aborda «la corrupción y el soborno», lo que implica que este es solo un tipo de aquella, que posee hoy un contenido mucho más vasto y en expansión: la corrupción, de este modo, crece más y más. Finalmente, la primera parte concluye con el aporte de Bonnie PALIFKA, que se titula «(Re)descubriendo la ética en la anticorrupción». Este trabajo enfatiza que el incentivo más importante para el combate a la corrupción está en la ética individual, sobre la base de los valores sociales predominantes, sin los cuales las campañas anticorrupción y reformas políticas tendrán poco éxito. Conuerdo plenamente. Empero, en los tiempos que vivimos el relativismo ético ha mellado el discurso público de la virtud.

La segunda parte del libro se denomina «La integridad: alcances y límites», y consta también de tres artículos. El primero, a cargo de Wilson HERRERA, lleva por título: «Defensa de una concepción no heroica de la integridad moral». Este trabajo podríamos decir que profundiza en la temática abordada por PALIFKA. Entiende el autor que la integridad «no solo es un rasgo inherente a la autonomía moral de las personas, sino también una virtud social» (p. 97), aunque frágil dado el carácter de las personas (p. 101). Conuerdo. Los seres humanos somos débiles y además bastante hipócritas: criticamos con dureza cuando otro comete una falta, y tanto más si es un político, pero nos deshacemos en justificaciones y matices si se trata de un cercano o de nosotros mismos. La integridad, honestidad, honradez, junto a una diversidad de valores similares, deben ser inculcados, hasta conformar un «entramado» ético individual, pues ninguno de esos valores se sostiene aisladamente, solo de este modo se puede aspirar a «construir» las virtudes sociales. Desde esta perspectiva, entendemos y compartimos el trabajo de Mauricio CORREA que lleva por título «Difícil integridad». El autor analiza la coherencia y el actuar en conciencia (p. 121), señalando que «la integridad representa el acuerdo moral con uno mismo de tal manera que la persona se mantiene de una sola pieza, completa, en el fondo íntegra» (p. 122). En KANT, indica CORREA, la integridad adopta la forma de «buena voluntad», que la representa como «la de un agente racional que no solo obra cumpliendo su deber moral, sino que lo hace también por deber o por el deber en sí mismo» (p. 126). En este orden de ideas, el articulista indica –refiriendo a KORSGAARD– que «no hay integridad moral posible sin este respeto irrestricto

a la dignidad, a la humanidad en sí misma, que es el deber máximo de una buena voluntad» (p. 127). Este interesante trabajo, que repasa las concepciones clásicas de la ética, es complementario, me parece, del que sigue, que lleva por título: «Cultura de la integridad y ética profesional», a cargo de Rafael SILVA. Digo que es complementario porque en él se concretan los enunciados analizados por Mauricio CORREA, con un acercamiento a los mandatos de comportamiento propios de los catálogos deontológicos de las profesiones, aunque el modo que propone SILVA para su construcción puede ser discutible, según veremos más adelante. Podemos afirmar que no habrá nadie (salvo algún cínico o nihilista) que dude de que la probidad, la honradez, la honestidad, etc. son valores, que deben ser practicados, y que su negación, la corrupción, es un mal individual y social, el punto está en cómo promover estos valores. Y la respuesta, pareciera va por el lado de la cultura y la ética de las profesiones. En lo personal, he trabajado esta línea tanto en mi tesis doctoral (*El cohecho parlamentario*, 2019) como en un texto posterior (*La ética del político*, 2023). La cultura de la integridad, concluye SILVA, «tiene que ver, más fuertemente, con la construcción de un robusto carácter moral de las personas fruto no de una disciplina moral lograda por medio de códigos y reglas morales fijas sino, más bien, de un ejercicio de su libertad de pensamiento –desarrollado a partir de un fortalecimiento de su capacidad de pensamiento crítico– que les permita construir para ellas mismas y para las demás una vida que valga la pena ser vivida» (p. 157). El problema que avizoro, si entiendo bien, está en que lo «íntegro» para este autor dependería de cada cual, lo que implicaría que un grupo de anarquistas podría entender que es expresión de su integridad el robar un banco para conseguir recursos que les permitan seguir en la lucha. Personalmente estimo que sin un ancla, «sin códigos y reglas morales fijas», en definitiva, si dejamos todo al libre arbitrio y al pensamiento crítico, ¿cómo podemos reprochar al policía o al político que acepta un soborno, si para él es normal porque todos lo hacen? Si estamos en una crisis moral en este tópico, como reconoce SILVA, es precisamente porque se ha aceptado en la sociedad, particularmente en los que actúan corruptamente, un cierto modo de hacer las cosas que debe ser combatido. Para ese combate, el pensamiento crítico de esos mismos agentes, me temo, no tendrá mucha eficacia. Por lo mismo es tan importante la educación, que supone un conjunto normativo básico a inculcar y difundir. Sobre esto versa la tercera parte de la obra.

En efecto, la parte final de la obra se titula: «La integridad: horizontes educativos», y consta de cinco artículos. El primero de ellos, «Ética cívica y educación pública, claves en la lucha contra la corrupción política», a cargo de Miguel Ángel POLO, se adentra en el análisis de la corrupción política, que entiende el autor se vincula con «el mal uso de los bienes públicos por parte de funcionarios, asesores, ministros, organizaciones políticas, congresistas, gobernadores y presidentes de la república», quienes, «para obtener beneficio personal o grupal (especialmente dinero y privilegios), crean alianzas mafiosas con otras personas y grupos, de ese modo pervierten el sentido de la acción política» (p. 163). Esta idea de la corrupción política estimo mezcla el contenido de esta clase de corrupción con la corrupción pública. La interacción entre la corrupción pública y la corrupción política se asemeja a dos círculos que se intersecan: hay un área de corrupción público-política, pero no toda corrupción pública es política ni viceversa. Hay corrupción exclusivamente política en aquellos casos en que un político que no es funcionario público, por ejemplo, el presidente de un partido, pervierte su rol, vendiendo las nominaciones para ser candidato al parlamento. Y será exclusivamente pública, aquella corrupción que involucra a un funcionario público que no tiene o desempeña ningún rol político: el policía que se deja sobornar. En cambio, será corrupción público-política la que implica a un político que a la vez tiene la calidad de funcionario público (parlamentario, ministro). Esta distinción es necesaria porque el espacio de actuación en riesgo permitido de los políticos es más amplio que el de los funcionarios públicos que no lo son. Pensemos en la libertad que tiene un parlamentario

para votar una ley del modo que le plazca, sin necesidad de justificar su decisión, a diferencia de un funcionario público, que debe tener fundamentos para cada decisión que adopta, sin que esa mayor libertad del parlamentario le permita vender su voto, por supuesto. Estas distinciones me parece que son necesarias de cara al llamado en favor de la ética cívica que realiza POLO (p. 168). Su planteamiento se engarza con el trabajo de Pablo AYALA, que titula su texto de forma provocadora: «La libertad de mentir». En síntesis, en este interesante trabajo el autor razona que el engaño y la mentira forman parte («mueve los hilos», en sus palabras) de la sociedad capitalista contemporánea, y que por tanto se debe buscar más que la sanción, la convicción y la responsabilidad moral. Hasta donde entiendo, esto implica un juicio de consciencia y un reproche social a esta clase de comportamientos. AYALA centra su análisis en fenómenos del contexto educativo, donde más palmariamente esta clase de conductas deben ser erradicadas. En esa línea, acerca de la integridad en el ámbito de la educación (más que la educación hacia la integridad), se inscribe el trabajo de Daniela GALLEGÓ, bajo el título: «Horizontes éticos para el fortalecimiento de una cultura de integridad académica en la universidad». Este artículo se centra directamente en el fraude académico, tal como el que sigue, a cargo de Jaqueline del Carmen JONGITUD, que lleva por título: «Corrupción académica en la educación superior, una mirada desde el campus». Este llamado a la ética en el ámbito universitario también debe comprender a los profesores pues, al igual que en el ámbito de la corrupción público-política, las desviaciones de las «autoridades» son el principal incentivo para que los «dirigidos» acometan esa misma clase de comportamientos: no hay mejor lección moral que la coherencia entre la conducta y el discurso, la unidad de vida, en definitiva. Esta es la perspectiva que adopta el aporte de Juny MONTOYA: «Ética del profesor e integridad académica en el aula».

No cabe sino felicitar el esfuerzo de estas tres prestigiosas universidades, y al conjunto de autores que han dado forma a esta interesante obra, inédita tanto por el concurso de casas de estudio de diversos países, como por el amplio grupo de académicos de múltiples disciplinas. Este trabajo colectivo es expresión de que el «tema» de la corrupción, que antes era abordado casi exclusivamente por el Derecho Penal, pues correspondía a un conjunto de meros delitos, en el presente se considera propiamente como una patología social de primer orden, que excede sobradamente el ámbito de lo criminal.

José León Alapont, La prisión permanente revisable en España, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 689 páginas

Ángel José Sanz Morán
Universidad de Valladolid
ajsanz@uva.es

-

Cuando van a cumplirse diez años de la incorporación a nuestro Código Penal de la pena de prisión permanente revisable (en adelante, PPR), sometida desde entonces, como es notorio, a vivo debate, ve la luz esta extensa monografía del profesor LEÓN ALAPONT, en la que se da cumplida cuenta de los muy diversos aspectos implicados y ello desde una perspectiva que cabe calificar como minoritaria en la doctrina penal española, al manifestarse a favor, con los matices que se indicarán, de la nueva sanción.

Precedida de un ponderado Prólogo (pp. 17-22), a cargo de quien ha sido en estos últimos años el Presidente de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo, D. Manuel MARCHENA GÓMEZ, la obra se divide en cuatro capítulos, cuyo contenido pasamos a considerar. El primero de ellos, como resulta obligado dada la materia analizada, se ocupa de las «cuestiones de política criminal» que suscita esta novedosa sanción (pp. 25-93). Insiste LEÓN, en primer lugar, en la escasa relevancia del argumento, frecuentemente aducido, de que la introducción de esta pena suponga una vuelta atrás, pues, a su juicio, los precedentes decimonónicos que a menudo se hacen valer, no tendrían nada que ver con ella (p. 30), tratándose, por el contrario, de una pena novedosa «legítima y, dicho sea de paso, bastante razonable» (p. 30). Eso sí, se muestra muy crítico con los argumentos que, en su defensa, ofrece el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo (pp. 31 ss.), llegando a afirmar que «el legislador ha mostrado una enorme torpeza a la hora de justificar las razones político-criminales que le condujeron a adoptar esta pena» (p. 34). Va pasando revista crítica, a continuación, a los distintos argumentos esgrimidos por quienes se oponen a la nueva sanción: estaríamos ante «anomalía democrática» (pp. 37 ss.), ejemplo de «derecho penal simbólico y del enemigo» (pp. 44 ss.), producto inequívoco de la presión de los colectivos de víctimas y los medios de comunicación, en cuanto impulsores de muchas de las recientes reformas penales (pp. 52 ss.), para centrarse finalmente en si la pena que nos ocupa resulta «legítima» y/o «razonable» (pp. 69 ss.).

Ya en este primer capítulo se ponen de manifiesto algunas de las constantes, formales y de contenido, que caracterizan la obra que comentamos. Su autor, consciente de estar en una posición minoritaria dentro la doctrina penal española opera, por así decir, a la defensiva, poniendo el acento en rebatir los argumentos contrarios, más en que defender los propios. Y lo hace con un modo de expresión combativo, que no renuncia a la descalificación, a veces con trazo un tanto grueso, de la opinión contraria. Sin embargo, a la hora de defender la posición propia se limita básicamente a insistir en dos afirmaciones, que apenas encuentran desarrollo ulterior: la adecuación de la pena para salir al paso de delitos especialmente graves y el refuerzo que de ese modo se presta a los bienes jurídicos en aquellos tutelados (p. 79 y *passim*). Resulta particularmente llamativo, en este contexto, que desvincule el autor de esta monografía las decisiones político-criminales que afecten al sistema de penas de «la lógica del incremento o no

de la criminalidad» (p. 71); esto es, de su eficacia preventiva (pp. 73 ss.). Expresado de manera concisa, la legitimidad de la pena vendría de su aprobación por la mayoría parlamentaria, con el único límite de que no sea inconstitucional, rechazando, de manera a nuestro juicio discutible, el papel de una dogmática *de lege ferenda*, como la propuesta por SILVA SÁNCHEZ, con quien polemiza detenidamente en pp. 84 ss. No queda en absoluto claro, en el planteamiento de LEÓN ALAPONT, qué papel corresponde entonces a la reflexión político criminal.

El segundo de los capítulos de la obra, con diferencia el de mayor extensión (pp. 95-410), analiza el régimen jurídico de la pena de prisión permanente revisable. Análisis encomiable por lo que tiene de exhaustivo, pero cuya estructura expositiva convence menos. El capítulo se divide en cuatro apartados. En el primero se exponen pormenorizadamente los antecedentes legislativos (pp. 95-136), de manera básicamente descriptiva y recurriendo a útiles cuadros sinópticos de carácter comparativo (pp. 131 ss.). Ahora bien, dejando a un lado su excesiva extensión, este apartado ofrece, a nuestro juicio, una carencia decisiva, al no hacer hincapié en la inequívoca relación existente, en el *iter* prelegislativo y legislativo analizado, entre la decisión, básicamente política, de introducir la pena de prisión permanente revisable y la obligada reforma, de manera precipitada y técnicamente muy defectuosa, de la regulación de los delitos contra la vida, con el fin de justificar aquella novedosa forma de sanción. Correlación primero entre asesinato y pena de muerte (en LISZT) y, más adelante, entre asesinato y prisión perpetua (en ARTZ), que fue puesta de manifiesto hace ya años, de manera muy precisa, por TORIO LÓPEZ («Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato)», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, 1983, pp. 77-114) y que traíamos a colación –precisamente a propósito de este aspecto central de la reforma penal de 2015, que ahora nos ocupa– tanto PEÑARANDA RAMOS («Delito de asesinato: Arts. 139, 140 y 140 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coords.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, 2013, pp. 485-509), como yo mismo («La reforma de los delitos contra la vida», en MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, 2016, pp. 821-838). Además de ello, fue objeto central de debate en los años que precedieron a la mencionada reforma –y tampoco aparece reflejado en el apartado que comentamos–, el debate monismo/dualismo en relación con el tratamiento de delincuentes especialmente peligrosos de criminalidad grave, como lo prueba el hecho de que al tiempo que se introducía la prisión permanente revisable, se planteó la posible adición de la custodia de seguridad post-penitenciaria, propuesta que no llegó a cristalizar.

Al estudio propiamente técnico de los múltiples aspectos implicados en el régimen jurídico de la prisión permanente se destina el (amplísimo) resto de este capítulo segundo, pero con una sistemática que, como apuntábamos anteriormente, no termina de convencer. Y ello por estas razones. En primer lugar, tras analizar detenidamente, en su segundo apartado, la regulación de la prisión permanente revisable en el Código Penal (pp. 137-323), añade un tercer apartado, bajo la rúbrica «crítica a aspectos concretos de la regulación» (pp. 323-401), donde vuelven a reproducirse la mayor parte de los argumentos y discusiones recogidas en el apartado precedente. Entendemos que hubiera sido deseable ir exponiendo estas críticas al hilo del estudio de los diversos aspectos de la regulación, evitando así enojosas repeticiones. Algo semejante cabe decir de la doble reconducción de los aspectos menos centrales de la regulación, bajo la misma rúbrica de «otras cuestiones», por un lado, al subapartado 10 del apartado segundo (pp. 253-281) y, por el otro, al apartado cuarto del capítulo (pp. 401-410). También aquí parece más adecuado tratar todas las (otras) cuestiones no centrales de manera unitaria al final de capítulo. No nos convence, finalmente, la estructura interna del reiterado apartado segundo, objeto central de la monografía que aquí glosamos. Entendemos preferible comenzar con una caracterización general de la pena

(su previsión en los artículos 33 y 35 CP), estudiar, a continuación, los delitos a los que se aplica la misma y pasar, finalmente, a considerar los pormenores de su régimen de ejecución, centrándose el análisis en los requisitos para el acceso al tercer grado y, ulteriormente, a la libertad condicional (revisión de la prisión permanente revisable, así como revocación de esta; es decir, lo que el legislador denomina –de manera muy discutible– suspensión). A partir de ahí se entraría en aspectos complementarios: pluralidad de delitos, pena inferior en grado, medidas de seguridad, etc. Pero si la sistemática adoptada resulta, a nuestro juicio, cuestionable, hay que reconocer al autor de la monografía que nos ocupa el esfuerzo de exhaustividad –no deja nada sin considerar– y la profundidad con que se abordan todos y cada uno de los problemas que suscita la nueva sanción. Y sin eludir constantes tomas de posición en aspectos conflictivos.

Veamos, de manera sucinta, cuál es el desarrollo seguido por LEÓN ALAPONT en este análisis del régimen jurídico de la prisión permanente revisable. Tras ofrecer (pp. 137-138) un útil cuadro sinóptico del marco normativo, comienza ocupándose con la calificación penitenciaria de los condenados a la reiterada pena (entendiendo, con razón, que la clasificación en primer grado de los condenados a ella «no puede ni debe ser automática», p. 140), para pasar revista, a continuación, a las distintas incidencias del régimen penitenciario: comunicaciones y visitas (pp. 150-152), permisos de salida (pp. 153 ss.), prestando especial atención, dado el papel esencial que cobran en esta pena, al acceso al tercer grado (pp. 165-181) y a la libertad condicional (bajo la rúbrica «revisión de la prisión permanente», pp. 195-253). Cobra importancia central, en este análisis, el significado que deba asignarse al pronóstico favorable de reinserción social (pp. 199 ss.) y al juicio de peligrosidad como elemento nuclear del mismo (pp. 210 ss.). Y no se olvida el autor de las cuestiones procesales implicadas, obviadas por el legislador de 2015 y abordadas sólo en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (pp. 222-223). Se intercala, además, una específica referencia al tratamiento penitenciario (pp. 181-195), insistiendo en que «la existencia de programas de tratamiento adecuados que se dirijan a la rehabilitación de los condenados a PPR resulta de vital trascendencia» (p. 183). Cabría aligerar el texto en este amplio estudio del régimen penitenciario, centrando el análisis en las especificidades de la pena que nos ocupa, sin necesidad de entrar en los problemas comunes a la ejecución de las penas de prisión.

Bajo la primera de las referencias a «otras cuestiones», de las que nos hacíamos eco más arriba (pp. 253-281), se analizan, de manera mucho más sucinta, problemas tan variados como (entre otros muchos) la determinación de la pena inferior en grado, la acumulación de condenas, la prescripción de la PPR y de los delitos castigados con dicha pena o la libertad vigilada post-penitenciaria. Como ya hemos indicado, ninguna de las cuestiones que quepa plantear en relación con esta pena ha quedado fuera de la consideración del autor de la monografía que nos ocupa.

En un trabajo de estas dimensiones, se nos antoja demasiado conciso el estudio de los delitos a los que se aplica la prisión permanente revisable (pp. 281-311). En particular, la importante reforma de los delitos contra la vida humana independiente que originó la introducción de esta pena. Dejando a un lado la relación dialéctica, antes evocada, entre prisión perpetua y asesinato, se echa en falta un estudio más detenido del debate doctrinal y jurisprudencial que está suscitando el nuevo artículo 140 CP, en particular el posible *bis in idem* en la apreciación tanto de alevosía como de especial vulnerabilidad de la víctima o los problemas interpretativos que está planteando la aplicación del art. 140.2 CP, cuyo formulación literal en absoluto coincide con el propósito del legislador, tal y como se desprende del Preámbulo de la LO 1/2015. Es cierto que, en relación con el primero de estos problemas, el autor recoge y comenta (pp. 286 ss.) la importante STS 585/2022, Penal (Pleno), de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351) y su voto

particular, pero obvia, entre otras, las importantes aportaciones al respecto de la profesora ALONSO ÁLAMO (véase sólo «¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial. A propósito de la STS 585/2022, de 14 de junio», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [25], 2023).

Especial interés, por ser una materia no demasiado tratada, suscita el epígrafe destinado a la determinación del límite temporal de la medida de seguridad aplicable en los supuestos de delito sancionado con pena de prisión permanente revisable cometido por inimputable (pp. 311-322), concluyendo el autor que dicho límite vendrá dado por los artículos 92 y 78 bis CP. Es discutible, sin embargo, lo que defiende el autor en el caso de los semiimputables, donde la medida privativa de libertad tendría un límite entre veinte y treinta años, marco de la pena inferior en grado a la de prisión permanente revisable (p. 139), obviando la explícita previsión del art. 104 CP en el sentido de que el límite de duración de la medida lo determina, en tal caso, el de «la pena prevista por el Código para el delito» de que se trate.

Como ya hemos anticipado, se analizan por separado las «críticas a aspectos concretos de la regulación» (pp. 323-401). Al operar el autor de este modo, se ve obligado a reiterar muchos de los argumentos y alegaciones efectuadas en el previo análisis de dicha regulación. Insistimos en que hubiera sido preferible –y se reduciría así de forma notable el volumen de la obra– considerar estas distintas críticas, al hilo de la exposición del régimen legal. En concreto –y refiriéndonos sólo a alguno de los aspectos tratados–, va rechazando que las exigencias para el acceso al régimen abierto o a la libertad condicional sean de imposible cumplimiento o tengan carácter moralizante (pp. 324 ss.). Admite, eso sí, las críticas a la exigencia de condiciones adicionales en caso de terrorismo (pp. 335 ss.). Relativiza la diferencia de los plazos de revisión, en relación con lo que sucede en otros países e insiste en que «la estancia perpetua en prisión de quienes no han evidenciado síntoma alguno de reinserción tiene perfectamente encaje en un Estado democrático» (p. 343). Se hace eco también (p. 360) de las disfunciones que provoca la separación entre las competencias del órgano sentenciador y las del Juez de Vigilancia Penitenciaria, pero recuerda que sucede algo parecido en el ámbito de las medidas de seguridad. Reconoce que, tratándose de una pena tan grave, hubiera sido preferible una regulación específica de la revocación de la suspensión (p. 365), como también entiende necesaria una regulación específica de las penas accesorias de la de prisión permanente revisable (pp. 374-375). Muestra, en fin, de lo dudoso de la sistemática adoptada es que un amplio sub-apartado de éste referido a las críticas a la regulación vigente es la alusión genérica final a «otros», bajo cuyo epígrafe se estudian hasta veinticinco problemas.

Y cierra el capítulo –también lo apuntábamos más arriba– una sucinta consideración de «otras cuestiones» (pp. 401-410), pese a que ya se ha ocupado de «otras cuestiones» a propósito de la regulación vigente (pp. 253 ss.) y de las críticas que la misma ha recibido (pp. 370 ss.). Las que ahora aborda LEÓN ALAPONT tendrían mejor cabida en el capítulo destinado a abordar los problemas político-criminales que suscita la nueva pena.

Como cabe suponer, un peso central en la investigación que nos ocupa se destina al estudio del problema de la constitucionalidad de tan polémica sanción (Capítulo III, pp. 411-629). Dimensiones que, como sucede en otros lugares de esta obra, se deben, en buena medida a que, en lugar de ofrecer una síntesis de argumentos y reseña de sus defensores, el autor recurre a la técnica de reproducir amplios pasajes tomados de los autores cuya opinión recoge. Comienza, en efecto, LEÓN ALAPONT este capítulo con el debate doctrinal (pp. 411-458) entre quienes (doctrina mayoritaria) ponen en duda la constitucionalidad de esta pena, alegando la posible lesión de los

artículos 15 (prohibición de tratos inhumanos), 25.1 (principio de legalidad), 25.2 (mandato de resocialización) u otros, de la Constitución española, y quienes (posición minoritaria) se muestran favorables a la constitucionalidad de esta pena. Analiza, a continuación (pp. 458-502), el debate que tuvo lugar, antes de la reforma penal de 2015, en el seno de los distintos órganos consultivos: Consejo Fiscal, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado y Consejo General de la Abogacía Española. Y, después de una breve referencia a algunos *obiter dicta* críticos, recogidos en sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se centra, como es lógico, en el análisis (también muy amplio) de la STC (Pleno) 169/2021, de 6 de octubre (BOE núm. 268, de 09 de noviembre de 2021) y sus votos particulares, reproduciendo amplios pasajes de una y otros, así como de las reacciones doctrinales posteriores (en particular, la muy crítica de LASCURAÍN). En lo que discrepa LEÓN ALAPONT del Tribunal Constitucional es, precisamente, en la argumentación que éste realiza en orden a salvar, interpretativamente, la constitucionalidad de los apartados 3 (párrafo tercero) y 4 del art. 92 CP (fundamento jurídico 9 b de la sentencia).

En las pp. 580-629 de la obra que comentamos, se expone pormenorizadamente el punto de vista de su autor en relación con esta cuestión. Comienza mostrando la adecuación de la prisión permanente revisable a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la que sólo se apartaría el requisito específico recogido en el art. 92.2, cuando exige, en los delitos de terrorismo, la colaboración activa con las autoridades para acceder a la suspensión de la ejecución del resto de la pena (p. 591). Pasa después a mostrar (pp. 596 ss.) cómo, a su juicio, también se adecúa la prisión permanente revisable a la Constitución española: no es una pena inhumana (art. 15 CE); tampoco vulnera el principio de legalidad (art. 25.1 CE) (la única duda al respecto vendría dada por el inciso final del art. 92.3 CP); es compatible con la resocialización (art. 25.2 CE) y tampoco encontraría problemas desde la perspectiva del respeto a otros principios constitucionales (pp. 614 ss.). Concluye con una referencia al papel de la prisión permanente revisable en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y de otros Tribunales Internacionales (pp. 622 ss.). Y cierra con un argumento cuando menos cuestionable: ya existe en España la cadena perpetua desde el momento en que puede darse el caso de penas no acumulables en concurso real de delitos, de acuerdo con lo previsto en el art. 76.2 CP (pp. 628-9). Pero el problema es si ello resulta legítimo.

El cuarto y último capítulo de la obra que comentamos se ocupa con las propuestas *de lege ferenda* (pp. 631-668), aunque sólo sus últimas páginas recogen las que plantea LEÓN ALAPONT, pues antes se limita a reproducir iniciativas legislativas de distinta índole (pp. 631 ss.), así como algunas propuestas doctrinales (pp. 652 ss.). Las sugerencias del autor ocupan las páginas 658-666, están muy claramente expuestas y se concretan básicamente en la fijación de plazos más reducidos para la posibilidad de la concesión de permisos de salida, así como el acceso al tercer grado y a la suspensión de la ejecución del resto de pena (cfr. el cuadro-resumen de la p. 658) y en la limitación de los delitos para los que se prevé (sólo las formas más «atroces» de atentados contra la vida, especificadas en pp. 659-660). Con carácter complementario habla (pp. 662 ss.) de otros aspectos (hasta once), que deberían ser objeto de reforma y afectan a cuestiones tan diversas como la clasificación de la pena, la cancelación de antecedentes penales, la pena inferior en grado, la libertad vigilada, etc. etc. Y todavía en las pp. 667-668 formula otras posibles alternativas de regulación.

Cierran la obra –si dejamos a un lado los correspondientes repertorios bibliográficos y jurisprudenciales– unas breves conclusiones (pp. 669-671), en las que de nuevo resume su posición en torno a esta pena: no sólo es conforme a la Constitución, sino que también resulta

acertada desde la perspectiva político criminal, como probaría el hecho de que no haya sido derogada. Habría, eso sí, que introducir correcciones y mejoras en el sentido apuntado en las páginas precedentes.

A lo largo de estas líneas hemos ido expresando nuestro parecer en relación con las distintas cuestiones abordadas en esta obra. Se trata de un amplísimo y completo estudio de la pena de prisión permanente revisable, lo que sin duda lo convierte en una obra de referencia en la materia. Ninguno de los problemas que suscita la nueva pena queda fuera de consideración. Y es de valorar asimismo que el autor no rehúya continuas tomas de posición que, casi siempre, le enfrentan con la doctrina mayoritaria, lo que contribuirá a un futuro debate más completo. Los problemas fundamentales que ofrece la obra –hemos insistido en ello– tienen que ver con su estructura y con la forma de redacción. En cuanto a lo primero, hemos visto que la distribución elegida para la exposición de la materia lleva a múltiples repeticiones de argumentos, lo que contribuye, sin duda a la extensión de la obra; a lo que se añade, además, la forma expositiva: se yuxtaponen amplísimos pasajes literales con la opinión de otros autores, o de textos legales o de sentencias, lo que hace premiosa su lectura. Le vendría muy bien, en este sentido, una amplia poda, que no afectaría en absoluto al contenido. Por lo demás, no coincidimos con muchas de las afirmaciones de LEÓN ALAPONT, pero ello es lógico en el debate científico. Eso sí, debería cuidar el autor la forma expresiva, pues en muchos pasajes se manifiesta un cierto menosprecio de la opinión contraria, afirmando la propia, sin embargo, de forma casi apodíctica, como si fuera evidente en sí misma. Y no es infrecuente el uso de un lenguaje casi coloquial. Impresiones personales mías que, en modo alguno, empañan el valor que cobra esta monografía y la valentía con que se defiende en ella un punto de vista discrepante del de la mayoría de la doctrina.

Leopoldo Puente Rodríguez, El error de prohibición en el Derecho penal económico, Atelier, Barcelona, 2024, 289 páginas

Carlos Pérez del Valle
Universitat Abat Oliba CEU-CEU Universities
perezdelvalle@uao.es

-

En el prólogo de la monografía cuya recensión abordo ahora, Enrique PEÑARANDA anuncia –y, como era de esperar, la lectura del texto no hace sino confirmarlo– una obra dogmática que «sirve a la vida» (p. 13). El propio autor, Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ, considera su objetivo «contribuir a una aproximación entre doctrina y jurisprudencia» (p. 30), sin abandonar el «barco de la dogmática» (p. 34). Desde luego, ya la elección del tema implica un empeño plausible, sobre todo por «el escaso uso del error de prohibición» en los tribunales, al que el propio autor apunta. Las voces que, en el Derecho norteamericano, reclaman la aceptación de una «defensa por error de Derecho» para compensar la sobrecriminalización federal son una muestra de la importancia de la cuestión.

En un primer capítulo, aborda el autor el error sobre los elementos normativos del tipo, aunque inicialmente plantea las cuestiones cruciales en el tema del error: por qué la complejidad dogmática de la cuestión (p. 49) y por qué un tratamiento diferente entre error de tipo y error de prohibición (p. 51). Pero el contorno conceptual de los elementos normativos del tipo (pp. 55 ss.) es el presupuesto, que resuelve en la línea apuntada por DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO: no se trata de buscar una «solución general», sino más bien de «precisar (en relación con cada tipo concreto de la parte especial) qué es lo que debe abarcar el dolo del sujeto» (p. 58), aunque «no resulta obvio cuándo un elemento requiere uno u otro tratamiento» (p. 59). Por esa razón, finaliza este capítulo resolviendo tres cuestiones que ayudan a resolver este problema: niega que el tratamiento del error de tipo sea siempre más beneficioso y, por tanto, la trascendencia de la cuestión en relación con los elementos normativos del tipo (pp. 64-65); afirma –después de defender como correcta la inversión lógica respecto al error de tipo (tentativa) y el error de prohibición (delito putativo)– que la suposición falsa de un elemento normativo del tipo sería conceptualmente una tentativa, aunque discute que pueda ser punible y afirma que este grupo de casos no es relevante desde un punto de vista práctico (pp. 67-69); y concluye con la hipótesis –por cierto, de muy probable confirmación– de que la escasa incidencia del error en los elementos normativos del tipo se superaría si se tratara como un error de prohibición (p. 71).

El tema del segundo capítulo es el de las «dudas (objetivamente) irresolubles», que inicia con algunas reflexiones sobre la complejidad creciente del ordenamiento jurídico y la exigencia de conocimiento del Derecho (pp. 77 ss.) y que desarrolla, en primer término, con una crítica a la tesis, que considera dominante en la jurisprudencia, y que diferencia radicalmente entre duda y error (pp. 82 ss.; más adelante, también pp. 141 ss.); y, en segundo término, con la delimitación de cuáles son estas dudas objetivamente irresolubles, y que tiende a considerar normas o interpretaciones todavía no concretadas (p. 88). Precisamente en los casos de duda es donde el autor contempla la posibilidad de un error de prohibición objetivamente invencible (pp. 90-91).

La carga comete entonces a quien dictó normas poco claras y no a su destinatario (p. 94) y, entonces, cuando éste se acoge a una interpretación razonable de la norma, existiría el error de prohibición invencible del art. 14.3 CP (p. 101).

En el tercer capítulo, dedicado a la vencibilidad del error de prohibición en materia económica, tras algunas reflexiones sobre la (discutible) atenuación obligatoria del error vencible (que recoge al final, para mostrar lo que considera innecesaria atenuación de errores burdos, en pp. 130 ss.), sitúa la cuestión en un ámbito normativo y no psicológico (p. 118), en el que importan las razones para dudar y no la constatación psicológica de la duda, y la posibilidad de salir del error empleando medios razonables (p. 123). Aboga el autor, en este punto final, por un escenario que entiende más normativo y menos fáctico: que se haya llegado a una duda objetivamente irresoluble, relegando así la necesidad de acudir a juicios hipotéticos (pp. 123-124). Y añade un examen crítico sobre el criterio del «esfuerzo de conciencia» y a la relevancia del consejo especializado –interno o externo– como fuente de información (pp. 125 ss.), que razonablemente desemboca en reflexiones sobre el deber de informarse sobre el Derecho: PUENTE RODRÍGUEZ desarrolla aquí un interesante discurso sobre su configuración como una carga que, en ningún caso, tendría un carácter absoluto (pp. 136-139). Tras abordar de nuevo, aunque en una nueva perspectiva, la cuestión de las dudas (pp. 141 ss.), entra en la particularidad propia del Derecho penal económico sobre la cuestión y, de forma particular, al examen de las propuestas de transformar, únicamente en ese ámbito, errores de tipo en errores de prohibición, aunque rechace finalmente la posibilidad de «establecer pautas generales» (p. 151).

El capítulo cuarto se dedica al problema que se ha denominado «dictamen comprado», «que tendría como fin principal preconstituir una especie de exención de responsabilidad criminal vía error de prohibición» (p. 157), en la medida que el hecho de que se recabe información especializada constituye un criterio determinante en la invencibilidad del error de prohibición. Tras una propuesta de grupos de casos (pp. 158 ss.) y el planteamiento problemático de la fiabilidad del informe (pp. 160-161), examina las consecuencias de dos posibles soluciones (pp. 163 ss.): la exclusión del recurso al error y la responsabilidad del asesor, donde examina detenidamente las consecuencias y dificultades de que muchos delitos, en el Derecho penal económico, sean considerados delitos especiales.

El penúltimo capítulo se dedica al «objeto de conocimiento» en el error de prohibición, donde adopta ya una posición metodológica concreta: el punto de partida sería el texto del art. 14.3 CP (el «error sobre la ilicitud del hecho», que admitiría diferentes interpretaciones; la elección dependería entonces de las consecuencias de cada una de ellas (p. 193). Añade dos matices: la atención al quantum de la ilicitud, por un lado; que es más bien un presupuesto conceptual; y la interpretación histórica de un precepto, cuyo texto se modificó en el CP 1995 (pp. 193-195). Sigue una exposición de las distintas posiciones sobre el objeto del error (ilicitud moral, ilicitud jurídica general o ilicitud penal, pp. 197 ss.). A estas últimas, y posiciones intermedias que la anticiparían, dedica un espacio particular, puesto que entre ellas se encuentra su opinión personal, que refuerza con argumentos propios (pp. 220 ss.). Finaliza el apartado con una referencia al error sobre la magnitud de la pena, que considera, con carácter general un error «burdo» (p. 243).

Finaliza la obra con la referencia a tres cuestiones concretas («frentes abiertos»), que, en realidad, son aspectos específicos en relación con el objeto del error: por una parte, el error sobre la vigencia espacial de la norma, que considera trascendente (p. 249) como error de prohibición (p. 250); por otra parte, el error sobre la propia posición de garante (pp. 250-256) y sobre el riesgo permitido (pp. 256-264), sobre cuya solución deja abierta una duda.

En primer término, creo necesario hacer una valoración de carácter metodológico, puesto que el orden expositivo es, a todas luces, original. Lo es, en efecto, iniciar el estudio con el examen de la trascendencia del error sobre los elementos normativos y finalizarlo con una indagación sobre el objeto del error de prohibición. No es, desde luego, el orden que podría ser más convencional; pero esto no es en absoluto criticable. Por el contrario, me parece un aporte de extraordinario interés, cuya razón sólo se entrevé en la justificación del autor (p. 31), que parece limitar al Derecho penal económico. PUENTE RODRÍGUEZ intuye más bien –creo no equivocarme– una solución (general) del error de prohibición a partir de la solución sobre los elementos normativos del tipo. Lo digo, no obstante, tal como lo veo: si puede afirmarse que el *topos* de la imputación personal (subjetiva) sobre la prohibición se encuentra en los elementos normativos del tipo, que constituirían una concreción específica de la norma, en tanto orientación de conducta, en la ley penal. No en vano, la reciente crítica de JAKOBS a la teoría estricta de la culpabilidad tiene su primera explicación en la consideración de que no sólo puede hablarse de ajenidad –elemento normativo– en el hurto, sino también en el homicidio, referido a «otra persona» como «ajena» (JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020, p. 23) y esto tiene su razón de ser en una determinada comprensión de la norma que se infringe.

Un segundo acierto es, a mi juicio, el lugar destacado que PUENTE RODRÍGUEZ otorga al problema de la duda y a la cuestión de la vencibilidad del error. De hecho, al mantener que no es necesaria la atenuación en errores burdos, prácticamente todo el peso de la institución recae sobre la vencibilidad porque su comprobación (vencible/invencible) permite confirmar que el propio error existe, precisamente a través de la duda, concebida en términos normativos. El planteamiento del autor es, desde ese punto de vista y aunque pueda discreparse en alguna de sus conclusiones, irrefutable. No obstante, lo normativo tiene límites en la realidad, y esto es claro cuando niega la posibilidad de un error de prohibición en las personas jurídicas, pese a que en una nota al pie reconoce que admitirlo dotaría de cierta armonía al sistema. Tal vez esto sea una muestra más de que el Derecho penal de las personas jurídicas no es, en realidad, Derecho penal; y de que, de persistir en el empeño de mantener la ficción, no hay más solución que ampliar lo normativo, aunque choque con la realidad.

Un tercer aspecto positivo de la monografía es, a mi juicio, el intento de dar solución a determinados problemas concretos, y aquí resulta paradigmática la cuestión del «dictamen comprado» –la denominación minimiza, según creo, el relieve del problema planteado– y sobre los tres «frentes abiertos». Sin embargo, los frentes del error sobre la posición de garante y del error sobre el riesgo permitido no quedan definitivamente resueltos, y creo que, con razón, si se tiene en cuenta el planteamiento del autor. La cuestión –y aquí sigo una tesis de JAKOBS– es si existe una distinción entre ambas o es la misma pregunta; porque si se considera que la posición de garante es también una exigencia de los delitos activos, sin dificultad podría entenderse que el tratamiento de la posición de garante como objeto del error es el propio de los elementos normativos del tipo.

En cualquier caso, no quisiera desaprovechar la oportunidad que me brinda la recensión para hacer referencia a una discrepancia que también incide en el método. Si es cierto que, como reconoce PUENTE RODRÍGUEZ en la introducción, una cuestión esencial se encuentra en la fundamentación del deber de conocer el Derecho y de sus límites (p. 35), debe indagarse en el fundamento de la exención de la pena por el desconocimiento o el error inevitable y esto tal vez sería una cuestión previa. A mi juicio, con el desconocimiento o el error inevitable, no se pone en cuestión, de forma general, que el Derecho sea fuente de las normas de conducta (PÉREZ DEL VALLE, «Impunitas y el derecho “en sentido subjetivo”. De la excusa al error de prohibición»,

InDret Penal, (3), 2017, pp. 24 ss). Por esa razón es tan relevante –es certero en este punto, como ya he dicho, PUENTE RODRÍGUEZ– la inevitabilidad y las razones para dudar: porque quien, en el error, no tiene razones para dudar no pone en cuestión el Derecho, aunque lo haya infringido objetivamente. ARISTÓTELES, al razonar sobre la voluntariedad de la conducta, insiste en la responsabilidad cuando «el delincuente es responsable de la propia ignorancia» y señala que los legisladores «castigan también a los que ignoran ciertas materias legales que deben saberse y no son difíciles» (*Et.Nicom.*, III, 1113b-1114a). Tal vez un razonamiento de este tipo permitiría explicar soluciones como las que PUENTE RODRÍGUEZ defiende en relación con la interpretación razonable (pp. 97 ss.) o el voto particular (pp. 104 ss.). Posiblemente así resolvería el problema del objeto del error, porque, en esa perspectiva, la ilicitud moral no está tan lejos de la ilicitud penal; precisamente por eso el error burdo (si bien en una valoración personal) debe ser descartado como error relevante en la atenuación de la pena. Y, en cualquier modo, un tratamiento especial del error en el Derecho penal económico carecería de sentido.

Esta referencia a la fundamentación me permite enlazar con una matización menor sobre las razones del «agotamiento de la dogmática» del que habla el autor (pp. 34-35), que me viene a la cabeza al recordar las palabras de ARISTÓTELES. A ARISTÓTELES quieren seguirle Santo TOMÁS DE AQUINO, HEGEL, GADAMER o FINNIS, aunque, evidentemente, las sociedades en que vivieron –o viven, en el caso de John FINNIS– son culturalmente heterogéneas. Creo que, sobre la dogmática penal, cabe afirmar algo parecido. Estoy casi seguro de que las soluciones que pudieran derivarse de FEUERBACH, BINDING o BELING, a quienes cita PUENTE RODRÍGUEZ, no me resultarán convincentes, porque sus presupuestos positivistas son muy diferentes a los míos; pero su lectura, como la de JARCKE o TITTMANN, KÖSTLIN o HÄLSCHNER, y tantos otros con quienes tengo más coincidencias, y desde luego la de ARISTÓTELES (porque las razones de la filosofía práctica son, muchas veces, las razones del Derecho penal), aporta razones para la solución de cuestiones actuales, y no creo que hacerlo contribuya al agotamiento de la dogmática. Se trata, no obstante, de un *obiter dictum*, que afecta exclusivamente a la libertad en el método científico.

En suma, la monografía de Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ es, por las razones expuestas y por muchas más para las que no hay espacio en una recensión, una obra extraordinariamente valiosa, que –como se indica en el prólogo de Enrique PEÑARANDA– supera con mucho la pretensión «cartográfica» que inicialmente asume. Sin duda, desde su publicación –y espero que, durante mucho tiempo– será lectura imprescindible para quien quiera abordar la cuestión del error de prohibición y, pese a lo que indica el título, no sólo en el Derecho penal económico.