

InDret

Revista para el análisis del derecho

2.25

-

Abril de 2025

Sumario 2.25

Editoriales

-

Expansión 2.0: los nuevos riesgos

Jesús-María Silva-Sánchez

i-iv

-

Declaraciones imperfectas y agresión sexual: Reflexiones a propósito del «caso Alves»

Daniel Varona y Elena Larrauri

v-x

-

La reforma belga de la responsabilidad civil extracontractual

Carlos Gómez Ligüerre

xi-xiii

-

Derecho privado

-

Los sesgos y el derecho. En especial, sus implicaciones para el Derecho Civil

Alma María Rodríguez Guitián

1-68

-

La pretensión de cumplimiento en las Propuestas de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos

Sonia Martín Santisteban

69-105

-

Derecho Penal

-

Una geometría del fenómeno jurídico total: la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen

Michel Pawlik

106-126

-

¿Atenuación por pedofilia de la responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos sexuales contra menores?

*Análisis psicológico de su fundamentación en las resoluciones
de la Sala 2ª del Tribunal Supremo*

Nereida Bueno-Guerra, Laura Serranos-Minguela y
Javier Gómez Lanz

127-183

-

El autoengaño en derecho penal: elementos para su análisis dogmático

Diego González Lillo

184-231

-

Criminología

-	
Jóvenes en el sistema penal: ¿una oportunidad de socialización legal?	
Esther Fernández Molina	232-261
-	
¿Hacemos sentencing?	
<i>Una revisión sistemática sobre la sentencia como objeto de estudio científico en España</i>	
Isabel García Domínguez	262-297
-	

Derecho público y regulatorio

-	
La dimensión tecnológica de la cadena de custodia: algunas claves	
Andrea Jamardo Lorenzo	298-345
-	
La interoperabilidad en el espacio de libertad, seguridad, y justicia y el nuevo Reglamento de Inteligencia Artificial	
<i>Algunas consideraciones sobre el procedimiento de detección de identidades múltiples</i>	
Francesca Tassinari	346-386
-	

Actualidad

-	
Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (octubre 2024-gener 2025).	
<i>Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/3548/2024, de 2 d'octubre de 2024, JUS/790/2024, de 5 de desembre de 2024, i JUS/791/2025, de 20 de gener de 2025</i>	
Miriam Anderson	387-397
-	
Revista Crítica de Jurisprudencia Penal	
Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés	398-452
-	

Recensiones

-	
ExLibris	
Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz	453-474
-	

Expansión 2.0: los nuevos riesgos

I

La primera edición en español de *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* apareció en 1999; la segunda, que consolidaba el contenido de la obra, en 2001¹. El libro, traducido con relativa prontitud al italiano, al alemán y al portugués², ha mantenido su vigencia, siendo probablemente uno de los más citados en las últimas décadas³. Si se tiene en cuenta que desde su publicación ha transcurrido ya un cuarto de siglo, cabe afirmar que la permanente actualidad del contenido de la obra se explica probablemente por la persistencia de la situación de crisis antropológica, sociocultural, económica, política y jurídica que el libro advertía como propia del último cuarto del siglo XX europeo⁴. Es más, por la intensificación de todos los elementos que dieron lugar a aquella.

II

Aquí se trata de considerar tan solo el devenir de uno de los factores determinantes de la expansión del Derecho penal que ya podía singularizarse en 1999; a saber, la existencia real de «nuevos riesgos». Pues bien, resulta innegable que en los últimos veinticinco años se han generado nuevos riesgos o, en todo caso, que riesgos ya preexistentes han experimentado una intensificación. Así, en primer lugar, la política jurídico-penal de este siglo no se entiende si no se tiene presente lo sucedido el 11 de septiembre de 2001. Aquel día, en efecto, tuvo lugar el ataque terrorista a las torres gemelas de Nueva York y, tras él, la declaración de guerra contra el terrorismo que los Estados Unidos y todos los aliados occidentales vienen llevando a cabo desde entonces.

¹ Una reimpresión de la segunda edición, ampliada, tuvo lugar en 2006; la tercera edición, en 2011.

² *A Expansão do Direito penal*, 2002 (2ª ed., 2011); *Die Expansion des Strafrechts*, 2003; *L'espansione del diritto penale*, 2004.

³ Por ejemplo, VORMBAUM, «Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik», *ZStW*, (123), 2011, pp. 660 ss.; BECKEMPER, «Entgrenztes (Wirtschafts-)Strafrecht», *ZStW*, (131), 2019, pp. 1105 ss.; LA MISMA, «Vom Sinn eines Nebenstraftsrechts im Wirtschaftsstraftsrecht», en ALBRECHT, A. H./STEINBERG, G., *Der allgemeine Teil des Wirtschaftsstraftsrechts*, 2023, pp. 25 ss.; BRUNHÖBER, «Funktionswandel des Strafrechts in der Sicherheitsgesellschaft», en PUSCHKE/SINGELSTEIN (eds.), *Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft*, 2018, pp. 193 ss.; LA MISMA, «Grenzen der Grenzen des Strafrechts – Demokratische Grenzen kriminalpolitischer Leitlinien», *ZStW*, (135), 2023, pp. 872 ss.; HOVEN, «Die neue liberale Lust am Strafrecht?», *ZStW*, (135), 2023, pp. 707 ss.

⁴ El tránsito del Derecho penal propio del Estado del bienestar (social-integrador) al Derecho penal del Estado de la prevención y de la seguridad: ALBRECHT, P.-A., *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, 2010, p. 3.

Consecuencias dispares de esta guerra, pero en todo caso reconducibles a ella son, por ejemplo, la intensificación de la política de prevención del blanqueo de capitales –que no en vano se asocia con la financiación del terrorismo– a través del Derecho penal; o el castigo de actos proto-preparatorios, como el auto-doctrinamiento terrorista y otras similares⁵. En términos más generales, cabe señalar que en este ámbito ha tenido lugar la progresiva conformación de un Derecho mixto, integrado por ciertos elementos del Derecho de los conflictos armados y otros propios del Derecho penal de la paz⁶. Este alcanza también a las organizaciones criminales, cuyo impacto en los diversos países es desigual, pero en todo caso resulta muy relevante.

En segundo lugar, la evolución de la política jurídico-penal tampoco se puede concebir sin considerar la crisis financiera internacional desencadenada en los años 2007-2008, al hilo del hundimiento de las denominadas hipotecas *subprime* en Estados Unidos. Esta crisis financiera, la más profunda desde la Gran Depresión de 1929, desencadenó en España el hundimiento del sistema financiero, basado ampliamente en el modelo de las cajas de ahorro, y un empobrecimiento social general que cabe considerar todavía no superado. En general, puede afirmarse que los efectos de dicha crisis marcaron el principio del fin del modelo de Estado del bienestar, con la disminución de las clases medias y el incremento de los niveles de pobreza. Ello dio lugar a profundas modificaciones del sistema bancario en todo occidente. Pues bien, entre otras, las reformas de la legislación penal española de 2010 y de 2015, que profundizan en la intervención del Derecho penal en las actividades económicas, traen causa de dicha crisis.

A su vez, en tercer lugar, el incremento del riesgo industrial y tecnológico se manifiesta en múltiples vertientes. Por un lado, su dimensión macrosocial, que en décadas anteriores apuntaba a problemas relativamente concretos (accidentes biológicos, nucleares, ambientales), ha adquirido adicionalmente un carácter global-sistémico. En efecto, para quienes admiten su existencia –que son amplia mayoría–, la denominada crisis climática apunta a un posible colapso del modelo vigente de desarrollo industrial, tanto en lo relativo a sus presupuestos energéticos –el recurso a los combustibles fósiles– como en lo que hace a sus efectos contaminantes. Por otro lado, el análisis de su dimensión microsocia y psicológico-individual permite advertir la injerencia masiva de internet tanto en el mundo económico, como en el de la vida personal. En el ámbito económico, los ciberataques contra empresas y entidades públicas se han convertido en un problema global de seguridad que va mucho más allá de la afectación de instalaciones estratégicas. En el ámbito de la vida, por su parte, los riesgos cibernéticos no se reducen a la afectación de la intimidad o de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes. Los denominados *smartphones*, en sus poco más de tres lustros de existencia, han producido, en primer lugar, fenómenos de auténtica adicción, especialmente perceptibles en el ámbito de las personas nacidas después de 1995 (la llamada Generación Z)⁷. Una adicción que se ve intensificada por el efecto de las diversas redes sociales, dirigidas mediante algoritmos de recomendación. En segundo lugar, las redes conducen a la ruptura de los espacios comunes de comunicación social, sustituidos por un conjunto de círculos cerrados y separados entre sí, que

⁵ Extensamente, ALBRECHT, P.-A., *The Forgotten Freedom. September 11 as a Challenge for European Legal Principles*, 2003; MASFERRER (ed.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency*, 2014.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, «Asesinatos selectivos en la ‘guerra punitiva’ contra el terrorismo», *InDret*, (1), 2017, pp. 1 ss.

⁷ Lo han expuesto con especial claridad ALTER, *Irresistible: The Rise of Addictive Technology and the Business of Keeping us Hooked*, 2015; HAYDT, *La transformación de la mente moderna*, 2019; EL MISMO, *La generación ansiosa*, 2024.

actúan a modo de cámaras de eco. En este punto, el efecto multiplicador de los confinamientos asociados al control de la pandemia del COVID-19 es ya claramente perceptible.

Al margen de todo lo anterior, se hallan los riesgos de manipulación del cuerpo y de la mente humana mediante intervenciones biotecnológicas; y, obviamente, el riesgo para la propia humanidad de las relaciones que se deriva del recurso acelerado y masivo a la inteligencia artificial.

III

En este mismo período de tiempo, y en el plano de la política social, se ha hecho patente un riesgo ya perceptible a finales del siglo XX, a saber, el derivado de las manifiestas limitaciones prestacionales de los Estados del bienestar. En efecto, la segunda mitad del siglo XX había constituido, al menos en la Europa occidental, el marco de desarrollo de un modelo de Estado en el que este había asumido la función de subvenir a la práctica totalidad de las necesidades de sus ciudadanos, mediante servicios públicos y formas de asistencia⁸. Sin embargo, dicha promesa se basaba, de modo implícito, en una lógica de crecimiento económico constante y de distribución razonable de los beneficios del desarrollo. Pues bien, a estas alturas está claro que los Estados no pueden cumplirla, ni de modo directo, ni de modo indirecto –mediante las fórmulas de gestión público-privada propias del Estado administrativo moderno (un Estado garante)–. Sencillamente, porque, aunque se quisiera, no se dan los presupuestos económicos para mantenerla. En efecto, a la crisis del modelo de desarrollo constante, se une el envejecimiento de la población, que pone en peligro los ingresos públicos, al tiempo que eleva los gastos. Así las cosas, la emisión de deuda pública ha adquirido en la mayor parte de los países de Europa unos niveles inasumibles que, más pronto que tarde, desencadenarán serios conflictos sociales. De hecho, estos ya se pueden percibir en las tensiones intergeneracionales que van surgiendo en torno a la relación entre los incrementos de los salarios y de las pensiones⁹. Al mismo tiempo tampoco se encuentran soluciones a los niveles crecientes de empobrecimiento de los jóvenes procedentes de familias de clase media, que son conscientes de que, por primera vez desde el final de la II Guerra Mundial, la vida de una generación va a ser peor que la de sus padres¹⁰. Por su parte, la sanidad pública, la educación pública y el acceso a la vivienda atraviesan una crisis que se hace cada vez más intensa.

En este complejo marco socioeconómico se han situado además dos problemas adicionales. Por un lado, el de la inmigración masiva. Las disputas políticas en torno al modo de gestionar este último fenómeno, en el que convergen la globalización económica y cultural, así como del déficit demográfico de los países industrializados, han marcado el pasado reciente y todo augura que lo harán más en el futuro inmediato. El giro manifiesto en la política migratoria de los países europeos es patente. Por otro lado, y en fin, el último efecto del ataque de Rusia a Ucrania en 2022 ha sido el de hacer patente el riesgo de una guerra en Europa, que a su vez ha dado lugar a la adopción de una política de rearme por parte de los países de la Unión Europea.

⁸ Uno de los grandes teóricos de aquel modelo fue el administrativista Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, 1975.

⁹ HÄBERLE/KOTZUR, «Generationenvertrag und Generationengerechtigkeit», *ZRP*, 2023, pp. 179 ss.

¹⁰ RECKWITZ, *Das Ende der Illusionen*, 2019, pp. 63 ss.

IV

¿Qué balance cabe hacer de todo lo anterior? Desde luego, efectivamente han surgido nuevos riesgos y los ya existentes se han intensificado. Ciertamente son riesgos reales, pero, en su mayoría, revisten un carácter estructural o constituyen en todo caso macroproblemas. Ello determina que el recurso al Derecho penal resulte especialmente inidóneo para afrontarlos. Ciertamente, cabe constatar y predecir un incremento todavía mayor de la regulación jurídico-pública de la vida económica y social. Y, por lo mismo, es muy probable que ello redunde en la criminalización de las infracciones regulatorias (desobediencias) más graves. Con todo, resultará más interesante observar hacia qué chivo expiatorio van a canalizar los Estados el enorme caudal de miedo (sensación subjetiva de inseguridad) que todos los riesgos mencionados (reales) van a ir generando en la población, si es que no lo han hecho ya.

Jesús-María Silva Sánchez

***Declaraciones imperfectas y agresión sexual:
Reflexiones a propósito del «caso Alves»***

-

Es difícil escribir un editorial sobre el «caso Alves» (STSJ Cataluña, Civil y Penal, 28 de marzo de 2025, ECLI:ES:TSJCAT:2025:879) después de las numerosas declaraciones y escritos y, por otro lado, imposible parece sustraerse a la polémica. En estas líneas pretendemos ofrecer algunas reflexiones que esperamos nos permitan avanzar en la discusión.

Por un lado, parece evidente que la perspectiva de género, la perspectiva feminista y los grupos de mujeres no están en contra de la «presunción de inocencia». Alguna exclamación desafortunada en un contexto político electoral, y posteriormente rectificada, no es un indicador fiable; mucho más lo es lo que han escrito grupos de mujeres y decenas de académicas. Si la presunción de inocencia conllevara siempre la impunidad, como a veces parece desprenderse de ciertas declaraciones, las cárceles estarían vacías. El problema es pues obviamente discutir cuándo esta presunción de inocencia se considera derrotada.

La jurisprudencia¹¹ afirma que la presunción de inocencia se considera derrotada cuando el análisis de los hechos *solo* es compatible con la hipótesis de la acusación, por lo que basta que sea posible que los hechos hayan sucedido como plantea la defensa para que surja una mínima duda y deba prevalecer la presunción de inocencia (véase más amplio en LARRAURI, 2022)¹². De lo que se trata es de saber si esta situación – hechos compatibles solo con la hipótesis de la acusación – implica una exigencia prácticamente imposible y conlleva una situación de victimización secundaria en el caso de las agresiones sexuales; y para analizar esta situación entendemos que resulta útil un estudio que maneje la «perspectiva de género».

¹¹ Véase STS 203/2019, Penal, de 12 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1305).

¹² De forma tal que «(...) mientras la condena presupone la certeza de la culpabilidad, neutralizando la hipótesis alternativa, la absolución no presupone la certeza de la inocencia sino la mera no certeza de la culpabilidad» (ALCÁCER, en LARRAURI, 2022).

Debemos enfatizar que la resolución – entender que el análisis de las pruebas confirma más allá de toda duda o que tras el análisis de las pruebas persiste un margen pequeño o minúsculo de duda – no es el resultado de ninguna fórmula matemática, sino que es en últimas una interpretación, una decisión. El estándar «más allá de toda duda razonable» es una directriz procesal (derivada del derecho fundamental a la presunción de inocencia) que se nutre de valoraciones. Y en este proceso valorativo-interpretativo parece muy difícil sustraerse de los «*gender scripts*» que llevan a un grupo de la población a considerar totalmente creíble la hipótesis de que «quería sexo hasta que no lo quiso, dijo que no y él siguió por la fuerza»; mientras que otro grupo está convencido de que «realmente quería tener relaciones sexuales, pero luego se sintió malquerida y se arrepintió». Y dado que, en el momento preciso que se discute, no hay más personas que las directamente implicadas, ambas son interpretaciones basadas en distintos procesos valorativos.

En algunos países este dilema se ha pretendido solucionar atribuyendo la competencia para su enjuiciamiento a la propia ciudadanía, esto es, en el Jurado. La lógica sería la siguiente: si en últimas los delitos sexuales dependen en gran parte de los límites que cada sociedad establece en las interacciones sociales, nadie conoce mejor esos límites que los ciudadanos que forman parte de esa sociedad. Ellos son los que, legítimamente, han de definir tales límites. Y el problema relativo a cuándo la culpabilidad existe «más allá de toda duda razonable» se soluciona simplemente exigiendo que el veredicto de culpabilidad sea por unanimidad: todos los ciudadanos que formaron el Jurado vieron las cosas del mismo modo.

En los países en los que, como el nuestro, la competencia para enjuiciar estos delitos y por tanto para fijar los límites de las interacciones sexuales en los casos dudosos que la ley no soluciona de forma clara, se atribuye a los jueces, han sido estos los que han venido fijando qué pruebas son o no aptas para enervar la presunción de inocencia. Y lo cierto es que, desde hace mucho tiempo, nuestro Tribunal Supremo viene afirmando sin duda alguna que la declaración de la víctima es prueba suficiente para condenar en casos de delitos sexuales.

Ciertamente, afirmar que «basta la declaración de la víctima» es equívoco ya que la declaración de la víctima debe cumplir con unos requisitos (ausencia de motivación espuria, persistencia en la declaración y corroboración objetiva-externa de la declaración) que depende cómo se interpreten pueden considerarse fácilmente accesibles o ser inalcanzables. La cuestión es compleja porque, aunque se repite hasta la extenuación el famoso «triple test» establecido por el Tribunal Supremo y ratificado por el Tribunal Constitucional para la valoración del testimonio de una víctima, sigue sin estar claro si es necesario o no la concurrencia de todos o algunos de los requisitos de ese test para la condena (VARONA/LARRAURI, 2024).

En este sentido, podríamos diferenciar, aun a riesgo de simplificación, entre una línea que sigue pivotando sobre la «credibilidad» de la víctima, como elemento fundamental para valorar su declaración y así enervar la presunción de inocencia, y que en esencia pone el énfasis (de ahí el nombre) en la credibilidad que le merezca al tribunal su declaración (por su firmeza, elementos gestuales, signos emocionales de relatar hechos vivenciados, etc. (véase un resumen en STS 678/2019, Penal, de 6 de marzo, ECLI:ES:TS:2019:678). Y una segunda línea que, criticando la subjetividad de la referencia a la «credibilidad», busca apoyos o corroboraciones objetivas del relato de la víctima, para pasar con ello (se aduce), de la mera «credibilidad» a la «fiabilidad» de dicho relato.

No creemos que el problema de la valoración probatoria en los delitos sexuales pase por prescindir de la corroboración objetiva y abrazar la teoría de la credibilidad. Por un lado, creemos que es un error pensar que la teoría de la credibilidad va a asegurar la condena en los delitos sexuales, pues de hecho si todo depende de la (íntima) convicción que le haya suscitado al tribunal el relato de la víctima, ello no evita que los estereotipos y mitos que rodean los delitos sexuales actúen. En definitiva, tales mitos y estereotipos van a determinar probablemente qué víctimas son (o no) creíbles.

Pero, por otro lado, no creemos que la adopción del parámetro de la «fiabilidad objetiva de los indicios externos corroboradores» (respecto el de la «credibilidad subjetiva de la víctima») evite los problemas, como puede observarse en el caso Alves. En efecto, la sentencia del TSJ Cataluña se inscribe claramente en la línea de valoración (de la fiabilidad) de la prueba del testimonio de una víctima, refiriéndose expresamente a que la declaración de la denunciante no se considera «fiable» por no estar corroborada por elementos objetivos¹³. No obstante, a pesar de lo que se manifiesta en la sentencia del TSJ (véase apartado 6.10.5), también la sentencia de instancia de la Audiencia Provincial de Barcelona participa del mismo esquema de valoración¹⁴. La única diferencia (que por otra parte ilustra la futilidad de embarcarnos en disputas terminológicas) es que la Audiencia Provincial llama «credibilidad objetiva» (así, expresamente lo dice en el FD 4º) a lo que el TSJ denomina «fiabilidad». Ello muestra que la discusión reside en *qué elementos se considera que corroboran el testimonio de la víctima*, pues lo que para la Audiencia son elementos de corroboración (la existencia de lesiones en la rodilla de la víctima, el comportamiento de la víctima tras los hechos, la actuación del acusado tras los mismos, y la existencia de secuelas psicológicas en la víctima), para el TSJ no lo son. Y en este punto, creemos que la sentencia del TSJ de Cataluña es cuestionable por realizar un análisis incompleto de los diversos elementos de corroboración examinados en la sentencia de instancia. Vamos a detallarlo respecto de los tres elementos de corroboración que estimamos más relevantes.

Primero, por lo que se refiere a las lesiones padecidas por la víctima en una rodilla, el TSJ critica a la sentencia de instancia que no haya aclarado cuándo concretamente se produjo dicha lesión (si en el contexto de la felación, que sin embargo no se da por probada, o en otro contexto). No parece lo más relevante el cuándo (aunque en los hechos probados de la sentencia de instancia ya se dice que la lesión se causó cuando el acusado, con ánimo de penetrarla, la tiró al suelo). Lo relevante es que *en el contexto de relaciones sexuales consentidas normalmente no se producen lesiones*, por lo que la existencia de una lesión es (y ha sido siempre) un claro indicativo, *prima facie*, de falta de consentimiento, pues no suele hacer falta violentar y lesionar a la persona que realmente consiente un contacto sexual¹⁵.

¹³ Dice expresamente el TSJ Cataluña lo siguiente (apartado 6.10.5): «Lo que hay que evaluar respecto del testimonio en sí para determinar su fiabilidad, es su veracidad, es decir, la correspondencia entre lo que el testimonio contiene y aquello que ha ocurrido efectivamente, y ello solo es posible si se cuenta con elementos objetivos que permitan dicha determinación».

¹⁴ SAP Barcelona, Sección 21ª, 22 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:14), FD 2º: «En las agresiones sexuales no existe una presunción de veracidad de la víctima ni su declaración prevalece sobre las manifestaciones del acusado (...) Este Tribunal ha alcanzado la convicción sobre los hechos al haber valorado positivamente la declaración testifical en el acto del juicio oral, de la víctima, *conjuntamente con otras pruebas que corroboran su relato*, que en el núcleo esencial de su declaración (...) ha sido coherente y especialmente persistente...» (énfasis añadido).

¹⁵ Adicionalmente, considera el TSJ que «*El relato es inconsistente porque esa herida en la rodilla pudo producirse en el pequeño espacio de muchas formas como admiten todos los forenses y profesionales médicos*». Ciertamente, pero al margen de que, insistimos, las relaciones sexuales consentidas no suelen dejar «marca», un informe médico respecto de

Segundo, tampoco parece acertado el análisis del elemento corroborador consistente en el estado de la víctima inmediatamente posterior a los hechos. En la sentencia de instancia se detalla que hasta dos cámaras grabaron la reacción de la víctima tras los hechos (una cámara del local y la cámara portátil que portaba un policía) y que lo visionado coincide con la declaración de diversos testigos (trabajadores de la discoteca) que atendieron a la víctima: estaba llorosa, afectada y en estado de shock. *Tampoco una situación de angustia parece el estado normal de una persona tras una relación sexual consentida.* Frente a ello sorprende la valoración que al respecto realiza la sentencia del TSJ de Cataluña sobre las declaraciones y grabaciones relativas al estado de la víctima: *«De estas conversaciones no se puede deducir el efecto corroborador que le atribuye la sentencia de instancia. Son conversaciones genéricas sobre su estado de angustia, pero en ningún momento se vincula con el hecho concreto ni se hace referencia al mismo»*¹⁶.

El tercer elemento corroborador son los informes médico-forenses sobre las afecciones psicológicas padecidas por la víctima tras los hechos. En este punto, nos parece correcto el análisis de estos informes llevado a cabo por la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de instancia, dando validez al diagnóstico de *Trastorno por Estrés Postraumático* no de forma acrítica, sino tras contrastar y valorar los diversos informes médicos existentes. Por el contrario, el análisis del mismo elemento corroborador por parte del TSJ parece apresurado. En cinco líneas despacha toda la cuestión aludiendo a que los informes forenses (y que así queda recogido en los hechos probados de la sentencia de instancia) no aclaran qué «porcentaje» de las secuelas psicológicas derivan del suceso traumático o de la exposición pública del caso. Ahora bien, que no se pueda establecer dicho porcentaje no quita que las secuelas psicológicas deriven, en primer lugar, de un hecho traumático sucedido. ¡Lo segundo (el estrés añadido por la relevancia mediática del caso) no quita lo primero!

En definitiva, no creemos que sea acertado el reproche que el TSJ dirige a la sentencia de instancia:

«Entendemos que la sentencia de instancia presenta déficits valorativos muy relevantes, y que no ha extremado las cautelas para confrontar los contenidos que arroja la actividad probatoria. No se ha contrastado el relato de la denunciante que debía ser expuesto a mayor escrutinio con la prueba dactiloscópica ni con la biológica, que apoyan la tesis sostenida por la Defensa, pruebas de contraste neutras y científicas, pues como decíamos al inicio, lo que se afirma en la sentencia ha de poderse revisar y verificar en segunda instancia» (último párrafo del apartado 6.10.5).

Pues, además, de los tres elementos de corroboración que hemos destacado previamente, sorprende que se haga mención a la prueba dactiloscópica cuando en su propia sentencia, anteriormente y sobre este punto concluye el TSJ que tal prueba *«podría concordar tanto con la declaración del acusado en cuanto a la felación, excluida de la sentencia, como lo que ella dice que se apoyó en la taza del wáter»*. Igualmente, puede cuestionarse la importancia que se concede a la

una lesión no debe compararse con el universo de posibles sucesos, sino con el relato determinado de una víctima. Y la víctima en nuestro caso declaró que la lesión se la produjo Dani Alves cuando la tiró al suelo (por el contrario, Dani Alves a pesar de sus múltiples y cambiantes declaraciones nunca explicó el origen de tal lesión). Lo que dice el TSJ es como si a la persona que denuncia haber sufrido un navajazo y que presenta una herida inciso-punzante un tribunal le dijera que esa herida puede producirse de muchas formas...

¹⁶ Nos parece difícil de asumir este razonamiento porque en todo caso revela una situación de angustia (lo cual, insistimos, no es la reacción emocional normal tras una relación sexual consentida); y si además ello sucede tras salir del reservado, y diciendo la víctima *«me ha hecho mucho daño y se ha corrido dentro»*, ¿a qué se va a vincular sino a la relación sexual mantenida minutos antes en el reservado?

prueba biológica (que apoyaría según el TSJ la existencia de una felación), cuando recientemente se ha subrayado que puede haber existido un error en su interpretación y que es posible que, como manifiesta la víctima, esta no se produjera (vid. EL PAÍS, jueves 10 de abril, 2025¹⁷). Y finalmente, la desconsideración de las *pruebas médico-forenses* sobre los trastornos psicológicos padecidos por la víctima, que se descartan como hemos indicado de forma tan fugaz, plantea la duda sobre si para el TSJ los informes psicológicos se consideran como pruebas «neutras y científicas» (o más bien parecen equipararse a la lectura del horóscopo)¹⁸.

Por todo ello, finalmente a nuestro juicio lo que el TSJ reprocha a la sentencia de instancia, esto es:

*«[...] A la vista de lo expuesto concluimos que el Tribunal de instancia ha optado por acoger una **creencia subjetiva** de lo que ocurrió en el interior del baño limitada únicamente a que la penetración vaginal fue in consentida, como sostiene la denunciante»* (énfasis añadido, apartado 6.10.5 iv).

También podría sostenerse respecto de la propia sentencia del TSJ: a la vista de lo expuesto, el TSJ optó por no creer a la víctima, pues al considerar no fiable la primera parte de su relato (que no hubo flirteo con Dani Alves, que estaba incómoda con él y que entró al baño solo para hablar), ya no se creyó su versión sobre lo que pasó dentro del baño. De la lectura de la sentencia del TSJ parece deducirse que la falta de una «declaración perfecta» por parte de la víctima de un delito sexual, por haber incurrido en alguna inexactitud o mentira, anula completamente su relato. Es difícil encontrar en la vida una «declaración perfecta» pues cuando explicamos algo a alguien, todos «construimos una narrativa», pero ello no obsta para que sea cierto lo que estamos explicando; y aún más difícil es encontrar una «declaración perfecta» en el ámbito de las relaciones sexuales donde parece que se le exige a la víctima el relato ordenado, cronológico y minucioso, de cómo aconteció el acto sexual, cuando en muchas ocasiones esto es imposible de reconstruir. Por consiguiente, a nuestro juicio, de igual forma que la jurisprudencia ha aceptado que la tardanza en denunciar no es un indicador de falta de credibilidad, es el momento de empezar a discutir que las «declaraciones imperfectas» no son un indicador de falta de fiabilidad.

Quisiéramos finalizar destacando que hace tiempo advertimos en contra de la conveniencia de reiterar el eslogan («¡para protegerlas deben denunciar!») que pretende convencer a las mujeres de que denuncien siempre y en todo caso (LARRAURI, 2022). Insistir a las mujeres en una única ruta que las conduce al sistema judicial penal, que luego es el mismo que impone unos estándares de prueba muy difíciles de alcanzar es una receta para la frustración. Deben investigarse otros caminos, que las mujeres «denuncien» implica que las mujeres pueden desde luego pedir ayuda a la policía quien las puede derivar a servicios médicos, a servicios sociales, a servicios jurídicos

¹⁷ «El exdirector de Ciencias Forenses avisa a la Fiscalía de un error científico en la absolución de Dani Alves. Antonio Alonso sostiene que la sentencia no debió dar por probada la felación porque no se puede».

¹⁸ Véase también respecto de esta polémica la STS 5799/2024, Penal, 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2024:5799), que anula la sentencia absolutoria de la AP Girona, Sección 3, 24 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APGI:2021:837); confirmada por STSJ Cataluña, Civil y Penal, 17 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:6139), entre otras cosas por no haber tenido en cuenta el informe médico sobre el trastorno de estrés postraumático padecido por la víctima (pues según la Audiencia podía obedecer a múltiples causas). Frente a ello el TS replica que «(l)as manifestaciones de los peritos, a las que se acoge la sentencia, acerca de que la sintomatología por estrés postraumático podía obedecer a otras causas, siempre que fueran de cierta gravedad, fue la respuesta a una pregunta genérica, es decir, si el estrés postraumático en general puede generarle otras causas que no sea una agresión sexual, pero en ningún momento fue una pregunta concreta acerca de si la sintomatología que presentaba Justa podía obedecer a otras causas, pues los peritos señalaron que nada en su historial acreditaba que hubiera sufrido ningún otro hecho traumático».

(ver por ejemplo artículos 33-36 de la Ley del «*solo sí es sí*», LO 10/2022 de 6 de septiembre) y a conseguir incluso una indemnización (CARROLL, 2023). Pero todo ello independientemente de que también acudan al proceso penal, el cual debe ser sólo utilizado en los casos en los que, una vez conseguida ayuda, validación y reparación, se pretende conseguir además una condena de culpabilidad. Pues una mujer es víctima, a diferencia de lo afirmado novedosamente en algunas sentencias, desde el momento en que percibe que ha sufrido un daño e independientemente de que decida acudir a un proceso penal, el cual solo declara culpabilidad/no culpabilidad, y no constituye la identidad de víctimas¹⁹.

Elena Larrauri y Daniel Varona

Bibliografía

CARROLL, Caitlin (2023). «Reinvestigating the Sexual Violence ‘Justice Gap’ in the Swedish Criminal Justice System». *Feminist Criminology*, vol. 18(1), pp. 45-64.

LARRAURI, Elena (2022). «Cinco reflexiones feministas en torno al Proceso Penal». *InDret: Revista para el Análisis del Derecho. Criminología*, 2.2022, pp. 149-162.

VARONA, Daniel/LARRAURI Elena (2024). «Una agenda criminológica para el estudio de los delitos sexuales en España». *Boletín Criminológico*, vol. 30, núm. 244 (Edición Especial 30 años), pp. 1-32

¹⁹ LO 10/2022 de 6 de septiembre, Artículo 37. Acreditación de la existencia de violencias sexuales (énfasis añadido):

«1. A estos efectos, *también podrán acreditarse las situaciones de violencias sexuales* mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; por sentencia recaída en el orden jurisdiccional social; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos».

La reforma belga de la responsabilidad civil extracontractual.

-

El pasado 1 de enero de 2025 entró en vigor la modificación del Libro Sexto del Código civil belga, sobre responsabilidad civil extracontractual. No fue una sorpresa. Hace años que eran conocidos los trabajos previos a esa reforma que, finalmente, se aprobó mediante [Ley belga de 7 de febrero de 2024](#), de reforma del Libro Sexto de su Código civil, publicada en el diario oficial de aquel país del 1 de julio de ese año y que, a partir de entonces había de entrar en vigor «el primer día del sexto mes posterior a su publicación».

En el trabajo que Felipe Oyarzún Vargas, «Acerca del proyecto de reforma de la responsabilidad civil recientemente aprobado en Bélgica» publicó en el [Anuario de Derecho Civil, 2024-II, pp. 771-820](#) puede consultarse un estudio de la reforma y una traducción al español del original en francés. El lector interesado encontrará allí referencias al proceso de elaboración de la reforma y a los debates que suscitó la iniciativa.

La reforma se suma a la que ya han llevado a cabo otros ordenamientos europeos y culmina la revisión general del Código civil belga que su legislador inició en el año 2019. La empresa deja en evidencia la incuria de nuestro legislador, inmune a las propuestas de reforma del régimen legal de las obligaciones formuladas hasta la fecha. La de los belgas, a diferencia de las reformas de otros códigos europeos, tiene el interés adicional de tener por objeto las normas que gobiernan la pretensión de la víctima de un daño extracontractual. Su lectura sugiere de qué modo podría llevarse a cabo una reforma de esa materia en un ordenamiento europeo contemporáneo.

Sin perjuicio de que algunas de las soluciones adoptadas por el legislador belga sean más o menos discutibles o trasladables a nuestro ordenamiento en mayor o menor medida, es oportuna la lectura de unas normas redactadas en un contexto legal cercano al nuestro, tanto por razones históricas como sociales y económicas. Las consideraciones que siguen se hacen desde la perspectiva de nuestro derecho de daños, sin afán de valorar su conveniencia en el derecho belga. Se pretende destacar el esfuerzo por codificar soluciones a cuestiones controvertidas en todos los ordenamientos de nuestro entorno.

Hay una cuestión previa que aborda la reforma belga. Sus artículos 6.1 y 6.2 afirman el carácter supletorio y no excluyente de las reglas codificadas sobre responsabilidad por daños extracontractuales. Nada, seguramente, que no resolvieran ya los mecanismos habituales de concurrencia de ley general con leyes especiales. En ordenamiento crecientemente complejos, como son los europeos, en los que la incorporación de directivas europeas ha dado lugar a la descodificación de buena parte del derecho privado, con clarificadoras las reglas que reservan al Código los principios generales y su desarrollo en concretos sectores de actividad a las legislaciones especiales.

Algunas de las soluciones adoptadas provocan perplejidad en el lector español. La más destacada de entre tales sea, acaso, la que se contiene en el nuevo artículo 6.3. Con manifiesto abandono del principio de *non-cumul*, permite el recurso a las normas sobre responsabilidad extracontractual con motivo de demandas por incumplimiento del contrato, bien contra el contratante incumplidor, bien contra sus auxiliares. Otras suscitan envidia. Como la relativa a la unificación del régimen de responsabilidad de entidades públicas y privadas por daños causados a terceros en los artículos 6.4 y 6.15.

Muchas otras contienen soluciones a problemas recurrentes en la aplicación judicial de las normas de responsabilidad civil extracontractual, tanto en Bélgica como en nuestro país. De nuevo, sin entrar ahora a valorar el acierto de las reglas introducidas en el nuevo Código belga, su reforma sugiere una pauta -y, acaso, la conveniencia- de contemplar en la regulación codificada de la responsabilidad extracontractual determinados aspectos. Por ejemplo, la definición de la culpa, que el artículo 6.6 define como el incumplimiento de una norma legal o social de conducta y cuya apreciación ha de tener en cuenta aspectos tales como la previsibilidad del daño, la proporcionalidad entre los medios para evitarlo y su gravedad o el estado de la ciencia y la técnica. Una apreciación que se acompaña de un listado de causas de exoneración en el artículo 6.8 y que se suman a la general que derive de casos de fuerza mayor en el artículo 6.7, de la exclusión de la responsabilidad personal de los menores de 12 años (artículo 6.9) y de la responsabilidad proporcional a su capacidad de discernimiento de los causantes que adolezcan de limitaciones permanentes de sus capacidades intelectivas y volitivas (artículo 6.11).

Se considera como causa del daño la que sea su condición necesaria. Así en el artículo 6.18, que no consigue evitar los ambages propios del concepto. Existen reglas específicas sobre pérdida de oportunidad (artículo 6.22) y causalidad alternativa (artículo 6.23) que aspiran a resolver algunos de los problemas clásicos en la materia mediante la aplicación de reglas de probabilidad esperada.

El daño es patrimonial y no patrimonial (artículo 6.26) y su reparación, que puede ser *in natura* (artículo 6.33) o por equivalente monetario ha de ajustarse a los postulados del «interés negativo» al que se refiere, aunque no emplea esa expresión, el artículo 6.31. En una opción ya presente en muchos ordenamientos y textos legales, en varios preceptos de la reforma se distingue entre el régimen aplicable a la reparación de los daños físicos y psíquicos, por un lado, y el resto de daños, materiales o económicos, por otro. La reforma, sin embargo, es cauta en exceso al manejar esa distinción.

La víctima tiene la obligación de mitigar el daño sufrido en el artículo 6.28. Se prevén reglas para la indemnización de daños futuros, siempre que su ocurrencia pueda tenerse por cierta (artículos 6.25 y 6.34) y para el agravamiento de los ya compensados (artículo 6.38). El artículo 6.35 incluye una mala solución para los casos de *collateral source rule* y de *compensatio lucri cum damno*.

Los varios responsables de un mismo daño responden in *solidum* (artículo 6.19). Un régimen que se diferencia del general de la solidaridad y que tiene contornos similares a los que ha desarrollado nuestra jurisprudencia en la materia, al que la reforma suma una regla sobre la reducción proporcional de los varios responsables en los casos de concurrencia de culpa de la víctima (artículo 6.20) y sobre la acción de reembolso en la relación interna (artículo 6.21), con expresa exclusión de ese régimen en los casos de responsabilidad por hecho ajeno.

Estas líneas no pretenden presentar la reforma belga como un modelo. Hay muchas cuestiones actuales y relevantes cuya ausencia en la reforma es llamativa. Por ejemplo, el tratamiento que hayan de merecer los daños dolosos o el régimen de responsabilidad por daños económicos, entre otras. Algunas de las soluciones adoptadas son discutibles y sus efectos pueden ser negativos para la prevención de daños y la protección de víctimas potenciales. La reforma sirve, de todas formas, como una pauta de lo que algo más al Norte han hecho un grupo de expertos. Nada más ni nada menos. Al fin y al cabo, en algún momento habremos de acometer nosotros esa labor.

Carlos Gómez Ligüerre

Alma María Rodríguez Guitián
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario

-

El presente trabajo busca aproximarse al conocimiento del derecho mediante el uso de herramientas procedentes de la psicología. Su principal objetivo consiste en analizar las implicaciones que para el derecho civil poseen determinados sesgos cognitivos y sociales sufridos tanto por profesionales del derecho como por individuos cuando adoptan decisiones jurídicas. Además, da cuenta de ciertas fórmulas empleadas por el legislador y por los tribunales para atenuar las consecuencias de esta clase de sesgos.

Abstract

-

This paper aims to approach the knowledge of law through the use of tools from psychology. Its main objective is to analyse the implications for civil law of certain cognitive and social biases suffered by both legal professionals and individuals when adopting legal decisions. In addition, it also reports on certain formulas used by the legislator and the courts to mitigate the consequences of these types of biases.

Title: *Biases and the law. In particular, its implications for civil law.*

-

Palabras clave: sesgos cognitivos, sesgos sociales, heurística, medidas frente a los sesgos, derecho civil.

Keywords: *cognitive biases, social biases, heuristics, anti-bias measures, civil law.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i2.01

2.2025

Recepción
18/12/2024

-

Aceptación
31/03/2025

-

1. Notas introductorias.

2. Primer plano: sesgos sufridos por los profesionales del derecho en el ejercicio de sus funciones.

2.1. Sesgo del statu quo.

2.2. Sesgo de halo y de *horn*.

a. Medidas legales antidiscriminatorias dirigidas a atenuar los efectos de los sesgos de halo y de *horn*.

2.3. Sesgo retrospectivo.

a. Medidas legales antirretrospectivas.

b. Medidas judiciales antirretrospectivas.

2.4. Sesgo de género.

3. Segundo plano: sesgos sufridos por los individuos en la adopción de decisiones con trascendencia jurídica.

3.1. Sesgo del optimismo excesivo.

3.2. Cascadas.

a. Cascada informativa.

b. Cascada de disponibilidad.

c. Cascada reputacional.

3.3. Sesgo de aversión a la pérdida.

3.4. Sesgo de anclaje.

3.5. Reacciones del ordenamiento jurídico para prevenir decisiones sesgadas e irracionales por parte de los consumidores y usuarios.

3.6. El uso de los sesgos de los ciudadanos en la configuración de las políticas públicas.

4. Bibliografía

-

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

1. Notas introductorias*

Cabe mencionar dos formas de acercarse al conocimiento del derecho. Una primera, de carácter más doctrinal o dogmático, persigue obtener dicho conocimiento desde la perspectiva interna del propio derecho, es decir, a partir de los materiales de autoridad que lo conforman. Y una segunda, de corte más analítico y causal, busca comprender la estructura del derecho desde la perspectiva externa que aportan las ciencias sociales, y ello a través de la aplicación de herramientas analíticas y empíricas procedentes de la economía, las matemáticas, la psicología o la sociología¹. Explica FARNSWORTH que normalmente en las Facultades de Derecho uno accede a un conjunto de reglas jurídicas y de principios que le posibilitan aprender en qué casos un sujeto debe reparar el daño causado, si un contrato es válido o no, qué diferencia hay entre un homicidio y un asesinato, etc, pero no se estudian otras herramientas externas que ayudan a complementar el análisis del derecho².

El presente trabajo quiere aproximarse al derecho con el uso de herramientas propias de la psicología. En particular, incide en el análisis de los estudios psicológicos de la conducta aplicados a la toma de decisiones y da cuenta de que tales decisiones pueden verse afectadas tanto por sesgos cognitivos como por sesgos que podrían denominarse sociales³. KAHNEMAN⁴ explica cómo nuestro cerebro utiliza dos sistemas, uno rápido, intuitivo, emocional y sin sensación de control voluntario (Sistema 1), y otro lento, racional y deliberativo, que centra la atención en actividades mentales que exigen fatiga (Sistema 2). La división entre el sistema 1 y el 2 es eficiente, permitiendo minimizar el esfuerzo mental y optimizar la ejecución. Este autor considera útil y conveniente el funcionamiento del Sistema 1: sus modelos de situaciones familiares, así como sus predicciones a corto plazo son adecuadas, y sus respuestas iniciales a los retos con los que nos encontramos son rápidas y, en general, correctas⁵. La mente lleva a cabo una serie de procedimientos de simplificación con el fin de reducir la compleja información recibida del exterior y de este modo posibilitar la adopción de decisiones de forma eficiente. Tales procedimientos mentales de simplificación a través de atajos (heurística), si bien con carácter general, como se ha apuntado ya, pueden ser útiles para la vida corriente, originan en ocasiones

* Alma María Rodríguez Guitián (alma.guitian@uam.es). Catedrática de Derecho Civil (Universidad Autónoma de Madrid). El presente trabajo tiene su origen en la ponencia impartida a los y las estudiantes de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Santiago de Chile) el día 22 de octubre de 2024. Agradezco la invitación del decano de dicha facultad, Jaime Couso Salas, y del profesor de Derecho Civil Carlos Pizarro Wilson.

¹ En este sentido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Prólogo» al libro de Ward Farnsworth, *El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el Derecho*, Girbau Pedragosa (traductor), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. I y II. A su juicio, el libro posee el mérito de haber identificado y ordenado las herramientas analíticas y empíricas importadas de otras disciplinas que permiten desvelar la arquitectura oculta del derecho.

² FARNSWORTH, *El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el Derecho*, Girbau Pedragosa (traductor), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 13.

³ VELASCO CABALLERO, «Psicología cognitiva, pensamiento automático y enseñanza del Derecho Administrativo», en Ponce Solé (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 110-111, señala que la enseñanza del derecho en general y, en particular, del derecho administrativo es básicamente racional, de modo que hoy por hoy consiste en la transmisión de conocimientos y técnicas con las que el estudiante podrá resolver racionalmente en el futuro problemas de la realidad. Por el contrario, se presta poca atención a los elementos irracionales, olvidando, a su juicio, que buena parte de las actuaciones jurídicas se originan en contextos de «baja elaboración cognitiva».

⁴ *Pensar rápido, pensar despacio*, Chamorro Mielke (traducción), 7ª edición, Debate, Barcelona, 2015, p. 35.

⁵ *Pensar rápido, pensar despacio*, cit.pp. 40-41 y 541.

errores o sesgos sistemáticos (*biases*) que conducen a que los juicios y decisiones humanas difieran de lo predecible⁶.

Cuando hay indicios de errores probables, estos solo pueden prevenirse con un control reforzado y una actividad más intensa del mencionado Sistema 2. Pero no sería eficiente adoptar como regla diaria la vigilancia continua, entre otras razones, porque este último sistema es muy lento⁷. Este tipo de disfunciones cognitivas se dan sistemáticamente en todos los países y culturas. Por supuesto afectan también a la toma de decisiones profesionales que poseen consecuencias para otras personas; y desde luego se mantiene un consenso acerca de que los jueces tampoco escapan a estos sesgos⁸. KAHNEMAN, SIBONY y SUNSTEIN⁹ denominan ruido al sesgo que provoca variabilidad en sentencias judiciales que tendrían que recibir un tratamiento igual (aunque tal denominación también podría extenderse, a su juicio, a otros profesionales, como médicos, empresarios o abogados). Tales autores hablan de «lotería de las sentencias». Citan como ejemplo la justicia penal: a veces un juez puede dictar una sentencia en base a su filosofía personal, otras veces por asociaciones de ideas de las que el juez ni siquiera es consciente (así, un acusado concreto le recuerda a un delincuente muy odiado, o una acusada le recuerda a su propia hija¹⁰).

⁶ En este sentido MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», *InDret* 2/2011, p. 3. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «El relativo valor de la justicia administrativa. Sesgos cognitivos y toma de decisiones judiciales. La “zona de lo interpretable” y el azar en el Derecho», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, p. 9, añade, a estos sesgos cognitivos, las motivaciones emocionales y morales y la influencia social.

⁷ KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit.p. 45. Señala que lo más conveniente es aprender a reconocer situaciones en las que los errores son probables y concentrarnos en prevenir los más importantes siempre que estemos ante la adopción de decisiones trascendentales para nuestra vida.

⁸ Tal consenso es compartido tanto en la doctrina española como norteamericana. Así, se ha señalado con claridad que los jueces son profesionales que en absoluto están libres de los sesgos (CHAVES GARCÍA, *Cómo piensa un juez. El reto de la sentencia justa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 200 ss y NIEVA-FENOLL, «Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez», *InDret* 1/2025, pp. 385-386), y que su negativa a reconocer que introducen preconcepciones en sus casos refleja una falta de conciencia, la fuerza de la retórica o el valor de la propaganda del modelo legalista (POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2008, p. 72). El actual Presidente del Tribunal Constitucional español, Conde Cumpido, reclamaba la independencia de este tribunal y señalaba que los magistrados cuentan con las herramientas necesarias para imponer «su imparcialidad lejos de sesgos: los argumentos jurídicos, nada más y nada menos», *El Confidencial*, 6-9-2024 (https://www.elconfidencial.com/espana/2024-09-06/pumpido-constitucional-jueces-toma-de-posesion-macias_3956654/). A mi juicio, cabría hacerse la siguiente pregunta: ¿los argumentos jurídicos están libres de sesgos? Como señala ALFARO AGUILA-REAL, «Sesgos crematísticos en la investigación jurídica», *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016 (<https://almacenederecho.org/sesgos-crematisticos-la-investigacion-juridica/>), «todos los sesgos de los juristas académicos deben contrarrestarse acudiendo a la argumentación y al “mercado de las ideas” esperando que otros tengan sesgos que les conduzcan a la interpretación opuesta y que, tras el intercambio y la discusión de acuerdo con los parámetros aceptados por todos, se llegue a la solución preferible». En similar sentido GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «El relativo valor de la justicia administrativa», cit.pp. 1-2 y 11, destaca la función relevante que posee el abogado ante los errores cognitivos del juez a la hora de emitir el fallo. Una buena defensa del abogado servirá para «reducir» las probabilidades de padecer una de esas consecuencias negativas de la inevitable “zona de lo interpretable”. En su opinión, la argumentación jurídica aporta la única solución a este complicado problema sin solución posible. El prefiere mantener que en determinadas decisiones y materias del derecho hay una «zona de lo interpretable» porque no podría asumirse que circunstancias relevantes (arruinarse, enriquecerse, ir o no a prisión) fueran producto de una interpretación subjetiva del juez.

⁹ *Un fallo en el juicio humano*, Chamorro Mielke (traducción), Debate, Barcelona, 2021, pp. 88-94.

¹⁰ Una muestra específica en el derecho civil se halla en la valoración y reparación del daño moral. La falta de criterios objetivos para tal reparación, como el valor de mercado o de sustitución de los bienes o derechos afectados, lleva consigo que su cuantificación dependa al final de valoraciones personales, en primer lugar, de la víctima y, posteriormente, del juez que dicta la sentencia. Tal tipo de valoración subjetiva desdibuja la frontera

Precisamente la imperfección que deriva de la suma de los sesgos y de la diversidad en las decisiones de los profesionales es uno de los principales argumentos esgrimidos hoy a favor de la sustitución de la toma humana de decisiones por herramientas de inteligencia artificial (en adelante IA)¹¹. KAHNEMAN, SIBONY y SUNSTEIN afirman que «(...) aunque es poco probable que un algoritmo de predicción sea perfecto en un mundo incierto, puede ser mucho menos imperfecto que el ruidoso y, a menudo, sesgado juicio humano. Esta superioridad se mantiene tanto en términos de validez (los buenos algoritmos casi siempre predicen mejor) como de discriminación (los buenos algoritmos pueden estar menos sesgados que los juzgadores humanos)»¹². Continúan señalando que los algoritmos de aprendizaje profundo y la IA no son los únicos medios para mitigar los errores, injusticias y ruidos procedentes de los sesgos de los individuos. Así, por ejemplo, los protocolos pueden ser utilizados por organizaciones de toda clase (empresas, hospitales, universidades y organismos públicos), permitiendo con ello higienizar la toma de decisiones profesionales con sesgos, aunque estos últimos no se eliminarán completamente¹³.

Resulta de interés plantearse si y, con qué función, podrían emplearse los sistemas de IA en la administración de justicia como alternativa a los sesgos de los jueces. La Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-323 de 2 de agosto de 2024 enjuicia de forma pionera el uso de la IA por un juez de segunda instancia, el cual empleó el ChatGPT para la motivación de la sentencia¹⁴. Se trata de la demanda de la madre de un menor con TEA (trastorno de espectro autista), que no fue exonerado de los copagos y cuotas moderadoras en el uso del Sistema General de la Seguridad Social en Salud, y al que también se le denegó el transporte urbano para acceder de forma gratuita a los citados servicios y no se le autorizó un tratamiento integral. La madre sostuvo la lesión de ciertos derechos fundamentales del hijo, como la salud y la vida digna. En la parte que aquí interesa, la Corte Constitucional entiende que no hay vulneración del derecho al debido proceso en cuanto que el juez de segunda instancia estructuró y fundamentó su análisis en los principios y normativa aplicable al caso y solo después, de forma secundaria, utilizó la IA como herramienta adicional.

que diferencia entre la discrecionalidad y la arbitrariedad y, además, perjudica a los potenciales agentes de los daños que pueden acabar siendo expulsados del mercado al no poder asumir el riesgo de una responsabilidad quizás potencialmente ilimitada. En el ordenamiento español el problema se agrava, por una parte, porque la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por los daños no llega a la casación pues, salvo contadas excepciones, la apreciación de la prueba corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia. Por otra parte, porque, a diferencia de otros países, los jueces y tribunales españoles no han elaborado, solos o con otros agentes, baremos orientativos, de carácter no vinculante, que les sirvan de pauta a la hora de calcular la indemnización por el daño moral. Sí ha tenido una iniciativa el legislador con las medidas incluidas en el sistema legal de valoración de daños causados por accidentes de circulación. Sobre ello GÓMEZ LIGÜERRE, «Concepto de daño moral», en Gómez Pomar/Marín García (dirs), *El daño moral y su cuantificación*, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 2023, pp. 57 y 66-68.

¹¹ En este sentido KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN, *Un fallo en el juicio humano*, cit.pp. 369, 370 y 371. Por otra parte, PONCE SOLÉ, «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 9, 2024, p. 176, cita, como posibles ventajas apuntadas de la adopción automatizada de decisiones respecto de la humana la mayor capacidad de procesamiento (la memoria humana es limitada al verse afectada por la fatiga), la mayor eficiencia y eficacia y los ya citados sesgos cognitivos humanos.

¹² *Un fallo en el juicio humano*, cit.pp. 370-371.

¹³ *Un fallo en el juicio humano*, cit.pp. 343 y 354.

¹⁴ Consúltase en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-323-24.htm> (fecha de consulta: 3/12/2024). Magistrado sentenciador: Juan Carlos Cortés González.

La sentencia señala, además del riesgo inherente de existencia de sesgos en la IA, los criterios a los que debe sujetarse el uso de la misma por un juez. Así, al principio de transparencia (en cuanto las partes han de ser informadas previamente de dicho uso), al principio de privacidad (no cabe introducir datos personales en el instrumento de la IA) y al principio de responsabilidad y no sustitución de la racionalidad humana. Es decir, la información obtenida del empleo de la IA debe ir dirigida solo a optimizar tiempo y mejora de la eficiencia del servicio de la administración de justicia, pero nunca a reemplazar al juicio humano y, en última instancia, la información obtenida debe ser revisada por el juez. La IA, de acuerdo con la sentencia, puede ser de utilidad para el desarrollo de funciones de administración y de apoyo, como la gestión documental, la organización de expedientes o la revisión o síntesis de textos extensos. Pero no puede servir, por el contrario, para «la creación de contenido, interpretación de hechos o pruebas y mucho menos para la solución de casos»¹⁵.

Las conclusiones anteriores de la Corte Constitucional de Colombia no difieren sustancialmente del Anexo III 8 del 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 determinados Reglamentos y Directivas¹⁶. Así, clasifica como de alto riesgo determinados sistemas de IA destinados a la administración de justicia y los procesos democráticos, en la medida que pueden tener efectos potencialmente importantes para la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Explica el Considerando 61 del Reglamento que «(...) a fin de hacer frente al riesgo de posibles sesgos, errores y opacidades, procede clasificar como de alto riesgo aquellos sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial o en su nombre para ayudar a las autoridades judiciales a investigar e interpretar los hechos y el Derecho y a aplicar la ley a unos hechos concretos».

Se cuestiona Ponce Solé¹⁷ si el uso del verbo «ayudar» incluido en el citado Considerando 61 excluye la adopción de decisiones judiciales con margen de apreciación de forma totalmente automatizada. Explica el citado autor que, en las enmiendas presentadas en su día por el Parlamento Europeo al proyecto de Reglamento de IA, se modificó el entonces Considerando 40 mediante la enmienda 71. El contenido de dicha enmienda fue finalmente incluido en el ya mencionado Considerando número 61 del texto definitivamente aprobado por el Parlamento en marzo de 2024, con el siguiente tenor: «La utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana. No obstante, la clasificación de

¹⁵ GRAVETT, «Judicial Decision-Making in the Age of Artificial Intelligence», en Sousa Antunes (ed), *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and The Law*, Springer, 2024, pp. 288-293, analiza, junto al fenómeno denominado «Technology effect» (la tendencia humana a tener un optimismo excesivo hacia la tecnología al vincular esta con el éxito), el llamado «Automation Bias», por el cual los jueces aceptan las recomendaciones dadas por un sistema automatizado, transfiriendo incluso la responsabilidad por las decisiones jurídicas a la máquina. No obstante, apunta ORTEGA KLEIN, «Juez con robot, más que robot juez», en Casas Baamonde (dir), *Derecho y Tecnologías*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 2025, p. 55, que el futuro en este campo no es uno de máquinas que sustituya a humanos en la decisión judicial, sino el de un sistema humano-máquina que pueda conservar rasgos emocionales y morales.

¹⁶ Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 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. El Reglamento de IA está publicado en DOUE 12.7.2024.

¹⁷ «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial», cit. p. 202.

los sistemas de IA como de alto riesgo no debe hacerse extensiva a los sistemas de IA destinados a actividades administrativas meramente accesorias que no afectan a la administración de justicia propiamente dicha en casos concretos, como la anonimización o seudonimización de resoluciones judiciales, documentos o datos, la comunicación entre los miembros del personal o las tareas administrativas»¹⁸.

En todo caso la promesa de una IA imparcial y objetiva choca de frente también con la realidad de los sesgos, que pueden darse en las distintas fases del ciclo de vida del sistema de IA, estando su origen, bien en el propio proceso, bien en la intervención humana. En el ámbito algorítmico los sesgos, con posibles resultados discriminatorios, pueden aparecer en el momento de la selección de los datos, en las acciones del desarrollador y/o programador del algoritmo o pueden ser inherentes al propio aprendizaje del algoritmo, sin poder descartar tampoco la posibilidad de existencia de errores en la interpretación del output¹⁹. Tales sesgos en gran medida guardan ligazón con la opacidad, característica inherente a la IA (sobre todo de la más compleja y autónoma), y con el denominado efecto de la «caja negra». El algoritmo extrae patrones a partir de los datos de los que se alimenta y va aprendiendo, a través de tales datos de entrada, a adoptar decisiones de salida sin que el usuario sea capaz de conocer cómo y por qué la máquina ha tomado determinada decisión o ha llegado a un determinado resultado²⁰.

En particular, la existencia de sesgos en los datos de entrenamiento es la principal causa de discriminación algorítmica y una de las más difíciles de abordar. Los sistemas de IA requieren la recopilación masiva de datos porque necesitan información dirigida al entrenamiento y funcionamiento de los modelos subyacentes; de modo que aquellos operan sobre la base de datos previos que podrían estar ya sesgados, como los relativos a la raza o al género²¹. Cuando los

¹⁸ PONCE SOLÉ, «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial», cit.p. 184, explica que las máquinas carecen de empatía, por tanto, no pueden adoptar buenas decisiones en aquellos casos en que exista un margen de valoración discrecional. Igualmente, las máquinas no deciden como los humanos, que utilizamos inferencias denominadas abductivas, capaces de formular conjeturas e integrar el sentido común en un mundo cambiante (cit.p. 188). Por su parte CHAVES GARCÍA, *Cómo piensa un juez*, cit. pp. 614-615, insiste en que el análisis estadístico con finalidad predictiva nunca podrá reemplazar el proceso deductivo personal del juez. Cita varios ejemplos de campos donde impera la dificultad para reducir a algoritmos la decisión sobre ellos, como la culpabilidad de una persona, la imputabilidad de responsabilidad civil o el acoso laboral.

¹⁹ ESPÍN ALBA, «Sesgos discriminatorios en la toma automatizada de decisiones en la contratación y protección de datos», en Álvarez Lata (coord), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 143-144.

²⁰ En este sentido GIL MEMBRADO, «Daños producidos por la IA: la opacidad del algoritmo y el efecto de caja negra», en Álvarez Lata, N. (coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Madrid, 2024, p. 513. Sobre tal carácter opaco de los sistemas de IA consúltese también CHESTERMAN, *We, The Robots? Regulating Artificial Intelligence and the Limits of the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, UK-New York, USA, 2021, pp. 66 y 70, el cual señala que la opacidad de los algoritmos puede proporcionar cobertura para decisiones inadmisibles al enmascarar prácticas discriminatorias. Cita el ejemplo de los usados para predecir futuros comportamientos de individuos específicos, así, si una persona cometerá un nuevo crimen o si desarrollará bien un trabajo concreto. Junto a ello hay otra hipótesis en la que la opacidad de los algoritmos, aunque no esconda un trato discriminatorio, es ilegal en cuanto la transparencia del proceso mismo puede ser más importante que la eficacia y la adecuación del resultado al que se llega. Esto sucede en las decisiones judiciales que sean resultado de algoritmos inexplicables (cit.pp. 75, 79 y 80).

²¹ BARRIO ANDRÉS, «Objeto, ámbito de aplicación y sentido del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial», *El Reglamento europeo de inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 26.

diferentes colectivos no están representados de forma correcta en la base de datos de entrenamiento se engrandecen o realzan las características del grupo dominante, tomándose este último como referencia para adoptar decisiones (sesgo de representación). Cabe citar dos ejemplos en dos ámbitos muy distintos. Así, en primer lugar, los datos de entrenamiento de un algoritmo de reconocimiento facial con fines de detección de delincuentes con frecuencia pueden representar en exceso a personas de raza blanca, produciendo evidentes y graves errores al intentar el reconocimiento facial de personas de color²². También existen supuestos de discriminación algorítmica por sesgos en las bases de datos de entrenamiento en el ámbito del proceso de la contratación laboral²³.

²² Un buen ejemplo de que un uso irresponsable de la IA podría exacerbar daños sociales, como el fraude, la discriminación, los sesgos y la desinformación [denunciado en la *Section 1* de la Orden ejecutiva sobre el desarrollo y el uso seguro y confiable de la IA de 30 de octubre de 2023 del Presidente Joe R. Biden, en la actualidad ya derogada] es el arresto policial de *Porcha Woodruff*, de 32 años, detenida en su casa por cargos de atraco y robo de vehículo con violencia, delante de sus hijos y vecinos y en un avanzado estado de embarazo [(*The New York Times*, 8 August 2023 (<https://www.nytimes.com/2023/08/06/business/facial-recognition-false-arrest.html>))]. La herramienta de IA de reconocimiento facial utilizada por el Departamento de Policía de Detroit, que buscaba comparar rostros desconocidos con fotografías incluidas en la base de datos policial de delincuentes, presentaba un claro sesgo: el algoritmo recibió más fotos de caras de piel clara que de piel oscura, de ahí que dicho sistema era inevitablemente peor en el reconocimiento de este último tipo de caras. Un mes más tarde de su detención, el fiscal del condado de Wayne desestimó el caso frente a ella. Dos semanas y media antes de que la policía detuviera a Woodruff, un hombre de 25 años llamó a la policía de Detroit desde una licorería para denunciar que había sido víctima de un robo a mano armada. Relató que ese mismo día conoció a una mujer, con la que había estado primero en su auto en el parking de una licorería y, a continuación, en una estación de servicio BP. Cuando la dejó en un lugar a 10 minutos de distancia, un hombre que estaba ahí para encontrarse con la mujer sacó una pistola y le quitó a la víctima su cartera, teléfono y auto. Un detective de la unidad de robo de automóviles comerciales del departamento de policía obtuvo el video de vigilancia de la estación de servicio BP, solicitando a un analista de delitos del departamento una búsqueda basada en el reconocimiento facial para identificar a la mujer. El analista proporcionó al investigador el nombre de Woodruff a partir de la comparación con una foto de esta última del año 2015 incluida en la base de datos de la policía. Parece que ese año la arrestó la policía cuando conducía sin una licencia vigente. Cinco días después del robo del auto, el detective encargado del caso le pidió a la víctima que observara seis fotos de mujeres negras, siendo una de ellas la fotografía de Woodruff. El testigo la identificó como la mujer con la que estuvo el día del robo. Fue decisivo para demostrar su inocencia que la mujer que aparecía en el video de la estación de servicio no se hallara embarazada.

²³ Con frecuencia los laboristas citan como ejemplo el sistema de IA creado por Amazon para la selección de personal. El modelo buscaba la identificación del perfil profesional que mejor encajara en la empresa conforme a las contrataciones llevadas a cabo por la misma en los últimos diez años. Como en el citado periodo de tiempo las contrataciones habían sido mayoritariamente de hombres, el algoritmo identificó que los varones encajaban mejor en la empresa y, por consiguiente, descartó de forma automática los curriculum vitae que contenían la palabra «mujer». Además, puesto que los algoritmos pueden hallar el modo de elegir a los candidatos a través de la conexión con otros datos incorporados en el currículum, aun presentándose estos en forma neutra, el citado algoritmo logró conocer en cada caso cuáles de los candidatos eran mujeres y cuáles hombres por medio del uso del femenino por parte de las candidatas en sus curriculum vitae. Véase sobre ello GINÉS FABRELLAS, «Análisis de personas y discriminación algorítmica en procesos de selección y contratación», *Labos*, Número extraordinario Normativa europea sobre inteligencia artificial, vol. 5, 2024, p. 114. Esta autora analiza en su trabajo otras situaciones de discriminación algorítmica que pueden ocurrir en procesos de selección, existiendo hipótesis de sesgos en las variables utilizadas por el algoritmo. Así, el sistema de IA puede identificar aquellas personas o colectivos en la plataforma o en redes sociales a quien dirigir la oferta de trabajo. Aunque esta práctica inicialmente es legal, la misma puede ser discriminatoria cuando la segmentación se lleve a cabo a partir de alguna de las causas de discriminación prohibidas. Este fue el caso de la empresa T-Mobile, que restringió las visualizaciones de oferta laboral en Facebook a personas entre 18 y 30 años. Prácticas discriminatorias pueden ser igualmente el uso de juegos en los procesos de selección. Además de ser poco ético que un juego de ordenador sea el factor determinante para la mayor o menor probabilidad de lograr un empleo, las personas menos familiarizadas con juegos de ordenador pueden verse penalizadas (especialmente personas con discapacidad en cuanto muchos de los juegos miden la rapidez de reacción), y ello a pesar de poseer un buen perfil profesional. La autora también señala que los sistemas de IA que analizan los movimientos faciales o el tono de voz de las personas en una entrevista de trabajo podrían tener igualmente un efecto discriminatorio al confundir con un mal perfil

A la vez que las máquinas poseen nuestros sesgos, también nuevos experimentos han acreditado la excesiva dependencia humana de las recomendaciones dadas por los sistemas de IA²⁴. La confianza ciega en las conclusiones y resultados originados por las máquinas puede hacernos caer, sin ninguna duda, en el denominado «sesgo de automatización», que nos lleva a fiarnos de aquellas sin ponerlas en cuestión²⁵. Este último sesgo está presente en todos los dominios computacionales, desde el software corrector ortográfico hasta los pilotos automáticos, y en toda clase de personas. De hecho, damos más valor a la información automatizada que a nuestras propias experiencias, incluso cuando aquellas y estas últimas colisionan²⁶. En el origen del sesgo de automatización subyace un sesgo más profundo: cuando tenemos que resolver un problema complejo y apenas disponemos de tiempo, nuestro cerebro prefiere el menor esfuerzo cognitivo, esto es, elige ponernos en las manos de los asistentes automatizados y en la ayuda que estos nos proporcionan casi instantáneamente²⁷. Confiamos en los sistemas de IA no solo porque seamos «avaros cognitivos», lo que nos lleva a tomar decisiones rápidas e intuitivas por pura comodidad, sino también porque nos resistimos a desconfiar de los sistemas percibidos por nosotros como inteligentes, aunque en realidad no lo sean del todo²⁸.

Tras este planteamiento introductorio, a la hora de desarrollar el presente trabajo voy a referirme a un doble plano, siguiendo la distinción que realiza CAVANILLAS MÚGICA²⁹: en primer lugar, los sesgos sufridos por los juristas cuando desempeñan sus funciones, es decir, cuando toman decisiones como juzgar, legislar o defender a un cliente. En segundo lugar, el jurista puede ser observador de los sesgos ajenos cuando los particulares adoptan determinadas decisiones con cierta trascendencia jurídica, por ejemplo, en cuanto consumidores. Debo hacer tres indicaciones previas. Como se verá, a veces resulta complicado respetar de modo rígido el doble plano mencionado, siendo inevitable que en algunos casos ambos se entremezclen dentro del trabajo. En segundo lugar, la lista de los sesgos cognitivos es extraordinariamente amplia, de modo que el presente trabajo se ciñe a la selección de los que me han parecido interesantes por su mayor

profesional los errores de lenguaje de personas extranjeras, migradas o refugiadas, así como las diferencias culturales de expresión (cit. pp. 112-113).

²⁴ VICENTE/MATUTE, «Humans inherit artificial intelligence biases», *Scientific Reports*, 6-13:15737, 2023 (<https://www.nature.com/articles/s41598-023-42384-8.pdf>).

²⁵ PONCE SOLÉ, «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial», cit.p. 177 y BRIDLE, *La nueva edad oscura. La tecnología y el fin del futuro*, Pérez Sánchez (traductor), Debate, Barcelona, 2020, p. 50.

²⁶ BRIDLE, *La nueva edad oscura*, cit.p. 50. Cita el siguiente ejemplo (cit.p. 52): un grupo de turistas japoneses, al intentar llegar a una isla de Australia, condujeron con un coche hasta una playa metiéndolo directamente en el mar porque su sistema de navegación por satélite les aseguraba que allí había una carretera.

²⁷ BRIDLE, *La nueva edad oscura*, cit.p. 53, el cual señala que «La computación no es una mera arquitectura; se ha convertido en la base misma de nuestro pensamiento».

²⁸ GARRIGUES WALKER/GONZÁLEZ DE LA GARZA, *Qué son los neuroderechos y cuál es su importancia para la evolución de la naturaleza humana. Reflexiones sobre el derecho, las neurotecnologías y la IA emergentes*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2024, p. 98.

²⁹ «Los sesgos del jurista (Una lección inaugural de curso)», *Blog Zona Bolonia*, 23/09/2016, pp. 1-9 (<https://zonabolonia.blogspot.com/2016/09/los-sesgos-el-jurista-una-leccion.html>). Reconozco en mí el sesgo de anclaje respecto al pionero trabajo desarrollado desde el derecho civil por Cavanillas Múgica, habiendo estado muy condicionada desde mi lectura inicial del mismo por la sugerente clasificación que hace de los sesgos cognitivos.

juego en la disciplina del derecho civil³⁰. Por último, hay sesgos, como el de género, de los que quizás pueda dudarse que entren en la clasificación estricta de los sesgos cognitivos, prefiriéndose su clasificación dentro de los sesgos sociales, pero en cualquier caso los he querido tratar por su trascendencia para determinados sectores del derecho civil.

2. Primer plano: sesgos sufridos por los profesionales del derecho en el ejercicio de sus funciones.

2.1. Sesgo del *statu quo*.

Diversos experimentos han probado que la energía mental humana es muy limitada, de modo que la realización de una actividad intelectual mínimamente exigente provoca que, posteriormente y como consecuencia de la fatiga cognitiva (*ego depletion*), tengamos menos capacidad de autocontrol y más probabilidad de sufrir sesgos cognitivos. En particular, el denominado sesgo del *statu quo*, que consiste en la resistencia a modificar el estado de las cosas tal cual está por el miedo que tenemos a perder y a arrepentirnos de nuestras conductas³¹. En cualquier caso, la preferencia por el *statu quo* no es fruto únicamente de factores irracionales e inconscientes, como el deseo de minimizar o evitar las emociones negativas que lleva consigo el alejamiento de aquel, sino también de ciertos factores racionales, como los costes que implica todo cambio³².

Un buen ejemplo es el estudio realizado en 2011 acerca de las decisiones de 8 cualificados jueces de vigilancia penitenciaria de Israel (dos de ellos mujeres) sobre concesión de libertad condicional. Tales jueces resolvían cada día una media de 22 peticiones de cambio de grado penitenciario de los presos. Emitieron 1.112 resoluciones judiciales durante 10 meses, identificándose en ellas un patrón común: al comienzo de la jornada y tras las pausas para desayunar y comer, las decisiones favorables a los presos eran del 65%, pero llegaban casi hasta cero justo con anterioridad a las pausas. Los jueces seguramente se veían afectados, a medida que transcurría su día de trabajo, por la fatiga cognitiva y esta les hacía ceder al sesgo del *statu quo* y, por tanto, favorecer las decisiones más comunes y menos arriesgadas para ellos, que eran las desfavorables a los presos³³. Los autores del estudio concluyen que la caricatura de que la justicia es lo que el juez desayunó podría ser muy apropiada para la toma de decisiones humanas en general³⁴.

2.2. Sesgo de halo y de *horn*.

³⁰ WIKIPENDIA, «List of cognitive biases» (disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases)

³¹ CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 1.

³² DOMÉNECH PASCUAL, «Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora», *InDret*, 2/2016, pp. 5-6.

³³ DANZINGER/LEVAV/AVNAIM-PESSO, «Extraneous factors in judicial decisions», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Vol. 108, Issue 17, 2011, pp. 6889-6892. El estudio es citado también por CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 2, que mantiene que sus conclusiones podrían extenderse perfectamente a los docentes cuando examinan a sus estudiantes.

³⁴ DANZINGER/LEVAV/AVNAIM-PESSO, «Extraneous factors in judicial decisions», cit.p. 6892.

Con frecuencia los individuos se forman impresiones globales, positivas o negativas, a partir de una sola característica de un sujeto (por ejemplo, la apariencia física). Esto es, se obtienen conclusiones positivas sobre una persona a partir de un cierto rasgo de la personalidad, capacidad o atributo (sesgo de halo), o bien negativas (sesgo de *horn*). En la aplicación al derecho de los efectos de tales sesgos, determinados estudios han probado que los abogados más atractivos ganan más salario que los demás, pero hay dudas sobre si las preferencias de los clientes por ellos derivan de su puro gusto por la discriminación o por su creencia correcta de que los jueces, jurados y otros abogados tratan a los abogados de mejor apariencia de forma más favorable, de modo que contratar a un abogado de buen aspecto llevará consigo finalmente ventajas patrimoniales para el cliente³⁵. Igualmente, respecto a las personas imputadas, parece existir en las salas de justicia, en virtud de estos sesgos, un trato más beneficioso para las más atractivas y peor hacia las de mayor peso³⁶. Ahora bien, la cuestión no es solo que los jueces o el jurado sean conscientes de este sesgo sufrido por ellos mismos, sino también que sean conscientes de que las decisiones de los individuos que van a ser objeto del litigio pueden estar impregnadas también del citado sesgo.

Los sesgos de halo y de *horn* igualmente poseen implicaciones en materia de contratación, pudiendo resultar ineficiente el proceso de selección. Si a una empresa llega el currículum de una persona que ha estudiado en una universidad de prestigio el reclutador puede pensar que se trata de un candidato serio y responsable (cuando en realidad ha conseguido su título a base de copiar y de pagar a empresas y colegas para que le hagan determinados trabajos). Lo contrario también puede suceder, de modo que es posible que se pierdan buenos candidatos a partir de impresiones negativas del reclutador, además del añadido de que la elección de los reclutadores puede ser discriminatoria frente a los otros candidatos. Datos como la procedencia social o económica de una persona, su sexo o género, su edad o la imagen en una fotografía son suficientes para que la subjetividad entre en juego. Por ello muchas empresas ya han puesto en marcha un sistema de currículum ciego o anónimo, de manera que solo se analiza la información objetiva que guarda relación con el puesto de trabajo, una vez omitidos los datos personales, como el nombre de la persona o su imagen³⁷.

³⁵ En este sentido BIDDLE/HAMERMESH, «Beauty, Productivity, and Discrimination: Lawyer's Looks and Lucre», *Journal of Labor Economics*, Volume 16, No. 1, 1998, p. 198. Sobre ello también CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 3, señalando la ausencia de datos en España sobre la influencia del sesgo estético en la justicia.

³⁶ Así, BEETY, «Criminality and Corpulence: Weight Bias in the Courtroom», *Seattle Journal for Social Justice*, Volume 11, Issue 2, 2013, pp. 523-553; PATRY, «Attractive but Guilty: Deliberation and the Physical Attractiveness Bias», *Psychological Reports*, Volume 102, Issue 3, 2008, pp. 727-733 y RUVA/GUENTHER, «Keep your bias to yourself: How deliberating with differently biased others affects mock-jurors' guilt decisions, perceptions of the defendant, memories, and evidence interpretation», *Law and Human Behavior*, Volume 41, Issue 5, 2017, pp. 478-493. Señalan MYERS/TWENGE, *Psicología social*, 13ª edición, McGrawHill, México, 2019, p. 509, que normalmente los hechos de un caso son lo bastante claros como para que los jurados puedan dejar de lado sus prejuicios y emitan un veredicto justo, pero cuando la prueba de los hechos resulta ambigua, es más fácil que los jurados la interpreten a través de sus sesgos preconcebidos y sientan compasión por un acusado que sea atractivo o que se parezca a ellos mismos.

³⁷ Ahora bien, se ha objetado que, a pesar de la bondad de dicho currículum ciego, la adopción del mismo no garantiza la inexistencia de sesgos discriminatorios en el proceso de selección del personal, porque tal proceso no se basa solo en los datos escritos en el currículum, sino que lo usual es que este constituya solo la primera fase. Además, como ya se ha comentado con anterioridad a propósito del caso de Amazon, si los procesos de preselección de los historiales curriculares se realizan a través de algoritmos, estos mismos pueden hallar el modo de elegir a los candidatas a través de la conexión con otros datos que aparecen incorporados dentro del historial, aun presentándose en forma neutra. Véase ASQUERINO LAMPARERO, «Algoritmos, procesos de selección y reputación digital: una mirada antidiscriminatoria», *Documentación Laboral*, núm. 126, 2022, pp. 125-126.

Más allá del ámbito de la contratación, cabe sostener que el sesgo estético en relación con la edad podría estar particularmente presente en el ámbito sanitario, tanto en facultativos (por ejemplo, la no solicitud de pruebas médicas muy costosas cuando se trata de una persona ya muy mayor) como en los propios jueces que conocen de litigios de responsabilidad civil sanitaria cuando la víctima posee una edad muy avanzada. Así, tiende tanto a minimizarse el posible error médico cuando la víctima es una persona mayor como a reducir la valoración de los daños a la hora de fijar la indemnización (lo contrario sucede cuando afecta a alguien que empieza la vida). Se ha apuntado en este sentido que hay una inconsciente minusvaloración de la salud de las personas mayores tanto por parte de facultativos como por parte de jueces (no, claro, por parte de los cercanos a jubilarse)³⁸.

Este tipo de sesgos, que cabe calificarlos como más sociales, y que están relacionados con el aspecto físico, la raza, la edad, el sexo o el género, la discapacidad u otras características análogas pueden ser consecuencia tanto del sistema de pensamiento rápido, automático o intuitivo como del lento, racional y deliberativo³⁹. En este último caso podría llegar a hablarse, incluso, de estereotipos, que son ideas compartidas dentro de un grupo social, que simplifican la realidad y que condicionan la percepción y el comportamiento de los individuos pertenecientes al grupo⁴⁰. El legislador es consciente de la existencia de estos sesgos y de estos estereotipos en los sujetos cuando estos últimos operan tanto en el ámbito público como en el privado, de modo que cabe afirmar que las políticas de igualdad y las normativas que se dictan conteniendo medidas antidiscriminatorias, de carácter general o específico, son un claro reflejo de que, efectivamente, existe este tipo de sesgos y pueden, en buena medida, conseguir el efecto de atenuarlo. Pensemos en una resolución dictada por un órgano administrativo por el que se deniega una vivienda de protección oficial o una ayuda social a una persona de raza negra o a una persona homosexual por el solo hecho de pertenecer a dichos colectivos.

a. *Medidas legales antidiscriminatorias dirigidas a atenuar los efectos de los sesgos de halo y de horn.*

A continuación, cito tres ejemplos de medidas antidiscriminatorias previstas por el legislador que podrían ser de utilidad para atenuar las consecuencias de dichos sesgos.

En primer lugar, la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, es aplicable tanto al sector público (que incluye expresamente la Administración General del Estado, Autonómica y Local y la Administración de Justicia) como al privado (personas físicas o jurídicas que residan, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera

³⁸ CHAVES GARCÍA, «Viaje a la mente de un juez que afronta la responsabilidad sanitaria: Juicios, prejuicios, sesgos y otros atajos mentales», en Herrador Guardia (dir), *Responsabilidad médico-sanitaria*, Sepín, Madrid, 2022, p. 746.

³⁹ MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit.p. 264, citan como ejemplo el sesgo racial implícito e intuitivo, que puede reflejarse en el comportamiento. Lo han individualizado en personas que se toman más tiempo para identificar palabras positivas, como paz y paraíso, cuando las asocian a personas de raza negra en lugar de a personas de raza blanca. También se concreta en juzgar a solicitantes de trabajo de raza blanca de forma más favorable y en recomendarles mejores tratamientos en las salas de urgencia de los hospitales y, por el contrario, en ser más rápidos en experimentar enfado con personas de color.

⁴⁰ Según VELASCO CABALLERO, «Psicología cognitiva, pensamiento automático y enseñanza del Derecho Administrativo», cit.pp. 117 y 121, una vez instalados los estereotipos en la conciencia social del grupo, se caracterizan por su rigidez y su resistencia al cambio.

que sea su nacionalidad, domicilio o residencia)⁴¹. Empiezo enumerando algunas hipótesis relacionadas con el ámbito del Derecho Privado.

¿Puede A negarse a celebrar un contrato de arrendamiento de su vivienda con B (que se caracteriza por su sobrepeso, ancianidad o pertenencia a una raza de color) y preferir celebrar ese contrato con C en cuanto este último no posee ninguna de las características antes apuntadas? O, ¿puede A, empresario, negarse a contratar a B (persona con discapacidad)? Los dos ejemplos mencionados pueden ser fruto de una decisión racional, clara, consciente y meditada por parte de A de no querer contratar con B, pero detrás de tal negativa puede subyacer también un sesgo inconsciente al tomar la decisión de forma intuitiva, rápida y automática. En cualquier caso, ambos ejemplos parecen estar muy relacionados igualmente con el denominado sesgo de grupo, que nos induce a una sobrevaloración de los colectivos de los que formamos parte (y, por tanto, a una infravaloración de los que son diferentes a nosotros).

Desde el punto de vista sustantivo en los supuestos antes citados se plantea, además, idéntico problema jurídico: el conflicto entre la autonomía privada (en sus diversas manifestaciones de la libertad para contratar o no y para seleccionar al cocontratante) y el principio de no discriminación. Los ejemplos antes citados aluden a la fase de formación del contrato, pero, por supuesto, es un problema que puede darse en todas las fases de la vida del mismo, aunque las situaciones discriminatorias surgen, sobre todo, bien en la fase precontractual mediante la negativa a celebrar el contrato, bien cuando se fija el contenido de éste dando un trato distinto más gravoso a un sujeto que a otro sin causa justificada⁴².

La libertad de contratar encuentra su apoyo constitucional tanto en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) como en la libertad en cuanto valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE), mientras que el principio de no discriminación se sustenta en el artículo 14 CE («Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»). En los dos ejemplos antes citados, aunque se trata de un conflicto entre derechos en las relaciones jurídico-privadas, en el primer caso estamos ante un contrato civil (arrendamiento) y en el segundo ante un contrato de trabajo, el cual, al caracterizarse por el desequilibrio entre las dos partes contratantes (empresario y trabajador), posibilita justificar *ab initio* un mayor impacto del principio de no discriminación⁴³.

⁴¹ «BOE» núm. 167, de 13/07/2022. También se ha dictado en la misma línea 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 («BOE», núm. 51, de 1/3/2023).

⁴² Así, VIVAS TESÓN, «El derecho contractual antidiscriminatorio: drittwirkung y libertad negocial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, N. 1, 2021, p. 673.

⁴³ Sobre el problema en general de la *Drittwirkung* (eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares), muy tratado e imposible de desarrollar por el objeto del presente *paper*, pueden consultarse, entre otros trabajos, algunos más antiguos, como los de ALFARO AGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, fasc. I, 1993, pp. 57-122 y AGUILERA, *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; y otros más recientes, como los de ALFARO AGUILA-REAL, «De nuevo sobre la Drittwirkung de los derechos fundamentales», *Almacén de Derecho*, 20 de diciembre de 2017 (disponible en <https://almacenederecho.org/nuevo-la-drittwirkung-los-derechos-fundamentales>); BERMEJO GUTIÉRREZ, «Fundamental Rights and Horizontal Direct Effect under the Charter», en Izquierdo-Sans/Martínez-Capdevila/Nogueira-Guastavino (eds), *Fundamental Rights*

En particular, la aplicación del principio de igualdad y no discriminación al contrato, figura que ha sido desde el punto de vista histórico la máxima expresión de la autonomía de la voluntad, se presenta hoy como una cuestión de relevancia en la medida en que el legislador español ha vuelto a pronunciarse de forma reciente a través de la ya aludida Ley 15/2022. Cabe preguntarse qué implica como novedad el principio de igualdad y no discriminación en cuanto límite a la autonomía de la voluntad contractual respecto a los límites tradicionales a la misma previstos en el artículo 1255 del Código Civil español (la ley, la moral y el orden público). No parece haber ningún cambio de entidad desde el punto de vista estructural, al constituir un límite más al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Pero desde el punto de vista sustantivo sí lo hay: el principio de igualdad y no discriminación no es una norma de orden público más, sino una norma que impone una nueva función del contrato y que implica la necesidad de que exista coherencia entre tal figura y los valores y principios que constituyen el fundamento del derecho civil, que no es otro que el respeto a la dignidad de la persona⁴⁴.

La Ley 15/2022 introduce una cláusula general enumerando todos los posibles factores de riesgo de una discriminación, sin distinguir una jerarquía entre ellos, tal y como se desprende de su artículo 2.1 (relativo al ámbito subjetivo legal):

«Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Como cuestión interesante se ha planteado si, frente a la actual opción del legislador, no hubiera sido más conveniente, de cara a darles un tratamiento diferenciado y específico, distinguir aquellos casos en que el hecho discriminatorio ha fundamentado históricamente la determinación del estatus jurídico de las personas o ha hecho peligrar la supervivencia de un determinado colectivo en la sociedad (piénsese en el sexo o en la raza), de otros en que no ha sido así (la edad)⁴⁵. La doctrina aparece dividida en este sentido. La opción favorable a un

Challenges. Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation, Springer, Switzerland, 2021, pp. 51-74 y BARBA, *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023.

⁴⁴ En este sentido BARBA, *Principio de no discriminación y contrato*, cit. pp. 193-194.

⁴⁵ Cabe citar como ejemplo de un supuesto en que podría ponerse en peligro la supervivencia de un determinado colectivo al negarse de modo sistemático a contratar con él el conocido caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* de 4 de junio de 2018 [ALFARO AGUILA-REAL, «El caso del pastelero que no quería hacer el pastel de boda a una pareja gay», *Almacén de Derecho*, 5 de julio de 2018 (<https://almacen.derecho.org/caso-del-pastelero-no-queria-pastel-boda-una-pareja-gay>)]. En este supuesto el pastelero demandado alegó motivos religiosos para negarse a hacer un pastel de boda a una pareja gay, que le denunció ante la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Colorado, la cual falló a favor de los denunciantes y le impuso la obligación de contratar. Tal obligación es confirmada por los tribunales de Colorado. Como señala Alfaro, el Tribunal Supremo no decidió en cuanto al fondo, limitándose a sostener que no se habían respetado las creencias religiosas del pastelero, pero sí que se pronunció abiertamente sobre el riesgo de que, si se estimara lícita la discriminación, esta pudiera tener consecuencias en el acceso de este colectivo a los bienes y servicios. Recientemente se ha dictado por el Tribunal Supremo norteamericano la sentencia 303 *Creative LLC et al. v. Elenis et al.*, 30 de junio de 2023, que ha dado la razón a una diseñadora de páginas de internet y única propietaria de 303 *Creative LLC, Lorie Smith*, cuando interpuso una demanda alegando que la *Colorado Anti-Discrimination Act* violaba su derecho a la libertad de expresión recogido en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. En concreto, señaló que, habiendo decidido ampliar su oferta e incluir servicios para parejas que buscan sitios web para sus bodas, no quería que el Estado la obligara

tratamiento diferenciado se apoya en la distinción hecha hasta el momento por las Directivas europeas entre los diferentes factores de riesgo centrándose en la raza, el origen étnico, el sexo o el género (Directivas 2000/43/CE de 29 de junio relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro)⁴⁶. Frente a esta primera tesis, se ha alabado que el legislador español haya considerado todos los posibles factores de riesgo al mismo nivel, constituyendo la expresión final del artículo 2.1 de la Ley 15/2022 («cualquier otra condición o circunstancia personal o social») una verdadera cláusula general, una lista abierta capaz de adaptarse a todas las nuevas realidades que puedan aparecer. Se considera desde esta última perspectiva que el principio de no discriminación debe tener un contenido amplio, entendiendo que las restricciones de las directivas europeas a determinados factores como la raza, el origen étnico, el sexo o el género solo deben estimarse como emblemáticas o útiles al ofrecer manifestaciones de medios para acreditar la discriminación, pero que, en todo caso, el legislador europeo debería tomar como ejemplo la regulación integral del español⁴⁷.

La 15/2022 mantiene un concepto amplio de discriminación en el artículo 6 (abarcando la discriminación directa e indirecta, discriminación por asociación y por error, discriminación múltiple e interseccional, acoso discriminatorio, inducción, orden o instrucción de discriminar, medidas de acción positiva y segregación escolar) y, como no podía ser de otra forma, excluye la existencia de discriminación cuando la diferencia de trato puede justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (artículo 4.2).

Otra cuestión interesante a plantearse, ya dentro del ámbito objetivo de la Ley 15/2022, son los casos en los que señala el legislador en el artículo 3.1 que, en materia de contratación privada, prevalece el principio de no discriminación frente a la autonomía privada:

«k. acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar».

«l. acceso y permanencia en establecimientos o espacios abiertos al público».

Se ha preguntado la doctrina, con razón, si ello significa que solo en estos casos concretos prevalece el principio de no discriminación frente al principio de la autonomía privada y, si es

a crear dichos sitios web para parejas del mismo sexo yendo en contra de sus creencias religiosas sobre el matrimonio. Consúltase en https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-476_c185.pdf.

⁴⁶ En este sentido GREGORACI FERNÁNDEZ, «Recensión al libro de Vincenzo Barba, *Principio de no discriminación y contrato*», *ADC*, Tomo LXXVII, fasc. II, 2024, p. 872. Con anterioridad a la Ley 15/2022, mantiene que algunos tipos de discriminación, como el sexo y la discapacidad, deben tratarse de forma autónoma al no ser totalmente subsumibles en la problemática genérica de la discriminación GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en García Rubio/Valpuesta Fernández (dirs), *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1078. En la misma línea más restrictiva estarían también inicialmente los artículos II.-2:101 y II.-2:105 del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante *DCFR*) [véase VON BAR/CLIVE (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. I, Sellier, Munich, 2009, pp. 165 y 195]. Pero es preciso apuntar que en el comentario al primero de los preceptos se explica (cit.p. 165) que la limitación de las citadas reglas del derecho a la no discriminación al sexo, etnia o raza solo refleja la actual situación del Derecho europeo en el ámbito de los contratos, pero ello no implica en absoluto la afirmación de que no pueda extenderse a otros hechos discriminatorios, tal y como sucede en otros países.

⁴⁷ BARBA, *Principio de no discriminación y contrato*, cit.pp. 36 y 181.

así, se pone en cuestionamiento si ha actuado de modo correcto el legislador o si, por el contrario, la prevalencia del principio de no discriminación en la contratación privada debería ir más allá de dichos supuestos⁴⁸. Por otra parte, se ha puesto de relieve las consecuencias negativas que pudiera tener la ligazón, incluida en la aludida letra k), de la referencia al acceso y suministro de bienes y servicios con la expresión «a disposición del público». Parece que lleva a interpretar que el principio de no discriminación solo pudiera jugar en la contratación en masa, en la que el bien o el servicio se ofrece por un profesional o empresario al público. Y, si bien es cierto que la principal hipótesis en la que puede darse la discriminación en materia contractual es en este tipo de casos, ello desde luego no debería permitir excluir de entrada la posibilidad de que una discriminación igualmente opere en otro tipo de contratación privada⁴⁹.

Una fórmula similar, «disponibles para el público», se encontraba ya presente en el artículo 69.1 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, que desarrolla el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso a bienes y servicios y a su suministro⁵⁰ («Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo»), que, a su vez, se tomó directamente del artículo II-2:101 DCFR. Tal expresión significa para García Rubio⁵¹ que el bien o el servicio en cuestión se ofrezca «al público» y no a una o varias personas en concreto, de modo que se ha interpretado por doctrina mayoritaria que solo caen en el ámbito de protección legal las actividades llevadas a cabo por profesionales o comerciantes. A su vez el requisito de que «sean ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar» [también incluido ahora en el artículo 3.1.k) LO 15/2022] se ha entendido a favor de que la normativa no sea aplicable a las transacciones realizadas entre particulares en un ámbito puramente privado, como el alquiler de una vivienda de vacaciones a un miembro del mismo grupo familiar que el arrendador⁵².

Cabe citar, a continuación, un segundo ejemplo de políticas antidiscriminatorias. En la actualidad, aunque las enfermedades de salud mental son las patologías sin duda con mayor estigmatización en la sociedad, en los últimos años otras patologías ligadas con problemas conductuales, como el sobrepeso u obesidad, también padecen este proceso de estigmatización social, pasando hoy a ser un problema de salud pública de primer orden. El estigma vinculado al sobrepeso u obesidad se relaciona no sólo con las repercusiones clínicas que genera en los individuos con exceso de peso corporal, sino también con la discriminación y el rechazo, individual y socialmente aceptado, que daña a las personas que se encuentran en esta circunstancia. Entre las causas de tal estigmatización se halla la creencia errónea de que la obesidad es una patología en la que la persona puede controlar de forma unilateral su enfermedad, cuando en realidad sobre ella influyen una gran cantidad de factores de todo tipo

⁴⁸ GREGORACI FERNÁNDEZ, «Recensión al libro de *Principio de no discriminación y contrato*», cit.p. 873.

⁴⁹ BARBA, *Principio de no discriminación y contrato*, cit.p. 184.

⁵⁰ «BOE» núm. 71, de 23/3/2007.

⁵¹ GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit.pp. 1087-1088.

⁵² GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit.p. 1088, sin embargo, afirma que, a su juicio, no cabe admitir de forma tajante que quien ofrece bienes y servicios en un marco más estricto que el mercado general pueda discriminar a otros sujetos.

(ambientales, genéticos, psicológicos, entre otros). Con frecuencia a una persona con sobrepeso u obesidad se la asocia, de forma intuitiva e inconsciente muchas veces, con una persona «vaga», «sin fuerza de voluntad», «sin autodisciplina», etc., aunque por supuesto estos argumentos no poseen evidencia científica⁵³.

Consciente el legislador de la discriminación y el rechazo que puede generar la obesidad, ha introducido una norma antidiscriminatoria que posibilita atenuar o suprimir el sesgo estético; así, el artículo 37 (Prohibición de discriminación) de la Ley 17/2011 de 5 de julio de seguridad alimentaria y nutrición⁵⁴:

- «1. Está prohibida cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sobrepeso u obesidad.
2. Se considera discriminación directa por esta razón, la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sobrepeso, de manera menos favorable que otra en situación comparable.
3. Se considera discriminación indirecta, por esta razón, la situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente, neutros pone a las personas con sobrepeso u obesidad en desventaja particular con respecto al resto de personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse, objetivamente, en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.
4. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sobrepeso u obesidad.
5. Los actos y cláusulas, que constituyan o causen discriminación por razón de sobrepeso u obesidad, se considerarán nulos y sin efecto.
6. Los poderes públicos adoptarán medidas específicas, a favor de las personas con sobrepeso u obesidad, para corregir situaciones patentes de desigualdad, así como medidas de intervención y fomento para la prevención y tratamiento de la obesidad, especialmente, de la obesidad infantil y de otros trastornos alimentarios».

El tercer y último ejemplo de indicación antidiscriminatoria por parte del legislador es el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 17/2013 de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social⁵⁵, que establece una cuota de reserva de trabajo en beneficio de personas con discapacidad, que es obligatoria para empresas públicas y privadas con 50 o más trabajadores:

- «1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal (...).
2. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia».

⁵³ BENÍTEZ BRITO *et al.*, «Estigmatización de la obesidad: un problema a erradicar», *Revista Española de Nutrición Humana y Dietética* [online], vol. 25, n.1, 2021, p. 6 (<https://dx.doi.org/10.14306/renhyd.25.1.1271>)

⁵⁴ «BOE», núm. 160, de 6/07/2011. Ejemplo legislativo citado por CAVANILLAS, «Los sesgos del jurista», cit.p. 3.

⁵⁵ «BOE», núm. 289, de 03/12/2013.

Este precepto legal conduce a la problemática de la validez de las cuotas rígidas (reservas de plaza o medidas de discriminación inversa), polémica en la que es imposible profundizar aquí, de modo que me limitaré a realizar unas breves observaciones sobre ello. En el momento actual se ha producido una evolución desde el concepto de igualdad estrictamente formal ligado al Liberalismo económico del siglo XIX hacia una nueva comprensión de dicho concepto que, para identificarse con la justicia sustantiva, necesariamente ha de incluir la diferencia y el derecho a su reconocimiento. La igualdad debe tomar en consideración las diferencias que se dan en la realidad, tanto para tutelarlas cuando impliquen un bien como para suprimirlas cuando supongan una injusticia⁵⁶. La aproximación al concepto de igualdad como diferencia se ha plasmado ya en algunas técnicas, como la discriminación positiva o inversa. Esta última expresión alude a un trato jurídico diferente y favorable que se proporciona a los miembros de un grupo fácticamente desventajado que lleva consigo, correlativamente, un trato jurídico concreto, diferente y peor, para uno o varios miembros del grupo mayoritario⁵⁷. La justificación normativa para el trato diferenciado es la consecución de la igualdad sustancial o real recogida en el artículo 9.2 CE 1978⁵⁸.

Este tipo de medidas, en cuanto implican un trato diferente ventajoso para un determinado colectivo basado en uno de los rasgos mencionados en el artículo 14 CE (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier condición personal o social), han de superar un examen de constitucionalidad, que consiste en la exigencia de que se trate de una medida idónea, necesaria y proporcional⁵⁹. Así, en primer lugar y en relación con la idoneidad, para justificar una medida que implica el uso de un rasgo incluido en el artículo 14 CE y que lleva consigo, como efecto colateral, el perjuicio directo a otros ciudadanos que no pertenecen al colectivo protegido al no poseer tal rasgo, dicha medida ha de tener como objetivo un propósito fundamental para el Estado; esto es, tal fin ha de ser una prioridad básica para la sociedad. De este modo, el mandato a los poderes públicos de promoción de la igualdad real y efectiva previsto en el artículo 9.2 CE es estimado como fin constitucionalmente lícito para justificar determinados tratamientos normativos diferenciados⁶⁰. El juicio de necesidad, en segundo lugar, implica que no ha de existir otro medio igualmente eficaz y menos limitativo de derechos para satisfacer la finalidad perseguida por la medida. Esto es, no cabrá aplicar una determinada medida de discriminación positiva si hay otra medida menos onerosa con la que alcanzar el mismo objetivo. La tercera

⁵⁶ En este sentido DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 350.

⁵⁷ REY MARTÍNEZ, «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 100, septiembre-diciembre 2017, p. 144.

⁵⁸ La función del artículo 9.2 CE («Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social») es una función legitimadora de acciones igualatorias a las que pueden proceder los poderes públicos. El juego del artículo 9.2 CE en las decisiones del Tribunal Constitucional se combina, en ocasiones, con el artículo 14 CE (prohibición de discriminación). Al respecto FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Comentario al artículo 9.2 CE», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer/Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la CE 1978, XL aniversario*, tomo I, Fundación Wolters Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 166-167 y 170.

⁵⁹ Consúltese GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 165.

⁶⁰ En este sentido MARTÍN VIDA, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003, p. 116 nota 17.

condición para superar el escrutinio de constitucionalidad es que esa medida sea proporcional para la consecución de cierto fin.

Entre las medidas de discriminación positiva se hallan las cuotas rígidas, es decir, aquellas a las que se refiere el artículo 42 del RDL 17/2013 antes mencionado. Suelen consistir en una preferencia automática del miembro del colectivo infrarrepresentado por su condición de tal, a través de cuotas reservadas, para la obtención de bienes escasos e indivisibles de la sociedad (como, por ejemplo, los puestos o plazas de trabajo). Y ello, incluso, si su cualificación es menor que la de miembros del colectivo dominante, aunque es cierto que suele requerirse una cualificación mínima necesaria para poder acceder a la plaza o puesto de trabajo. Las cuotas rígidas podrían provocar con mayor facilidad que otras clases de medidas de discriminación inversa una serie de consecuencias negativas, que se han calificado como objeciones sociológicas. Así, dentro de un primer grupo de objeciones, cabe enumerar la hostilidad frente al grupo favorecido y la estigmatización de los sujetos beneficiados, conduciendo con tales medidas a fines distintos a los pretendidos inicialmente. Un segundo grupo de objeciones se centran en el nacimiento de sentimientos de falta de autoestima y de inferioridad en el propio grupo favorecido y en la posible reducción de la eficacia de los servicios en cuanto se favorece con estas medidas a quienes no son necesariamente los más competentes⁶¹.

Otra objeción del mismo carácter sociológico de las anteriores es la denominada «pendiente resbaladiza», ya que una vez abiertas estas medidas a un grupo, cabe preguntarse por qué no se abren a otros. En este sentido se ha argumentado cómo, frente al colectivo de las mujeres y en relación con las personas con discapacidad, la sociedad española parece haber interiorizado perfectamente la medida legal consistente en la reserva obligatoria de puestos de trabajo para éstas últimas tanto en la empresa pública como privada⁶². Un hecho diferencial sustancial en relación con las medidas de discriminación inversa respecto a las personas con discapacidad es que el propio Tribunal Constitucional español se ha pronunciado a favor de las mismas en su sentencia 269/1994 de 3 de octubre⁶³.

2.3. Sesgo retrospectivo.

Los profesionales del derecho y, en particular, los jueces, son más propensos a padecer este sesgo (*hindsight bias*) en cuanto el objeto de su función suele ser el análisis de hechos del pasado que han tenido alguna consecuencia de relevancia. El conocimiento del resultado de una acción por el individuo lleva consigo un inmediato cambio de perspectiva, de modo que tal resultado le parece ya predecible e inevitable y proyecta su nuevo conocimiento hacia el pasado, no siendo

⁶¹ RUIZ MIGUEL, «Discriminación inversa e igualdad», en Valcárcel (coord.), *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, p. 84.

⁶² Así, ROMERO RÓDENAS, «La mujer en la universidad: un grupo históricamente discriminado», *The Conversation*, 07/07/2019 (<https://theconversation.com/la-mujer-enla-universidad-un-grupo-historicamente-discriminado-119792>) (fecha de consulta: 2/12/2024).

⁶³ «BOE» núm. 267, de 8 de noviembre de 1994. Unas reflexiones sobre este fallo en RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Discriminación positiva y profesorado universitario. Especial atención al acceso y promoción de la función pública», en Perdices Huetos/Ortega Bernardo (coords), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 24, BOE, Madrid, 2020, pp. 294-296.

consciente de la influencia que este proceso ha tenido en su juicio sobre lo acontecido⁶⁴. FARNSWORTH denomina a este sesgo «determinismo malicioso» en cuanto que, cuando se conoce el resultado, la mente se centra en todas las causas que han coadyuvado a que el mismo se produjera y relativiza factores que habrían devenido importantes si el resultado hubiera sido otro distinto⁶⁵. BARUCH FISCHHOFF⁶⁶ da cuenta de un experimento sobre este sesgo: los autores de un estudio contaban a los participantes voluntarios en el mismo una batalla real en el siglo XIX entre los ingleses y los gurkas del Nepal. Les narraban las circunstancias de la batalla y les solicitaban que estimaran la probabilidad de que se dieran unos resultados distintos (victoria de los ingleses, victoria de los gurkas o algún escenario diferente de callejón sin salida). La parte del grupo a la que se le había contado el resultado final de la batalla (victoria de los ingleses) tendieron mayoritariamente a sostener que eran los ingleses quienes mayores posibilidades tenían de ganar. Análogos experimentos y resultados se han llevado a cabo con profesionales del derecho⁶⁷, dudándose sobre si estos últimos pueden controlar más dicho sesgo que las personas no juristas⁶⁸.

El sesgo retrospectivo posee claras implicaciones jurídicas. Así, conduce en general a que los demandados parezcan más culpables de lo que en realidad son. Existe incluso el riesgo de que los jueces y jurados puedan considerar responsables a aquellos demandados que intentaron evitar una conducta negligente tomando todas las razonables precauciones en el momento de la causación del accidente. Pero el sesgo no solamente puede provocar injusticias, sino que también puede tener consecuencias económicas, de modo que cualquier potencial demandado que sea consciente de las implicaciones del sesgo podría intentar evitar su responsabilidad futura adoptando un exceso de precauciones, en muchos casos costosas e innecesarias⁶⁹. A veces es el mismo legislador o los mismos jueces los que conscientemente legislan o resuelven litigios de forma antirretrospectiva⁷⁰. Ahora bien, numerosos estudios han demostrado que resulta muy complejo llevar a cabo juicios sobre lo acontecido abstrayéndose por completo del resultado, de tal forma que la mayoría de las medidas propuestas para contrarrestar los efectos de este sesgo logran, como mucho, mitigarlo de modo parcial, pero nunca eliminarlo por completo⁷¹.

⁶⁴ CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo en el enjuiciamiento de la actividad médica», en Gil Membrado (dir y coord), *Bioderecho y Retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 339 y «Los sesgos del jurista», cit.p. 4 y MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales», cit.p. 6. Por su parte RACHLINSKI, «A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 65, 1998, p. 571, afirma que «Nothing is so easy as to be wise after the event».

⁶⁵ *El analista jurídico*, cit.p. 285.

⁶⁶ «Hindsight [not=] Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty», *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, Vol. 1 No.3, 1975, pp. 289-290.

⁶⁷ STROHMAIER/PLUUT/VAN DEN BOS/ADRIAANSE/VRIESENDORP, «Hindsight bias and outcome bias in judging director's liability and the role of free will beliefs», *Journal of Applied Social Psychology*, No. 51, 2021, pp. 141-158, en un contexto donde la quiebra de las empresas ha sido frecuente tras el COVID 2019, han demostrado que los jueces y abogados están sujetos a este sesgo cuando analizan la responsabilidad del director de la empresa que ha quebrado.

⁶⁸ CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo en el enjuiciamiento de la actividad médica», cit.p. 340.

⁶⁹ RACHLINSKI, «A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight», cit.p. 572.

⁷⁰ CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 4.

⁷¹ MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales», cit.p. 6.

a. *Medidas legales antirretrospectivas.*

Cito primero dos ejemplos de normas antirretrospectivas que se encuentran en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU)⁷², y que se han de emplear por el juez cuando resuelve litigios en los que se plantea la responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos.

El primer ejemplo es el artículo 137.3 del TRLGDCU:

«Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada».

Este precepto es fruto de la transposición al derecho español del artículo 6.2 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos: «Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado». Ambos preceptos confirman, pues, que el juicio sobre el carácter defectuoso del producto ha de llevarse a cabo en el momento, ya pasado, de su puesta en circulación⁷³.

Un producto que no era defectuoso en el momento en que se puso en circulación no se transforma en defectuoso por el solo motivo de verse superado o perfeccionado en versiones posteriores del mismo⁷⁴. Por tanto, las mejoras que pueda haber introducido el fabricante en el producto tras la puesta en circulación del mismo no pueden considerarse por el juez, a posteriori, como única prueba de que no se observaron las medidas de seguridad necesarias en el momento de la citada puesta en circulación. El mantenimiento de la tesis contraria tendría, por una parte, consecuencias negativas desde el punto de vista económico en cuanto se desincentivaría la innovación por parte de los fabricantes y, por otra parte, a los futuros clientes de tal producto se

⁷² «BOE» núm. 287, de 30/11/2007.

⁷³ PARRA LUCÁN, «Comentario al artículo 137 TRLGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, p. 1969, explica que la presente regla fue incorporada en la Directiva para evitar situaciones análogas a las planteadas entre los tribunales norteamericanos, donde la introducción posterior por el fabricante de dispositivos de seguridad fue interpretada como un reconocimiento de inseguridad en los previos diseños del producto. Tal regla buscaba «eludir la aplicación de los estándares de seguridad de hoy a los productos de ayer». Cita el ejemplo de los cinturones obligatorios de seguridad en la parte trasera del coche, que no ha supuesto de modo automático la responsabilidad de los fabricantes de vehículos por los daños sufridos por los pasajeros de modelos más antiguos todavía en circulación.

⁷⁴ MACÍA MORILLO, «Comentario al art. 137 TRLGDCU», en Cañizares Laso (directora), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2011. SALVADOR CODERCH/RAMOS GONZÁLEZ, «Capítulo IV: Defectos de producto», en Salvador Coderch/Gómez Pomar (eds), *Tratado de Responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 169, recuerdan que en todo caso el fabricante tiene un deber, de acuerdo a las normas generales de la responsabilidad civil (artículo 1902 del Código Civil), de advertir acerca de los riesgos conocidos tras la comercialización y antes del accidente, y de incorporar las medidas de seguridad razonables susceptibles de evitar o atenuar el riesgo de accidente. Se pronuncian en igual sentido SALVADOR CODERCH/SOLÉ FELIU, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 54.

les impediría con ello salir beneficiados de las mejoras posteriores introducidas ya en el momento de su compra del producto⁷⁵.

Parecía claro también a la doctrina, en virtud del párrafo tercero del artículo 137 TRLGDCU, que el perjudicado, si reclamaba la responsabilidad del fabricante por el producto defectuoso, no podía limitarse a probar la existencia de una comercialización posterior más perfeccionada del producto, pero ello no le impedía acreditar otros extremos distintos por los que consideraba que el producto ya era defectuoso en el momento de su puesta en circulación. De este modo una corrección posterior en el diseño en la presentación del producto puede constituir un indicio de que ya con anterioridad era defectuoso⁷⁶; igualmente lo puede ser la previa existencia de otros productos más perfeccionados en el momento de la puesta en circulación de un determinado producto⁷⁷.

La nueva Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo⁷⁸, da la siguiente redacción al artículo 7.3, con un contenido más amplio que recoge ya buena parte de las apreciaciones doctrinales indicadas en relación con el artículo 6.2 de la Directiva 85/374/CEE:

«Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que un producto mejor, incluidas las actualizaciones o mejoras para un producto, ya se haya introducido en el mercado o puesto en servicio, o se introduzca en el mercado o se ponga en servicio posteriormente».

La justificación de la nueva redacción aparece recogida en el Considerando (35): «En interés de dar una amplia oferta a los consumidores y con el fin de fomentar la innovación, la investigación y el fácil acceso a las nuevas tecnologías, la existencia o posterior introducción en el mercado de un producto mejor no debe llevar por sí misma a la conclusión de que un producto es defectuoso. De manera similar, el suministro de actualizaciones o mejoras para un producto no debe llevar por sí solo a la conclusión de que una versión anterior del producto es defectuosa».

Un segundo ejemplo de intervención legislativa para evitar la influencia del sesgo retrospectivo se halla en el artículo 140.1 e) TRLGDCU, que regula los «riesgos del desarrollo», en virtud del cual el fabricante quedará exonerado de responsabilidad si prueba:

«e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación (del producto) no permitía apreciar la existencia del defecto».

⁷⁵ MUÑOZ ARANGUREN, «Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica», *InDret* 4/2019, pp. 36-37.

⁷⁶ MACÍ MORILLO, «Comentario al art. 137 TRLGDCU», cit.p. 2011, considera que también puede ser significativa la retirada posterior del producto del mercado por el propio fabricante. Véase en este sentido la STS 105/2021, Civil, de 1 de marzo (ECLI: ES:TS:2021:758. Ponente: M^a Angeles Parra), que condena a la fabricante entendiendo que el producto era defectuoso y que tal retirada posterior voluntaria de la prótesis de cadera se debía a una tasa de cirugías de revisión mayor a la esperada: «La retirada del producto puede evidenciar que ya en el momento de su puesta en circulación el producto no cumplía las expectativas legítimas de seguridad, porque sus riesgos y efectos adversos eran superiores a los beneficios que ofrecía, en particular en comparación con otros productos que ya se estuvieran usando con la misma finalidad (...)» (fundamento sexto).

⁷⁷ SALVADOR CODERCH/ RAMOS GONZÁLEZ, «Capítulo IV: Defectos de producto», cit.p. 169.

⁷⁸ «DOUE» núm. 2853, de 18 de noviembre de 2024, pp. 1-22.

Es decir, en el supuesto de hecho de la norma el defecto existe en el instante de la puesta en circulación del producto, lo único que aquel no era cognoscible conforme al estado de la técnica y de la ciencia de tal momento. En la línea marcada por la Directiva 85/374/CEE, el supuesto de la letra e) forma parte del listado taxativo de causas de exoneración de la responsabilidad del productor incluidas en el citado artículo 140 TRLGDCU⁷⁹. Aunque el artículo 15.1º.b de la citada Directiva dejaba margen para que los Estados miembros optasen, al transponerla, por no contemplar esta causa de exoneración consistente en los riesgos del desarrollo, finalmente el legislador español decidió admitirla para los fabricantes de naturaleza privada, con la excepción recogida en el apartado tercero del citado artículo 140, que señala que no pueden alegar la causa de exoneración de los riesgos del desarrollo los productores de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano⁸⁰.

La Directiva (UE) 2024/2853 señala en su artículo 11.1 que los operadores económicos a que se refiere el artículo 8 no serán responsables de los daños causados por un producto defectuoso si demuestran, entre otras circunstancias señaladas, «que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o durante el periodo en el que el producto estaba bajo el control del fabricante no permitía detectar el carácter defectuoso» (letra e) ⁸¹. Pero, de igual manera que la Directiva 85/374, el artículo 18 de la Directiva nueva permite que los Estados miembros puedan excluir la aplicación de la exoneración de la responsabilidad por riesgos de desarrollo. Ahora bien, los Estados que decidan excluir la exoneración por tales riesgos, conforme al citado precepto habrán de restringir la exoneración a categorías concretas de productos, justificar la exclusión por motivos de interés público y limitar la exclusión con criterios de proporcionalidad⁸².

Hay cambios de relevancia en el nuevo artículo 11 respecto al anterior. Por una parte, señala el Considerando (50) de la Directiva (UE) 2024/2853 que el momento de la introducción en el mercado o de la puesta en servicio es normalmente el momento en el que un producto sale del control del fabricante. Pero que, como las tecnologías digitales permiten a los fabricantes ejercer el control más allá del momento de la introducción del producto en el mercado o de la puesta en servicio, los fabricantes podrán seguir siendo responsables de las deficiencias originadas tras dicho momento como resultado de programas informáticos o servicios conexos que se hallen

⁷⁹ La introducción del listado taxativo de las causas de exoneración de responsabilidad del fabricante en ambos preceptos, comunitario y español, se debe a la búsqueda del equilibrio en el reparto de riesgos entre perjudicado y productor, constituyendo una contrapartida al régimen más severo de responsabilidad objetiva previsto para este último. Véase AZPARREN LUCAS, «Comentario al artículo 140 TRLGDCU», en Cámara Lapuente (dir), *Comentarios a las Normas sobre Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 1221.

⁸⁰ PARRA LUCÁN, «Comentario al artículo 140 TRLGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, p. 2033, critica el diferente trato recibido por los productos sanitarios respecto a los medicamentos.

⁸¹ En la Directiva (UE) 2024/2853 se introduce el supra concepto de «operador económico», que es definido en el artículo 4 (15) como «todo fabricante de un producto o componente, prestador de un servicio conexo, representante autorizado, importador, prestador de servicios logísticos o distribuidor», justificándose tal ampliación en los Considerandos (36) a (38) en la necesidad de tutela de las personas físicas (consúltese también el artículo 8). Sobre la entonces Propuesta de Directiva véase, refiriéndose a tal supra concepto, MARTÍN CASALS, «Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *InDret* 3/2023, p. 26.

⁸² Señala GÓMEZ LIGÜERRE, «La nueva Directiva de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *La Ley Unión Europea*, Nº 133, Febrero 2025, p. 6, que habrá que esperar la manera en que interpretará el Tribunal de Justicia tales limitaciones a la libertad de los legisladores nacionales.

bajo su control, ya sea en forma de actualizaciones o mejoras o de algoritmos de aprendizaje automático. Debe estimarse que estos programas informáticos o servicios conexos se encuentran bajo el control del fabricante cuando él hace el suministro directamente o cuando él autorice o de cualquier manera consienta su suministro a un tercero⁸³.

Igualmente los cambios en el artículo 11.1.e se explican en el Considerando (52) de la nueva Directiva: «En aras de un reparto equitativo de los riesgos, los operadores económicos deben quedar exentos de responsabilidad si demuestran que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, determinado con referencia al nivel más avanzado de conocimiento objetivo accesible y no al conocimiento efectivo del operador económico en cuestión, durante el periodo en que el producto estaba bajo el control del fabricante, era tal que no podía detectarse su carácter defectuoso»⁸⁴.

Ni la Directiva 85/374/CEE ni el TRLGDCU contienen una definición del concepto «conocimientos científicos y técnicos». Tal expresión, como explicaba Solé Feliu, estaba formada por dos términos diferentes, que habían de evaluarse de forma conjunta para determinar si objetivamente podía apreciarse el defecto en el producto concreto. Así, el estado de la ciencia es el conjunto de conocimientos teóricos, independientemente de si han sido objeto de aplicación práctica. Y el estado de la técnica está formado por el conjunto de conocimientos que han sido objeto de aplicación práctica a través de tests y pruebas de experimentación⁸⁵. Como novedad frente al tenor literal de la Directiva 85/374/CEE, la Directiva (UE) 2024/2853 alude explícitamente al estado de los conocimientos científicos y técnicos determinado con referencia al nivel más avanzado de conocimiento objetivo accesible y no al conocimiento efectivo del operador económico en cuestión. Estas dos características que deben reunir los conocimientos científicos y técnicos a las que se refiere ahora de modo expreso la Directiva (UE) 2024/2853, la objetividad y la accesibilidad, ya fueron apuntadas en su día por la STJCE, Sala 5ª, de 29 de mayo de 1997 Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Asunto C-300/95)⁸⁶.

La citada sentencia menciona la característica de la objetividad en el punto 27, cuando señala que «(...) la cláusula de exoneración de la responsabilidad objeto de controversia no tiene en cuenta el estado de los conocimientos del que el productor de que se trata estaba o podía estar concreta o subjetivamente informado, sino el estado objetivo de los conocimientos científicos y

⁸³ Se cita el siguiente ejemplo: si se anuncia que un televisor inteligente incluye una aplicación de vídeo, pero el usuario debe descargar la aplicación desde el sitio web de un tercero después de la compra del aparato, el fabricante del aparato debe seguir siendo responsable, junto con el fabricante de la aplicación del vídeo, de los daños causados por el carácter defectuoso de la aplicación del vídeo, aunque dicho carácter defectuoso solo se haya originado una vez introducido este en el mercado.

⁸⁴ En este sentido la nueva Directiva no parece haber seguido las sugerencias previas incluidas en el Informe del *Expert Group on Liability and New Technologies-New Technologies Formation*, encargado por la Comisión Europea, que señalaba que en este ámbito no debería existir una exoneración por riesgos del desarrollo. Consúltase EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, Publications Office, 2019, p. 6 (<https://data.europa.eu/doi/10.2838/573689>). Sobre este documento GÓMEZ LIGÜERRE/GARCÍA-MICÓ, «Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Technologies», *InDret* 1/2020, pp. 501-511.

⁸⁵ SOLÉ FELIU, «Comentario al art. 140 TRLGDCU», en Cañizares Laso (dir), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 2073-2074.

⁸⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61995CJ0300>. Ponente: Melchior Wathelet.

técnicos del que, presumiblemente, el productor estaba informado». Explica SOLÉ FELIU⁸⁷ que este requisito es el que permite fundamentar la idea de que la introducción de la exoneración por riesgos de desarrollo no implica una ruptura con el régimen de responsabilidad objetiva de la Directiva, de modo que lo que exonera al fabricante no es la prueba de su actuación diligente (que es a lo que precisamente llevaría «la consideración de los conocimientos que subjetivamente tenía o pudo razonablemente tener el concreto fabricante demandado») sino la prueba de lo que integraba el «estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos».

A la segunda característica de la accesibilidad alude la STJCE cuando afirma en el punto 28 que «(..) el tenor literal de la letra e) del artículo 7 implica necesariamente que los conocimientos científicos y técnicos pertinentes estuvieran accesibles en el momento en que se puso en circulación el producto de que se trata», y en el punto 29 cuando señala que «De todo lo anterior se deduce que, para poder exonerarse de su responsabilidad, con arreglo a la letra e) del artículo 7 de la Directiva, el fabricante de un producto defectuoso debe acreditar que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado, en el momento de ponerse en circulación el producto de que se trata, no permitía descubrir el defecto de éste. Además, para que puedan oponerse válidamente al productor, es preciso que los conocimientos científicos y técnicos pertinentes estuvieran accesibles en el momento en que el producto de que se trate fue puesto en circulación». Pero, como se aprecia, la sentencia no profundiza en el significado e implicaciones de la característica de la accesibilidad. Se ha mantenido⁸⁸ que el hecho de que los conocimientos sean objetivamente accesibles significa que deben haber sido mínimamente divulgados en la comunidad científica en cuanto solo de este modo podrán tener acceso a los mismos en condiciones de racionalidad, excluyéndose por ello del conocimiento científico y técnico los secretos por motivos político, comercial o militar⁸⁹.

En otro ámbito del Derecho Civil muy distinto al anteriormente mencionado, el Derecho de Sucesiones, cabe encontrar un tercer ejemplo de medida antirretrospectiva por parte del legislador, la cual tendrá que tener en cuenta el juez que resuelva un litigio en el que el demandante haya impugnado un testamento mediante la alegación de la falta de capacidad del testador. Hay varios preceptos dentro del Código Civil español (en adelante CC) que dejan muy claro que el juez deberá situarse, para decidir si el testador tenía suficiente capacidad de entender y de querer, en un momento *ex ante* (otorgamiento del testamento) y no *ex post* (fallecimiento del testador), aunque este último se trate de un momento temporal mucho más próximo en principio a la fecha del litigio. Por una parte, así lo deja claro el artículo 663 CC, en su nueva redacción dada 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 (en adelante

⁸⁷ SOLÉ FELIU, «Comentario al art. 140 TRLGDCU», cit.p. 2075.

⁸⁸ SOLÉ FELIU, «Comentario al art. 140 TRLGDCU», cit.p. 2076.

⁸⁹ SALVADOR CODERCH/SOLÉ FELIU, *Brujos y aprendices*, cit. p. 55. reconocen, a la vez, que es una cuestión debatida si el estado de los conocimientos se limita o no al derecho de los Estados miembros de la Unión Europea o si debe ser mundial (cit.pp. 54-57).

LRAPD)⁹⁰: «No puede testar: 2º La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello»⁹¹.

Por otra parte, el artículo 666 CC, que no ha sufrido modificación tras la LRAPD, afirma que «Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento». Su finalidad es establecer que es válido el testamento de quien posee capacidad de testar en el momento del otorgamiento del instrumento, aunque ya no la tenga después en el momento de la muerte. De este modo con la promulgación de este precepto se pretendió en su día derogar antiguas disposiciones del Derecho Romano y de Las Partidas que, en determinados casos, exigían que se tuviera en cuenta el estado o situación del testador al tiempo de su fallecimiento. Según el Derecho Romano para los supuestos de falta de capacidad jurídica (como era el caso de los esclavos) el testamento solo era válido, como regla general, si el causante tenía capacidad para testar tanto en el momento de otorgarse la disposición mortis causa como en el día de su fallecimiento⁹².

La conclusión, pues, que se deriva del artículo 666 CC es que, en principio, ni las circunstancias anteriores ni las posteriores al otorgamiento del testamento, por sí solas, han de tomarse en cuenta para acreditar que el testador, en tal momento, no podía conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o de apoyos para ello. Ahora bien, otra cosa es que, según las circunstancias de cada supuesto, tales actos anteriores o posteriores, unidos a otras pruebas, puedan ser relevantes para apreciar la falta de capacidad natural del testador durante el mismo momento del otorgamiento del testamento (STS 280/2004, Civil, de 31 marzo⁹³). El hecho de que estos actos se tengan en cuenta por el juez no infringe el sentido y la finalidad del artículo 666 CC, porque únicamente desvelan o acreditan que tal alteración grave de las facultades psíquicas del testador existía ya en el momento del otorgamiento.

b. Medidas judiciales antirretrospectivas.

Los propios tribunales pueden seguir una orientación antirretrospectiva a la hora de resolver un caso. El derecho de daños es un ámbito especialmente propicio para la caída por el juez en el sesgo retrospectivo; por ello sin duda es muy importante hallar instrumentos para minimizar este sesgo en la medida en que los tribunales invierten mucho tiempo y esfuerzo en revisar las decisiones de los demandados en un litigio de daños y en evaluar la cautela puesta por aquellos al adoptar tales decisiones⁹⁴. Uno de esos medios para evitar los riesgos de este sesgo es la

⁹⁰ «BOE» núm. 132, de 03/06/2021.

⁹¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Comentario al artículo 663 CC», en Cañizares Laso (dir), *Comentarios al Código Civil*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 3259. Ya antes de la aprobación de la LRAPD se manifiesta en tal sentido la STS 146/2018, Civil (Pleno), de 15 de marzo (ECLI: ES:TS:2018:936. Ponente: M^a Angeles Parra Lucán). Sobre las novedades incluidas por la LRAPD véase también MESA MARRERO, C., «Comentario art. 663 CC», en García Rubio/Moro Almaraz (eds), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, pp. 501-504. En sentido similar al CC español, el artículo 421-4 de la Ley 10/2008, de 10 de julio del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones, hace equivaler la incapacidad para testar a la ausencia de capacidad natural en el momento del otorgamiento del testamento («DOGC» núm. 5175, de 17/07/2008).

⁹² RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Comentario al artículo 666 CC», en Cañizares Laso (dir), *Comentarios al Código Civil*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 3272.

⁹³ RJ 2004/1717. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil.

⁹⁴ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 286.

transformación del análisis de la culpa en una ecuación matemática⁹⁵. Esto es, cabe resolver estos casos de negligencia con la llamada «fórmula de Hand», empleada por este juez norteamericano por primera vez en la sentencia *United States v. Carroll Towing Co.* (159 F.2d 169, 2d Cir. 1947). Así, el juez no ha de tener en cuenta que el daño se ha producido ya (es decir, no debe situarse ex post) sino que debe situarse ex ante examinando determinadas variables: solo existe negligencia por el demandado si la probabilidad de que un daño se produzca y la entidad del propio daño son muy altos y no lo son, por el contrario, los costos de prevención del mismo, por lo que no sería negligente quien ante un suceso improbable y un daño no relevante en su cuantía no haya realizado costos de prevención que puedan estimarse desproporcionados⁹⁶.

Carece de sentido evitar un daño a unos costos extraordinarios en base a una regla de eficiencia económica. Es, sin duda, un mérito del análisis económico del derecho haber formulado un concepto económico de culpa, relacionando la diligencia y la negligencia con los costos de prevención necesarios para la evitación de un daño⁹⁷. A juicio de DÍEZ PICAZO⁹⁸ los parámetros o estándares de diligencia deben tomar en consideración los sacrificios exigibles a las personas a quienes la diligencia se reclama y, de modo simultáneo, los límites de dichos sacrificios.

El pensamiento de *Hand* es, sin duda, útil como aproximación general razonable a cómo deberían los tribunales resolver los casos de accidentes. Pero se ha advertido que incluso la aplicación de tal fórmula no eliminaría totalmente el peligro de que el juez cayera en un cierto sesgo retrospectivo: así, los tribunales podrían exagerar sistemáticamente la probabilidad de que un accidente ocurra porque, cuando examinan la cuestión, ya conocen que el accidente efectivamente se produjo. De modo que los demandados perderían en un porcentaje más elevado en este tipo de casos, con la consecuencia negativa subsiguiente de que pueda aplicárseles un régimen próximo al de la responsabilidad objetiva por el daño causado, por más que para ese supuesto solo deban responder por negligencia⁹⁹.

El uso habitual de la citada fórmula del juez *Hand* es escaso, incluso en Estados Unidos. Los tribunales españoles no la han adoptado ni siquiera en casos en que hubiera sido plausible llevar a cabo dicho análisis económico¹⁰⁰. Una muestra clara de ello es la STS 645/2014, Civil, de 5 de noviembre¹⁰¹, en la que se indemnizan los daños en virtud del artículo 1902 CC por la caída entre vagones en estación en curva a un viajero que se bajó del metro y que, cuando se dio cuenta de que no había llegado a su estación, trató de subir de nuevo, cayendo al andén por el hueco entre los dos vagones. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, que estima concurrencia de culpas imputando a la conducta de la víctima el 60% de la influencia

⁹⁵ CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo», cit.p. 349.

⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. IV (La responsabilidad extracontractual), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 273.

⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit.p. 273.

⁹⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit.pp. 273-274.

⁹⁹ RACHLINSKI, «A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight», cit.p. 573.

¹⁰⁰ Así, CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo», cit.p. 349. En el mismo sentido se pronuncia PAPAYANNIS, «El enfoque económico del Derecho de Daños», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 32, 2009, pp. 469-470, incidiendo en diversas críticas esgrimidas frente a la falta de mención de la fórmula del juez *Hand* en los tribunales, e incluso a su no aplicabilidad al caso concreto cuando tal fórmula sí es mencionada en las sentencias.

¹⁰¹ ECLI: ES:TS:2014:4688. Ponente: Calvo Cabello, José Luis.

causal debido a su confusión en la percepción de la puerta del vagón-hueco entre vagones, después de haber descartado en ella tanto el propósito de suicidarse como el de viajar entre los dos vagones. Por otra parte, se estima que el Metro Madrid S.A. es negligente en un 40% en la medida en que el riesgo de caída a las vías por parte de los viajeros era previsible, debiendo haber adoptado medidas de seguridad (según la AP la instalación de mamparas a lo largo del andén, que, al abrirse y cerrarse al mismo tiempo que lo hacen las puertas de los vagones, impiden a los viajeros aproximarse a las vías).

Ahora bien, aunque el Tribunal Supremo no entra a examinar cuál podría ser el coste económico concreto de dichas mamparas comparado con la probabilidad de que este tipo de accidentes sucedan, sin embargo, a nivel meramente teórico, el fundamento de derecho 6º de la sentencia sí señala que el artículo 4:102 (1) de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil debe tomarse como referencia para integrar la escueta formulación del artículo 1902 CC, citando los criterios a los que atiende aquel precepto para definir el estándar de conducta exigible, entre otros, el coste de las medidas de precaución¹⁰². En una segunda sentencia posterior, la STS 627/2017, Civil, de 21 de noviembre¹⁰³, se entiende que hay culpa exclusiva de la víctima al cruzar la línea pintada en el suelo, junto a la banda rugosa que evita los deslizamientos en el andén, al que se intentó acceder sin ninguna prudencia antes de que el tren se detuviera. La sentencia sostiene que no hay falta de diligencia por el Metro de Madrid, SA por la no colocación de mamparas con puertas de apertura coincidente con las de los vagones, no planteándose tampoco aquí como posible argumento el coste económico que ello podría suponer.

En el ámbito de la responsabilidad médica se emplea con frecuencia el criterio de la *lex artis ad hoc* para valorar y analizar la conducta de los profesionales sanitarios, el cual atiende a las singularidades de cada caso para concluir si ha habido negligencia médica¹⁰⁴. Se ha mantenido que la naturaleza casuística de tal criterio lo hace particularmente proclive al sesgo retrospectivo, por lo que se proponen otros instrumentos, alternativos o complementarios, que posibiliten objetivar más el análisis de la negligencia médica. Un primer criterio propuesto es la fórmula del juez Hand. Pero es muy dudoso que la misma sea operativa en este concreto ámbito. Dos de las variables incluidas en la citada fórmula son de difícil averiguación por parte de los jueces españoles¹⁰⁵. La primera variable, la probabilidad del daño, requeriría un completo estudio de riesgo. La segunda variable, entidad del propio daño, exigiría una valoración económica de la

¹⁰² Los *Principles of European Tort Law* (PETL), elaborados por el *European Group on Tort Law* con el objeto de la armonización del derecho europeo de la responsabilidad civil, como es conocido, no son vinculantes desde el punto de vista jurídico. La culpa viene definida en el artículo 4:101 PETL señalando que «Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible». Mediante la enumeración de una serie de factores se determina en el artículo 4:102 (1) cuál es dicho estándar de conducta: «El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos». Consúltase MARTÍN CASALS (coord), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), Thomson Aranzadi, 2008, p. 116.

¹⁰³ ECLI: ES:TS:2017:4097. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

¹⁰⁴ Por ejemplo, STS 828/2021, Civil, de 30 de noviembre (ECLI: ES:TS:2021:4355. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg), referente a un caso de responsabilidad médica por daños en una operación de cirugía estética.

¹⁰⁵ En este sentido CAVANILLAS MÚGICA, S., «El sesgo retrospectivo», cit.p. 350.

integridad personal y de la vida, y ello es complicado teniendo en cuenta que de modo mayoritario hoy se sostiene que la privación de la vida en sí misma no es un daño moral reparable. Así como la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desde prácticamente el momento inicial señala que de la muerte en sí misma no deriva derecho alguno que integre la herencia de la víctima fallecida y que sea, por tanto, ejercitable por los herederos en su condición de tales, la Sala de lo Penal, hasta aproximadamente los años 70, mantiene que los herederos del fallecido podían reclamar una indemnización por la muerte del mismo, pero en la actualidad la Sala Segunda se alinea con la doctrina de la Sala Primera¹⁰⁶.

Una segunda fórmula propuesta para objetivar más la negligencia médica es el uso de protocolos médicos, poniéndose el foco en analizar si la conducta del profesional demandado fue conforme a las directrices del protocolo más que en determinar si aquel fue diligente en la prevención y evitación de un daño¹⁰⁷. La protocolización consiste en un conjunto de reglas que se impulsan a partir de ciertas señales, de modo que, si se definen con precisión los indicios y las acciones requeridas, acabará siendo algo similar a un algoritmo. Los protocolos suelen ser elaborados por sociedades científicas de ámbito nacional o por expertos de un área determinada de la salud o de un servicio concreto de un hospital. Son normas técnicas cuyos destinatarios son los profesionales sanitarios, pero sin obligatoriedad jurídica. Ahora bien, los protocolos no están exentos de riesgos: así, sesgos inconscientes o conscientes de sus autores, riesgo de desuso, riesgo de que no sirvan para casos excepcionales... Además, pueden existir protocolos de diversas fuentes, en ocasiones contradictorios, y pueden confundirse con otros documentos, recomendaciones o buenas prácticas¹⁰⁸.

Se ha mantenido que es muy importante para el Estado de Derecho que los jueces no solo puedan dominar su propio sesgo retrospectivo y las propuestas igualmente sesgadas que les ofrecerán las partes, sino también que sean muy resistentes a la presión de la opinión pública, la cual puede estar muy sensibilizada cuando se producen determinados tipos de accidentes, de los que se hacen eco continuamente los medios de comunicación: un buen ejemplo lo constituye el

¹⁰⁶ Extensamente RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Indemnización por causa de muerte: análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español», *InDret* 2/2015, pp. 5-7. De modo excepcional BRÜGGEMEIER (*Modernising Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 127-128) se manifiesta a favor de la indemnización del *pretium mortis*, que ha de ser independiente, a su juicio, de la reparación del dolor propio de los parientes. Incluso llega a mantener que, si no hay allegados cercanos que puedan reclamar el *pretium mortis*, la compensación debería pagarse a una institución de caridad. Sin embargo, los comentarios al artículo VI.-2: 202 (2) DCFR señalan que dicho precepto, el cual regula qué daños pueden ser indemnizados en caso de lesiones personales o muerte, deriva del principio de que la muerte no constituye un daño jurídicamente relevante en el sentido de lo señalado por la legislación de responsabilidad civil extracontractual. La vida no tiene un valor monetario cuantificable que pueda asignarse por el derecho privado a los herederos o sucesores. Las notas de Derecho Comparado del citado texto señalan que esta tesis es común en la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos, excepto en Portugal. Véase VON BAR/CLIVE (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 4, Sellier, Munich, 2009, pp. 3227 y 3229-3230.

¹⁰⁷ CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo», cit.p. 348.

¹⁰⁸ Sobre ello CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo retrospectivo», cit.p. 348. Alaban el uso de los protocolos médicos KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN, *Un fallo en el juicio humano*, cit.pp. 301-315 y 385-386. Estos autores señalan que cuando los médicos emiten un juicio diagnóstico acerca de un paciente o prescriben un tratamiento, estos pueden ser sesgados y además producir ruido (es decir, ser diferentes de los emitidos por otros médicos en idéntico caso). Junto a los algoritmos de aprendizaje profundo y de IA empleados en medicina (por ejemplo, para detectar metástasis en los ganglios linfáticos de las mujeres con cáncer de mama), proponen que los protocolos también pueden minimizar los sesgos y los ruidos en las decisiones médicas.

famosísimo caso del Prestige¹⁰⁹. El buque Prestige era propiedad de la naviera griega *Universe Maritime Ltd*, aunque a efectos registrales figuraba como tal la entidad *Mare Shipping, Inc.* Liberia y como armadora la ya citada entidad *Universe Maritime*. Su finalidad desde hacía 26 años era el abastecimiento de combustible a barcos en alta mar y su estado de conservación era pésimo. Había partido de San Petersburgo el 31 de octubre de 2002 con una gran cantidad de cargamento de petróleo. Sobre las 14,10 horas del día 13 de noviembre de 2002, cuando navegaba cerca del Cabo Finisterre, la tripulación del buque oyó un fuerte ruido, parecido a una explosión, parándose las máquinas de forma automática. Hubo una inclinación transversal del barco debida un fallo estructural en el costado de estribor, el cual provocó una abertura de grandes e importantes dimensiones en el casco, vertiéndose una gran parte de la carga al mar. El fallo estructural fue debido a un mantenimiento y conservación deficientes del barco, de manera que sus estructuras no resistieron el fuerte oleaje en un día en el que las condiciones meteorológicas eran adversas.

La dirección y responsabilidad de las operaciones desde la Administración estatal fue asumida por el entonces Director General de la Marina Mercante. La primera decisión de las autoridades españolas, sin duda equivocada, fue la de alejar el buque averiado de la costa española. El barco siguió vertiendo gran cantidad de combustible durante los seis días que estuvo aún a flote. Como consecuencia del prolongado e intenso vertido de fuel, resultó contaminada una extensa zona de la costa norte y noroeste españolas y de la costa oeste francesa, además de producirse daños en instalaciones particulares y públicas, así como perjuicios consistentes en el cierre o reducción de negocios directa o indirectamente relacionados con actividades pesqueras y marisqueras, con evidentes consecuencias en el negocio turístico¹¹⁰.

El iter judicial de este caso es enormemente complejo y, por supuesto, carece de sentido entrar en este momento en él, limitándome ahora a considerar exclusivamente la parte que aquí puede interesar para el presente trabajo. La SAP de A Coruña, sección 1ª, de 13 de noviembre de 2013¹¹¹ constituye una buena muestra del control del sesgo retrospectivo por los propios jueces¹¹². En el proceso judicial, que dura 9 meses, son objeto de prueba y discusión las posibles responsabilidades penales del capitán y tripulación del barco, y del Director General de la Marina Mercante, también los daños y la posible responsabilidad civil *ex delicto*. La sentencia solo condena al capitán del barco por delito de desobediencia consistente en haber retrasado la ejecución dada de la orden de alejamiento del barco de la costa, excusándose aquel en que para ello necesitaba antes las órdenes del armador. Se absuelve de toda responsabilidad penal por delito contra los recursos naturales y el medio ambiente al Director General de la Marina Mercante, en cuanto se considera que la causa principal del siniestro fue el mal estado de conservación del barco, e igualmente se exonera de responsabilidad penal al capitán y al jefe de máquinas del «Prestige» por los aludidos delitos.

¹⁰⁹ En este sentido CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 4.

¹¹⁰ Los hechos en <https://es.wikipedia.org/wiki/Prestige>. De la extensa bibliografía remito a la obra ALVAREZ GONZÁLEZ/GARCÍA RUBIO (coords), *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, Iustel, 2007. De modo más reciente puede consultarse SIERRA NOGUERO, «La responsabilidad civil por la contaminación por hidrocarburos derivada del accidente del buque Prestige», *RCDI*, año 95, núm. 775, 2019, pp. 2637-2650.

¹¹¹ ECLI:ES:APC:2013:2641. Ponente: Juan Luis Pía Iglesias.

¹¹² Así lo manifiesta CAVANILLAS MÚGICA, «El sesgo de los juristas», cit. p. 4.

Es llamativo que se absuelva al Director General de la Marina Mercante, sobre todo teniendo en cuenta que su equivocada decisión de alejar el barco de la costa realmente tuvo unos efectos terribles y que, solo si le condenaba a él, el Estado debería hacer frente a los daños causados. La sentencia lleva a cabo en este sentido el siguiente razonamiento antirretrospectivo:

«Un profesional cualificado, asesorado por profesionales cualificados que informan que lo correcto es el alejamiento, salvo algunas excepciones poco explicadas, y que ha de tomar esa decisión de forma extremadamente urgente y rápida dado el peligro creado con la situación inicial del Prestige, cuando resuelve hacer caso a la mayor parte de sus asesores y a su propio criterio profesional, decidiendo de acuerdo con criterios que en rigor eran indiscutibles en aquel momento, está obrando de acuerdo con la prudencia y la diligencia profesionales exigibles (...).

Con posterioridad la sentencia del Tribunal Supremo 865/2015, Penal, de 14 de enero de 2016¹¹³, casa y revoca el fallo de la Audiencia Provincial condenando al capitán del barco por un delito imprudente contra el medio ambiente en la modalidad agravada de deterioro catastrófico [artículos 325, 326.e) y 331 del Código Penal] así como en materia de responsabilidad civil, como responsable directo junto a la aseguradora. Se declara igualmente la responsabilidad subsidiaria de la propietaria del buque y del FIDAC. En el extremo que aquí interesa ahora, confirma la absolución del Director General de la Marina Mercante, empleando idéntica argumentación que la AP en su fundamento quincuagésimo quinto:

«Al final el acusado optó por mantener la decisión de alejamiento, lo que debe ser valorado no con la distancia que ofrece el tiempo y el conocimiento certero de la capacidad de aguante del Prestige, que se mantuvo a flote durante seis días más, sino con la incertidumbre del momento en que se adoptó la decisión».

2.4. Sesgo de género.

Como ya he comentado antes, en el caso del sesgo de género puede caber la duda de si realmente estamos ante un sesgo cognitivo en sentido estricto, en cuanto no siempre es producto del sistema de pensamiento rápido e intuitivo, sino que a veces es consecuencia del sistema de pensamiento deliberado, reflexivo y lento. Lo que parece indudable es que tal sesgo posee particular incidencia en la disciplina del derecho civil y a través del mismo se reproducen estereotipos de género discriminatorios, presentes en la sociedad de forma ancestral, que lesionan el principio de igualdad. De ahí que sea particularmente importante llamar la atención sobre el riesgo de que los legisladores y los jueces caigan en este sesgo a la hora de crear, interpretar y aplicar las normas jurídicas, respectivamente.

Empezando por la perspectiva del legislador, se ha explicado por GARCÍA RUBIO¹¹⁴ que las propias categorías jurídicas (daños, contratos, impuestos o salario, entre otras) no constituyen un reflejo adecuado de las experiencias jurídicas de las mujeres porque han sido construidas tradicionalmente por hombres que se basan en las suyas propias. Hasta hace pocas décadas las mujeres no podían participar en la creación, aplicación e interpretación de las normas porque no eran ni legisladores ni jueces. Continúa señalando la anterior autora¹¹⁵ que los problemas reales

¹¹³ ECLI: ES:TS:2016:11. Ponente: Ana María Ferrer García.

¹¹⁴ GARCÍA RUBIO, «Comprender y transmitir el derecho de las mujeres», en Mesa Marrero (dir), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 78.

¹¹⁵ GARCÍA RUBIO, «Comprender y transmitir el derecho de las mujeres», cit.p. 82.

de las mujeres pocas veces se han hallado en el centro del debate científico al no ser de sencillo encaje en las categorías estereotipadas sobre las que viene construyéndose la Ciencia Jurídica, no siendo útiles estas últimas para tratar toda la complejidad de los citados problemas. Cabe mencionar como un ejemplo claro de ello el trabajo. El trabajo remunerado es el objeto exclusivo del Derecho Laboral. Dicha rama del ordenamiento no incluye el trabajo no remunerado, consistente en el desempeño de tareas domésticas y de cuidado de menores, de personas mayores y de dependientes; tareas de las que se han ocupado y se siguen ocupando sobre todo las mujeres¹¹⁶. Tanto el legislador como los jueces están llamados a subrayar hoy la importancia social y económica del trabajo no remunerado.

Que los jueces traten en sus justos términos el trabajo no remunerado, evitando caer en un sesgo de género, es muy importante desde luego cuando se resuelven controversias sobre pensiones alimenticias o compensatorias en rupturas familiares¹¹⁷. Pero la urgencia de valorar de forma justa el trabajo no asalariado de las mujeres va más allá de las citadas controversias, extendiéndose también, por ejemplo, al derecho de daños. Una clara muestra está en los métodos tradicionales existentes para valorar los daños personales, ya que, si las mujeres son víctimas de accidentes, sus daños por pérdida de la capacidad de ganancia (lucros cesantes por pérdida de la capacidad de obtener un trabajo remunerado) suelen infravalorarse, bien porque trabajan en casa, bien porque sus salarios son menos elevados que los de los hombres¹¹⁸. Se ha puesto de relieve en este sentido la dificultad de la prueba del lucro cesante en los casos en que las retribuciones por la actividad laboral no son fijas o estables, que incide especialmente en las mujeres al realizar estas últimas de modo mayoritario trabajos precarios y temporales en el mercado laboral¹¹⁹.

Desde luego que en estos otros casos en que la mujer es víctima de lesiones corporales que le impiden llevar a cabo sus exclusivas tareas de trabajo doméstico y de cuidado de dependientes, en ningún caso constituye un argumento válido que, como el trabajo doméstico no genera ingresos económicos, no hay daño patrimonial que deba ser indemnizado. Se ha señalado en este sentido que la tarea más urgente en el ordenamiento español actual es avanzar al reconocimiento de la dimensión patrimonial del daño causado por la muerte o lesiones del ama de casa (también, en su caso, por supuesto, del amo de casa). En general los tribunales españoles se muestran reticentes a tal reparación exigiendo una prueba complicada que acredite que las lesiones sufridas por el ama de casa le imposibilitan continuar desarrollando su ocupación habitual y que este impedimento le supone un grave perjuicio patrimonial. Igualmente relevante, junto a la

¹¹⁶ Señalan ALEGRÍA y VIVALDI, editoras del libro *Reflexiones feministas sobre los cuidados*, LOM ediciones, Santiago de Chile, 2024, p. 13, que el cuidado, circunscrito tradicionalmente a la intimidad del hogar, es igualmente una cuestión de raza y de clase en cuanto estas prácticas suelen hacerse también por mujeres inmigrantes y en situación de precariedad.

¹¹⁷ En este sentido GARCÍA RUBIO, «Comprender y transmitir el derecho de las mujeres», cit.p. 87 y nota 32. A modo de ejemplo esta autora cita la SAP de A Coruña de 3 de septiembre de 2008, en la que el padre solicita la extinción de una pensión de alimentos que venía pagando a su hija mayor de edad, la cual deja sus estudios universitarios para cuidar su madre enferma y con discapacidad grave. La sentencia argumenta en favor de la subsistencia de la pensión alimenticia, manteniendo que el cuidado, falto de remuneración y muy absorbente, continúa siendo un pilar esencial en nuestra sociedad actual, no suplido por la intervención pública y que constituye un fenómeno económico valorable.

¹¹⁸ GARCÍA RUBIO, «Comprender y transmitir el derecho de las mujeres», cit.p. 88.

¹¹⁹ MESA MARRERO, «El derecho de daños desde una perspectiva de género», en Mesa Marrero (dir), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, 2014, cit.pp. 286-287.

exigencia anterior de reconocer y reparar la dimensión patrimonial del daño causado por las citadas lesiones, es individualizar la dimensión extrapatrimonial que, sin duda, va ligada también a este tipo de daño, con el fin de impedir que la existencia de la vertiente extrapatrimonial dificulte la reparación de la patrimonial¹²⁰. Como gran novedad la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, introduce el reconocimiento del derecho de las «amas y amos de casa» a ser resarcidos por la pérdida patrimonial que supone la incapacidad temporal o permanente por la lesión personal sufrida tras un accidente de tráfico¹²¹.

Otro ámbito interesante donde juega o puede jugar con especial intensidad el sesgo de género es en la resolución de controversias sobre la custodia de menores. Hay veces que los jueces, a la hora de resolver este tipo de litigios, lo hacen llevados por tal sesgo. En un estudio sobre los litigios acerca del régimen de custodia resueltos por la Audiencia Provincial de A Coruña durante los años 2018 a 2021 se acredita que mayoritariamente se otorga la custodia exclusiva a la madre. De aquí se desprende la conclusión por los autores de dicho estudio que en no pocas ocasiones el juez está imbuido por sus prejuicios o creencias en relación a los roles asignados tradicionalmente a los progenitores, de forma que es la madre quien asume el papel de cuidadora, mientras que el padre se dedica fundamentalmente al trabajo fuera del hogar, ajeno al cuidado de la prole¹²².

Igualmente, otro estudio publicado en abril de 2018 se centró en el sesgo de género de más de 500 jueces (68% hombres, 30% mujeres y 2% sin identificar) de un determinado estado de Estados Unidos. Los investigadores propusieron a los magistrados dos casos imaginarios que estaban relacionados con custodia de menores y discriminación laboral, y los demandantes eran hombre o mujer. Los jueces rellenaron previamente una encuesta en la que respondieron a cuestiones sobre roles de género tradicionales que incluían estereotipos tales como «las mujeres están más interesadas en criar niños» o «a las familias les va mejor si el hombre es el cabeza de familia». La conclusión a la que se llegó en el citado estudio es que los fallos de los jueces reproducían sus

¹²⁰ En este sentido DEL OLMO, «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños», *InDret* 4/2013, p. 47, señala que hay parte de la doctrina y una línea jurisprudencial más innovadora que sí han dado ya este paso [citando a Martín Casals y a Pantaleón y la STS 389/2000, Civil, de 18 de abril (RJ 2000/2672. MP: Jesús Corbal Fernández)]. Pero explica que hay una línea jurisprudencial muy extendida en las Audiencias que continúa aplicando la solución tradicional de identificar el daño causado con el gasto de sustitución efectivamente realizado al contratar a un tercero que se encarga del desempeño de las tareas domésticas que con anterioridad llevaba a cabo la víctima [sobre ello consúltese DEL OLMO, «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños», en Díez Picazo (Coord), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Tomo I, 1ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1080-1081]. Por el contrario, en la mencionada STS de 18.4.2000, en la que una mujer sufre severas lesiones y secuelas al romperse una tabla deteriorada en la que estaba sentada como espectadora de un festival taurino en una plaza portátil instalada en un pueblo, el tribunal fija una indemnización para retribuir a una asistenta que la ayude en las actividades propias de una ama de casa, que es independiente de la indemnización concedida para reparar los perjuicios derivados de su imposibilidad para llevar a cabo las más esenciales funciones de la vida diaria.

¹²¹ Consúltese especialmente los artículos 131 y 143.4 del citado texto legal. Ya resaltaba dicha novedad legal MARTÍN CASALS, «Sobre la Propuesta del nuevo “Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación”: exposición general y crítica», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Número 50, segundo semestre 2014, pp. 41-68.

¹²² IGLESIAS CANLE/GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «Sesgos de género y decisión judicial (I): Análisis práctico y legal de la custodia de menores en el proceso matrimonial», en Bonorino (coord), *Sesgos, argumentación y decisión judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 142-143.

ideas preconcebidas sobre los roles de género y que, curiosamente, los jueces especialistas en derecho de familia tendían a adoptar decisiones más sesgadas y parciales que aquellos que no tenían tanta experiencia en dicho ámbito¹²³.

El Auto nº 324/2021 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Marbella de 8 de octubre de 2021, Proc. 1034/2021, es interesante en cuanto advierte sobre el riesgo de caer en el sesgo de género¹²⁴. Una pareja rompe su relación tras cuatro años de convivencia, teniendo un hijo en común, de corta edad en el momento que se dicta la sentencia. La pareja se trasladó a vivir de Madrid a Málaga, ya que, al padre, médico de profesión, se le ofreció un buen trabajo de carácter indefinido en un hospital. Tras la crisis de pareja, la madre se marcha con el menor, con la oposición expresa del padre, a una aldea gallega de pocos habitantes donde vive su familia, porque no desea vivir en Málaga. En las medidas provisionales del procedimiento de separación matrimonial, previas a que se dicte la sentencia de separación, se solicita por el padre el ejercicio de la patria potestad, de modo que el niño pase a convivir con él. La sentencia acuerda dicha medida provisional con el siguiente razonamiento en el fundamento de derecho 3º, en el que se aplica el interés superior del menor, y que merece la pena transcribir al menos de modo parcial:

«En consecuencia, en el presente supuesto, consideramos que el cuidador principal del menor debe ser su padre, quien tiene una mayor estabilidad a todos los niveles para poder atender mejor los intereses del niño, lo que ha demostrado desde el nacimiento del niño, pues ha estado con él, a tiempo completo, durante los permisos de paternidad disfrutados, durante 6 meses de los 12 meses de vida del menor. Nació en Marbella, está inscrito en el Registro Civil de Marbella, la vivienda de Marbella, que fue alquilada por ambos progenitores, ha sido la suya durante toda su corta vida. Marbella es una ciudad cosmopolita, que tiene todo tipo de infraestructuras, con todo tipo de colegios para poder educar a un niño, públicos o privados, con un buen Hospital, en el que, además, trabaja su padre como médico, y que, en definitiva, ofrece múltiples posibilidades para el adecuado desarrollo de la personalidad de un niño y para que crezca en un ambiente feliz. Lo que no sucede con la pequeñísima población en la Galicia profunda, a la que se ha trasladado la madre, lejos de todo, en la que ni siquiera la madre tiene opciones laborales, si bien ella misma ha demostrado la nula intención de buscar trabajo, pues pretende estar dos años criando a su hijo porque cuenta con la prestación económica de 1.200 euros que le ha solicitado al padre, aún a pesar de que tiene 30 años, es diseñadora de interiores y debería intentar buscar una estabilidad profesional para poder atender las necesidades de futuro del menor (...).

Si proyectamos esta idea al caso que nos ocupa resulta que no hay que dar por supuesto que una madre, por el hecho de ser mujer y haber parido a un hijo, esto es, por razones puramente biológicas, está más capacitada o tiene cualidades o habilidades especiales para cuidar mejor a un niño, especialmente, si es de corta edad. De admitir esto estaríamos perpetuando el papel de la mujer en el modelo de la sociedad patriarcal, vigente durante tantos siglos, en el que su posición ha sido secundaria o subordinada respecto a la del hombre, por el mero hecho de ser mujer, esto es, en atención al sexo, lo que supone un sesgo de género».

3. Segundo plano: sesgos sufridos por los individuos en la adopción de decisiones con trascendencia jurídica.

3.1. Sesgo del optimismo excesivo.

¹²³ MILLER, «Expertise Fails to Attenuate Gendered Biases in Judicial Decision-Making», *Social Psychological and Personality Science*, Volume 10, Issue 2, 2019, pp. 227-234 (especialmente pp. 231-232).

¹²⁴ Aranzadi Digital. Ponente: M^a Belén Ureña Carazo.

Las personas poseen en general una buena imagen de sí mismas; igualmente sucede cuando se comparan con los demás. Así, la mayoría de los empresarios se consideran más éticos que el empresario medio y la mayoría de las personas se creen más inteligentes, con mejor aspecto y menos prejuicios que el resto. De hecho, cuando un tercero supera el desempeño propio tendemos a pensar que es un genio. La mayoría de los adultos están más convencidos de que cuidan más a sus padres mayores que sus hermanos, y la mayoría de los conductores, incluidos los que estuvieron hospitalizados por accidentes, se juzgan más precavidos y hábiles que el conductor medio¹²⁵.

El optimismo predispone a un enfoque positivo de la vida. Estudios realizados a más de 90.000 personas en 22 culturas diferentes revelan que la mayor parte de los seres humanos se inclinan más al optimismo que al pesimismo. Pero el optimismo ilusorio sin duda aumenta nuestra vulnerabilidad. Al creernos inmunes a la desgracia y al infortunio no adoptamos precauciones sensatas¹²⁶. Somos excesivamente optimistas respecto a los riesgos que nos afectan, es decir, tendemos a minimizarlos. Ello se proyecta en relación a la probabilidad de que nos demanden, o a la de que nos descubran cometiendo una infracción legal, o a la de sufrir un accidente, lo cual incide, a su vez, en el importe de las primas de los seguros que concertamos y en las medidas de prevención que tomamos¹²⁷. Este último hecho se esgrime como un argumento frecuente a favor de regular los riesgos en materia de seguridad y no dejar al mercado que lo haga; porque no entra dentro de lo probable que quienes toman decisiones en el mercado se den realmente cuenta de los riesgos concurrentes si se hallan bajo la influencia de un optimismo injustificado¹²⁸.

Un ejemplo dentro del derecho civil de este optimismo excesivo que nos caracteriza se aprecia con claridad en la figura de los pactos en previsión de ruptura matrimonial, los cuales son negocios jurídicos por los que los cónyuges o futuros cónyuges regulan de forma anticipada las consecuencias que pudieran derivarse de una eventual y futura separación y/o divorcio¹²⁹. Dos

¹²⁵ Véase MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit. pp. 47-49.

¹²⁶ Consúltase MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit.pp. 50-51. Farnsworth considera, por ello, que no es muy acertada la otra expresión con la que se califica también a este sesgo, sesgo interesado o egoísta (*self-serving bias*), porque no es frecuente obtener una ventaja propia del mismo, considerando mejor denominación la de sesgo optimista. Véase *El analista jurídico*, cit.p. 311.

¹²⁷ En este sentido FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 311, el cual señala que interesa especialmente a los abogados comprender este sesgo en cuanto así intentarán que sus clientes no caigan en el mismo. GARRIGUES WALKER/GONZÁLEZ DE LA GARZA, *Qué son los neuroderechos y cuál es su importancia para la evolución de la naturaleza humana*, cit.p. 100, explican que estudios sobre el cerebro han acreditado que el optimismo está vinculado a una «falla de actualización selectiva y una codificación neuronal disminuida de información no deseada con respecto a lo que sucederá en el futuro». Para dichos autores parece claro que el modo de procesar la información es esencial para el autoengaño, no pudiendo el optimista extremo ponderar la información importante al valorar de modo inadecuado los datos de la realidad.

¹²⁸ Así FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 312. JOLLS/SUNSTEIN, «Debiasing Through Law», *NBER Working Paper* No. w11738, November 2005, pp. 1-49 (<https://ssrn.com/abstract=842473>), proponen una vía intermedia entre una regulación legal excesiva y una ausencia de regulación legal ante la irracionalidad de los individuos cuando adoptan decisiones. Son conscientes de los peligros que implica una regulación estatal en ciertos sectores para la autonomía de las personas, que puede conducir a una manipulación de estas últimas, pero en ciertos ámbitos creen que sí puede ser útil de cara a reducir ese margen irracional en la toma de decisiones.

¹²⁹ Existen innumerables trabajos sobre los pactos en previsión de ruptura, entre los últimos, GARCÍA MAYO, *Pactos prematrimoniales: En previsión de crisis matrimonial*, J.M. Bosch, 2023 y LÓPEZ SUÁREZ/NEUPAVER ALZOLA/CERVILLA GARZÓN (coords), *Pactos familiares en previsión de ruptura*, Atelier, 2024.

son las notas características de estos pactos. Son prospectivos, esto es, se celebran antes del matrimonio, o durante la pacífica convivencia conyugal, para entrar en juego solo en caso de una hipotética ruptura matrimonial. La segunda nota característica es su carácter previsor, esto es, buscan dar soluciones en el presente a conflictos todavía no existentes en el momento de su celebración¹³⁰. Las partes contratantes, por el hecho de concertarlos durante la pacífica convivencia matrimonial o con anterioridad a ella, no contemplan la ruptura de su relación como un riesgo real. Por tanto, no perciben de modo exacto las implicaciones que puede suponer su crisis y no son conscientes de las consecuencias que podría traerles en el tiempo las renunciaciones actuales a derechos que les corresponderían en virtud de la normativa tras la ruptura¹³¹. Además, cuanto mayor es la distancia entre el momento de la celebración del pacto y la crisis matrimonial, mayor es la probabilidad de que el acuerdo inicial, que ha tenido lugar en unas concretas circunstancias, pueda devenir inadecuado para una o ambas partes, e incluso injusto. De este último hecho tampoco son conscientes los cónyuges o futuros cónyuges.

Señala FARNSWORTH¹³² que el sesgo del optimismo excesivo es un sesgo testarudo, ya que la simple advertencia sobre el riesgo o el mero hecho de darle a alguien información acerca de las probabilidades en juego tampoco tiene mucho éxito. El propone poner algún tipo de distancia entre los ciudadanos y sus propias decisiones, recomendándoles, por ejemplo, que contraten a un abogado. En el ordenamiento estatal español no existe regulación sobre los pactos en previsión de ruptura, pero sí la hay en el Código Civil de Cataluña. Examinó, a continuación, las posibilidades que ofrece esta normativa en el sentido que acaba de indicarse. En el citado Código finalmente no se introdujo la obligatoriedad de la presencia de un letrado, pero sí, en cambio la de un notario que autorice estos pactos¹³³. No obstante, en favor de la conveniencia de un abogado para cada parte se alega que el notario se limitará a su labor de asesoramiento, pero ni

¹³⁰ Sobre tales características MEDINA ALCOZ, «Los acuerdos prematrimoniales: Análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común», en Echevarría de Rada (dir), *Cuestiones actuales de Derecho de Familia*, La Ley, 2013, p. 287.

¹³¹ En este sentido CARRASCO PERERA, *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos. Un manual para estudiantes de toda condición*, Dilex, Madrid, 2006, pp. 52-53. EISENBERG, «The Limits of Cognition and the Limits of Contract» 47 *Stanford Law Review*, n° 47, 1995, pp. 211 y 222-225, explica cómo hay ámbitos donde los límites cognoscitivos son relevantes a la hora de celebrar contratos duraderos basados en la relación de confianza entre las partes. Así, las «faulty telescopic faculties» afectan a la capacidad de las partes para llevar a cabo comparaciones racionales entre situaciones presentes y futuras: se tiende a dar menos valor a los futuros beneficios y costes frente a los presentes. Por otra parte, las «faulty risk-estimation faculties» conducen a las partes no sólo a subestimar sino también a ignorar los riesgos de probabilidad baja. En concreto, este autor señala los pactos prematrimoniales como un ámbito afectado por tales límites cognoscitivos (cit.pp. 254-258).

¹³² *El analista jurídico*, cit. pp. 312 y 314-315.

¹³³ En este sentido señalan los apartados 1 y 2 del artículo 231-20 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia («DOGC», núm. 5686, de 5/08/2010):

«1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio.

2.El notario, antes de autorizar la escritura a la que se refiere el apartado 1, debe informar a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4».

negociará lo más conveniente para cada uno de los otorgantes ni ejercerá una labor de defensa de los intereses de éstos últimos, labor que desde luego sí desempeñaría el letrado¹³⁴.

El asesoramiento del notario se ha calificado como un requisito de validez flexible, de modo que, en caso de ausencia del mismo, bastará con acreditar, para estimar válido el pacto, que las partes dispusieron al menos de la posibilidad de contar con asesoramiento legal independiente cuando celebraron el pacto¹³⁵. Desde luego esta parece ser la explicación más plausible si tiene en cuenta que el legislador catalán ha seguido en esta materia la regulación norteamericana de los *Principles of the Law of Family Dissolution*, elaborados en el año 2000, cuyo objetivo es constituir una guía tanto para el legislador de los diferentes estados como para los tribunales en orden al desarrollo del derecho patrimonial de la familia¹³⁶. Pero con frecuencia, aun contando con asesoramiento legal, los otorgantes podrán concluir los acuerdos aceptando condiciones desfavorables para ellos, bien porque piensen que la ruptura nunca tendrá lugar, bien porque crean que renegociar los términos de dicho pacto podría entenderse por su futuro cónyuge como una falta de confianza¹³⁷. Lo curioso es que ni siquiera el hecho de que los contratantes reúnan determinadas características de madurez personal y profesional elimina la existencia del sesgo, que les conduce a celebrar pactos que pueden perjudicarles en el futuro¹³⁸.

¹³⁴ Véase al respecto ALLUEVA AZNAR, «Gènere i Dret de Família: Una lectura dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial a partir del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16, 2016, p. 110 (<http://revistes.iec.cat/index.php/RCDP>). Señala LAMARCA MARQUÉS, «Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència», en Institut de Dret Privat Europeu i Comparat. Universitat de Girona (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família: materials de les Dissetenes Jornades de dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, 2013, p. 462, que, aunque la presencia de un abogado puede implicar problemas de costes económicos o de responsabilidad profesional, hubiera sido una opción más idónea.

¹³⁵ ALLUEVA AZNAR, *Pensión compensatoria y autonomía privada familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 243 y SOLÉ FELIU, «Comentari al article 231-20 del Codi Civil de Catalunya», en Egea Fernández/Ferrer Riba (dirs) y Farnós Amorós (coord.), *Comentari al Llibre segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 151-152.

¹³⁶ Según el § 7.04 (2) la parte que pretende ejecutar el acuerdo debe probar que el consentimiento de la otra parte fue informado y estuvo libre de coacción. Tal párrafo se completa con el § 7.04 (3), que presume, *iuris tantum*, la validez del pacto prematrimonial que cumple varios requisitos: además del temporal de haberse celebrado treinta días antes del matrimonio, que ambas partes obtuvieron, o se les aconsejó obtener, asesoramiento jurídico independiente, y al menos tuvieron la posibilidad razonable de obtenerlo antes de la celebración del pacto y, por último, que en caso de que finalmente una de las partes no dispusiera de dicho asesoramiento, el pacto estuviera redactado en un lenguaje fácilmente comprensible para un adulto de mediana inteligencia sin formación jurídica especializada, tanto respecto al significado de los términos del acuerdo como al hecho de que los intereses de las partes podrían resultar perjudicados en relación a dichos términos. Consúltese THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of The Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Newark, NJ LexisNexis, 2002, p. 963. Sobre ello y la línea similar seguida por la vigente *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* de 2012 consúltese RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 148 ss.

¹³⁷ SCHERPE, "Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective", en Scherpe (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 495.

¹³⁸ Una buena muestra es el caso resuelto por la STS 392/2015, Civil, de 24 de junio (ECLI: ES:TS:2015:2828. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas), que admite la validez del pago de una renta vitalicia a favor de la esposa para el caso de que se produzca una futura ruptura matrimonial. En concreto, hace suya la argumentación de la sentencia de la Audiencia Provincial, la cual sostiene que «...en el supuesto analizado los otorgantes son personas maduras, con fallidas experiencias anteriores, cumplidamente formadas en experiencias universitarias y dilatado ejercicio en el campo de la medicina y del derecho, especialmente significativo en lo que ahora analizamos, en el esposo que asume la obligación económica, de profesión abogado, tal y como se explicitaba en consideraciones anteriores, usando ambos de su libertad en una sociedad moderna y abierta como la actual, de modo que ningún reparo puede ser opuesto en tal sentido» (SAP Cádiz, sección 5ª, 411/2013 de 26 de julio (ECLI: ES:APCA:2013:1084. Ponente: Rosa Mª Fernández Núñez).

Además de la figura del notario existe en el apartado 5 del artículo 231-20 del Código Civil de Cataluña una previsión, relativa al momento de la ejecución del pacto, que puede servir para minimizar las consecuencias negativas de este sesgo del optimismo excesivo, el cual se refleja tanto en las renunciaciones hechas en el momento de la celebración del pacto como en la falta de previsión en tal momento de hechos futuros que podrían sucederles. Así, según el indicado precepto «Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron».

El requisito de la imprevisibilidad de las circunstancias es, sin duda, muy polémico. Por ejemplo, parece muy discutible si el nacimiento o la adopción de hijos o hijas comunes de la pareja tras el otorgamiento del pacto es una circunstancia razonablemente imprevisible a efectos de hacerlos valer en favor de la ineficacia del pacto. Podría alegarse en contra de ello que el nacimiento o la adopción de hijos o hijas comunes es una circunstancia propia y lógica de una relación marital o de una convivencia afectiva, y que su probabilidad de que suceda es elevada¹³⁹. Como excepciones a esta última afirmación cabe citar la existencia de datos objetivos que permitieran descartar en la pareja o matrimonio la llegada de hijos al mundo, como la avanzada edad o una enfermedad que impidiera la procreación en el momento de la celebración del pacto¹⁴⁰. Puede considerarse una excepción también que el nacimiento del hijo o hija vaya acompañado de circunstancias extraordinarias que obligan al cónyuge que renunció en el pacto a las futuras ventajas patrimoniales a abandonar su trabajo para cuidar al menor; así, el nacimiento de este con una grave enfermedad¹⁴¹.

Precisamente el último de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en esta materia, la STS 362/2023, Sala Civil, 13 de marzo¹⁴², sitúa en buena medida frente a la cuestión antes apuntada. La exesposa alega que no ha de regir la renuncia recíproca acordada por ellos a cualquier ventaja económica que pudiera corresponderles tras el matrimonio, porque, al haberse ocupado ella sola del hijo y no haber existido finalmente contribución paritaria en su cuidado por el padre, también pactada, no concurren las condiciones para que entren en juego las capitulaciones. La sentencia de la Audiencia Provincial acoge la tesis de la esposa presumiendo que en el pacto celebrado la validez de la renuncia a las ventajas económicas va ligada a la condición del cuidado paritario del hijo durante la convivencia.

El Tribunal Supremo considera válido el pacto en cuanto hay consentimiento libre y no viciado, no existiendo posición de superioridad por ninguna de las partes, y en cuanto los derechos objeto de renuncia (prestación compensatoria y compensación por el trabajo doméstico) son de

¹³⁹ ALLUEVA AZNAR, *Pensión compensatoria y autonomía privada familiar*, cit.p. 313.

¹⁴⁰ En este sentido ALLUEVA AZNAR, *Pensión compensatoria y autonomía privada familiar*, cit.p. 325. GARCÍA RUBIO, «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV, 2003, pp. 1672-1673, parece admitir incluso como un motivo suficiente para la revisión judicial del pacto el nacimiento o la adopción de hijos comunes cuando en el momento del otorgamiento del pacto «se estaba en la idea de no tener descendencia».

¹⁴¹ SOLÉ FELIU, «Comentari al article 231-20 del Codi Civil de Catalunya», cit.p. 157.

¹⁴² ECLI: ES:TS:2023:879. Ponente: M^a Angeles Parra Lucán.

naturaleza disponible. La sentencia se plantea si concurre alguna circunstancia sobrevenida extraordinaria por la que la esposa no pudiera trabajar tras la celebración del matrimonio y el posterior nacimiento del menor, o si existe alguna circunstancia fuera de lo común que hiciera que el cuidado del menor exigiera una dedicación especial que, al asumirse en exclusiva por la esposa, la hubiera colocado, al no poder trabajar, en una situación de precariedad económica que las partes no pudieron contemplar ni prever en el pacto. Concluye que no se han alegado por la esposa ni se han estimado probadas por la sentencia de la Audiencia Provincial ninguna de dichas circunstancias a favor de la ineficacia del pacto, hecho al que se añade que en el propio pacto sí acordaron la posible contratación de terceros que complementara la función de cuidado de los hijos¹⁴³.

Interesante es plantearse también en relación con este sesgo del optimismo excesivo si el mismo ha de considerarse siempre negativo. Tal sesgo a veces puede llevar consigo ciertas ventajas para el propio sujeto que lo padece. Explica en este sentido FARNSWORTH que la persona que toma la decisión de casarse, si no tuviera una percepción exagerada de sus capacidades y posibilidades de éxito en esta aventura, seguramente no se atrevería a iniciar la misma. Una visión demasiado fría y calculada de las opciones en juego y del balance entre costes y beneficios conducirían al individuo a no tomar iniciativas nuevas y acabarían con el nivel de confianza necesarios para poder alcanzar el éxito¹⁴⁴. Igualmente, las acciones y comportamientos movidos por el sesgo del optimismo excesivo pueden generar beneficios para terceros. Por ejemplo, una exageración de las posibles ventajas del matrimonio o de la vida en pareja puede conducir a beneficios para la sociedad en general, como la de tener descendencia. En otro ámbito muy distinto, el actor que inicia una demanda de responsabilidad civil contra el fabricante por productos defectuosos, con pocas opciones de éxito desde un análisis frío de la situación, puede estar prestando un servicio público al posibilitar que se dicte una sentencia favorable útil para el resto de consumidores¹⁴⁵.

3.2. Cascadas.

A continuación, se analizan tres tipos de cascadas, informativas, de disponibilidad y de reputación. Estas poseen un claro componente de psicología social, e implican la adecuación del comportamiento y creencias de un sujeto al grupo. Así, las personas suelen elegir, a la hora de tomar decisiones, conformar su conducta y sus opiniones a la sociedad en lugar de perseguir sus deseos personales. Esta tendencia puede ser producto de influencias inconscientes o de la presión social. Las tres clases de cascadas sin duda tienen relación también con el denominado sesgo gregario o de rebaño, que consiste en seguir el comportamiento de la mayoría.

a. Cascada informativa.

¹⁴³ Esta sentencia es un buen ejemplo, a mi juicio, para constatar cómo, incluso si las mujeres celebran los pactos como sujetos totalmente independientes desde el punto de vista económico, la dependencia puede desarrollarse después al cambiar la visión sobre el proyecto vital (por ejemplo, la mujer decide abandonar, aunque sea a tiempo parcial, su trabajo cuando llegan los hijos e hijas). La división actual del trabajo dentro la familia supone que, como regla general, la mayoría de las contribuciones no económicas son llevadas a cabo por mujeres, de modo que muy posiblemente saldrán perjudicadas cuando se ha celebrado ya un pacto matrimonial que no ha tenido en cuenta dichas contribuciones. Explica MACKAY, «Who gets a better deal? Women and Prenuptial Agreements in Australia and the USA», *U.W. Sydney Law Review*, nº 7, 2003, p. 118, que el carácter vinculante de los pactos, sin la presencia judicial, lleva consigo que las partes «bargain in shadow of the law».

¹⁴⁴ *El analista jurídico*, cit.p. 320.

¹⁴⁵ En este sentido FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 322.

Las cascadas informativas (*information cascades*) representan una explicación convincente de buena parte del comportamiento humano, aunque su existencia es difícil de probar de forma concluyente fuera del laboratorio¹⁴⁶. Este tipo de cascada surge cuando un individuo quiere hacerse una opinión precisa sobre una determinada cuestión y confía en el criterio de personas que ya han tomado con anterioridad una decisión sobre ello, presumiendo que están mejor informadas que él. Cuanto más nivel de aceptación desde el punto de vista cuantitativo va cogiendo una creencia, la misma va haciéndose más sólida, pero esto no implica en absoluto la verdad intrínseca de la idea u opinión sostenida. El problema principal de estas cascadas es que impiden que finalmente salga a la luz pública otra información valiosa que podría llegar a ser útil para la adopción de la decisión¹⁴⁷.

Aunque es cierto que la vulnerabilidad de un individuo hacia una cascada depende de la información de que él disponga por sí mismo, lo significativo de una cascada es que finalmente acaba incidiendo por igual en voluntades de distinto tipo, ya sean fuertes o débiles. Una persona poco dada a dejarse influir por el consenso de dos o tres individuos, acabará cayendo ante el consenso de doscientos, trescientos o miles¹⁴⁸. Cabe citar ejemplos sencillos; así, los restaurantes siempre llenos pueden crear esta dinámica de cascada y los vacíos lo contrario. Lo mismo ocurre con el ahora famoso ayuno intermitente, con un nuevo medicamento, o con los viajes a determinados sitios que se ponen de moda (Tailandia, Vietnam o India, entre otros). Qué duda cabe que una buena manifestación de estas cascadas en la actualidad son los influencers digitales, con miles de seguidores, cuya labor se desarrolla en la plataforma YouTube o en redes sociales como Instagram o Tiktok. De hecho, las marcas persiguen establecer relaciones comerciales con ellos para conectar mejor con su mercado y con su público, de modo que los influencers transmiten seguridad, transparencia y confianza sobre los diferentes productos o servicios¹⁴⁹.

Este tipo de cascadas permiten arrojar luz sobre determinados problemas jurídicos. Posibilitan explicar, en primer lugar, ciertas dinámicas que conducen a la gente a llevar a cabo conductas ilegales. Por ejemplo, cuando se contrata a empleados domésticos inmigrantes en negro o cuando se cometen desmanes aprovechando algún desastre natural, como ha sucedido recientemente con los saqueos y robos en el interior de los coches y en locales comerciales a raíz de las inundaciones por la Dana acontecidas especialmente en la provincia de Valencia¹⁵⁰. A medida

¹⁴⁶ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 183.

¹⁴⁷ DOMÉNECH PASCUAL, «Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas», *InDret* 1/2024, p. 417.

¹⁴⁸ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 180.

¹⁴⁹ MARTÍN CRITIKIÁN/SOLANO ALTABA/SERRANO OCEJA, «Hábitos de consumo de moda a través de influencers en la Generación Z», *Vivat Academia. Revista de Comunicación*, nº 155, 2022, pp. 39-68, han hecho una investigación con la técnica de la encuesta en el último trimestre de 2020 a 500 jóvenes españoles con una edad comprendida entre 10 y 25 años. Los resultados obtenidos resaltan la importancia de los influencers sobre los hábitos de consumo de la Generación Z. Otro estudio interesante es el de PÉREZ CURIEL/LUQUE ORTIZ, «El marketing de influencia en moda. Estudio del nuevo modelo de consumo en Instagram de los millennials universitarios», *adComunica: Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº 15, 2018, pp. 255-281, en el que concluyen que solo en el caso de los «micro influencers», al ser menos famosos que los «macro influencers», se logra centrar la atención sobre el producto, objetivo primordial para la empresa.

¹⁵⁰ *El Mundo*, 2 de noviembre de 2024 (consúltase en <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2024/11/02/672681a7e4d4d864438b456f.html>).

que el número de personas que va realizando esta clase de conductas aumenta, también se transmite la sensación de seguridad jurídica y moral, disipándose las dudas acerca de su falta de ética¹⁵¹.

Una segunda manifestación para el derecho de estas cascadas son los riesgos de la toma secuencial de decisiones. Ello ocurre con los testigos, ya que no responden de igual forma sobre lo presenciado cuando lo hacen solos que cuando, de forma previa, han escuchado a otros testigos sobre el mismo asunto¹⁵². Este hecho también se extiende a los miembros de un jurado cuando emiten su voto respecto de un caso concreto. Sin duda el voto simultáneo evita cascadas, ya que el secuencial tendrá como consecuencia que el tercer miembro del jurado estará sesgado por el voto anterior de los dos primeros y así sucesivamente. Lo mismo puede ocurrir con los magistrados en los tribunales¹⁵³.

El peligro que implican las cascadas se incrementa en los procesos electorales. Así, los sondeos o encuestas pueden contribuir a la generación de cascadas de varias formas, siendo este el motivo por el que las organizaciones favorables a un determinado candidato esponsorizan encuestas, y la razón por la que en determinados países los sondeos están prohibidos durante los días o semanas anteriores a las elecciones¹⁵⁴. Un primer efecto de los sondeos, denominado efecto *bandwagon*, consiste en que los votantes indecisos se dan cuenta de que un determinado candidato o partido va por delante de otros y confían en dicha opinión. Es decir, la consecuencia es la movilización de los electores hacia el partido o candidato ganador¹⁵⁵. Un segundo efecto, llamado *underdog*, es justo lo contrario porque moviliza a los electores hacia el partido que aparece más débil en los sondeos, motivando tanto a los votantes fieles a dicho partido como a los indecisos para que acudan a las urnas. En cualquier caso, parece que ambos efectos citados están supeditados a las condiciones específicas de cada proceso electoral¹⁵⁶.

Una última manifestación jurídica de este tipo de cascada, más próxima al derecho civil, es la lesión del derecho al honor de una persona a través de una información difamatoria en un medio de comunicación o en una red social, ya sea aquella física o jurídica. Tal información llegará a

¹⁵¹ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 181.

¹⁵² Como los testigos son diferentes personas con diferentes perspectivas, es probable que vean o noten cosas distintas y recuerden aspectos distintos respecto a un mismo evento. Pero luego, cuando se comunican entre sí, no solo refuerzan recuerdos comunes, sino que también contaminan los recuerdos de cada uno sobre el suceso. Sobre la flexibilidad de la credibilidad de los testigos véase LUUS/WELLS, «The Malleability of Eyewitness Confidence: Co-Witness and Perseverance Effects», *Journal of Applied Psychology*, Vol. 79, No.5, 1994, pp. 714-723.

¹⁵³ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 182.

¹⁵⁴ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.pp. 182-183.

¹⁵⁵ Mantiene LÓPEZ PAZ, «Los sondeos electorales como problema de desinformación: ¿Una verdad a medias? Estudio de caso sobre las elecciones autonómicas de la Comunidad de Madrid del 4 de mayo de 2021», *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, nº 3, 2021, p. 6, que es precisamente esta esperanza de ganar la que conduce al electorado a votar en favor del partido ganador, reforzando con ello su autoestima.

¹⁵⁶ FERRÁNDIZ/CAMAS GARCÍA, *La cocina electoral en España. La estimación del voto en tiempos de incertidumbre*, Catarata, Madrid, 2019, pp. 35-38, sostienen que los ciudadanos españoles desconfían de las encuestas, alegando varios motivos. El primero es la sospecha de que solo se difunden los resultados de las encuestas que convienen, y prueba de ello es que un porcentaje alto de ciudadanos (88%) afirma que las encuestas no se corresponden con sus orientaciones políticas. Además, la gente no suele ser sincera durante las entrevistas y las muestras con frecuencia no son representativas respecto al porcentaje de población que hay en España.

un gran número de personas, generándose además la cascada en un lapso de tiempo muy breve. El legislador no es ajeno a este problema y ha previsto en el artículo 9.3 de la LO 1/1982 de 5 de mayo de Protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que, si efectivamente se acredita la intromisión ilegítima, se presume la existencia del daño y la indemnización se valorará en atención, entre otros factores, a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, tomando en consideración la difusión o audiencia del medio a través del que se haya difundido¹⁵⁷.

b. Cascada de disponibilidad.

La cascada de disponibilidad (*availability cascade*) es una variante de la anteriormente examinada. Posee su punto de partida en el denominado sesgo de disponibilidad: así, en entornos de incertidumbre, los sujetos adoptan decisiones que se alejan de los principios de la probabilidad. Es decir, en defecto de información fiable y contrastada, la mente parece estar influida por la llamada en psicología «heurística de la disponibilidad» (*availability heuristic*). Evaluamos la probabilidad de un suceso preguntándonos con qué facilidad nos vienen a la mente ejemplos del mismo, de modo que reducimos la probabilidad de que ocurra aquello que no nos viene a la mente. Al final nos preocupamos de posibilidades remotas y, al mismo tiempo, ignoramos posibilidades elevadas; fenómeno que los expertos de psicología social califican como «descuido de la probabilidad»¹⁵⁸.

En el citado sesgo influyen, en primer lugar, los medios de comunicación, de modo que los acontecimientos poco habituales atraen de forma desproporcionada su atención y la población termina percibiendo como más frecuente un suceso que en realidad no lo es en la práctica. De este modo causan gran inquietud los casos inusuales de secuestro infantil, cuando, por ejemplo, los progenitores incurren con frecuencia en negligencia por no abrochar el cinturón de seguridad en el coche a sus hijos e hijas. Otro supuesto claro son los accidentes aéreos, que no ocurren muy a menudo pero que generan una alarma social grande. Sobre todo, desde los atentados a las torres gemelas en EEUU el 11 de septiembre de 2001 la ciudadanía norteamericana considera aún más peligroso viajar en avión que en automóvil. A pesar de que en 2017 no hubo ningún accidente mortal de una aeronave en todo el mundo, la mayoría de los viajeros siguen pensando lo mismo¹⁵⁹.

El segundo factor que influye en el sesgo de disponibilidad son las experiencias recientes: cuanto más cercano en el tiempo es un suceso, más probable es que nos venga a la mente. Con el paso del tiempo el recuerdo deviene más débil. Ello es patente en el volumen de donaciones que hacen los ciudadanos en los momentos iniciales de una catástrofe, luego ya decrecen. El tercer factor que incide en el citado sesgo son las propias experiencias personales, ya que la vivencia de un suceso en primera persona hace que se recuerde más. En este sentido el sesgo puede poseer consecuencias positivas, como la transmisión de la experiencia entre generaciones sobre

¹⁵⁷ «BOE» núm. 115, de 14/05/1982. Sobre el citado precepto véase MARTÍN CASALS, «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor», en Salvador Coderch (dir), *El Mercado de las Ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 382 y ss (especialmente 396 a 398).

¹⁵⁸ MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit.p. 68.

¹⁵⁹ En este sentido MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit.p. 68.

acontecimientos relevantes con el objetivo de prevenir la repetición de los mismos errores en que se incurrió en el pasado.

Uno de los efectos claros que posee tal cascada de disponibilidad para el ordenamiento es que puede llevar consigo que la gente reclame la regulación de riesgos de los que apenas han oído hablar (como los citados accidentes aéreos) pero que, en cambio, no la exijan por otros riesgos que sí son más frecuentes, pero que no vienen a la mente con la misma facilidad (por ejemplo, las colisiones de automóviles con renos)¹⁶⁰. Otro ejemplo surge con los ya mencionados atentados a las Torres Gemelas, imponiéndose a partir de entonces a los ciudadanos medidas de seguridad radicales para poder embarcar en los aviones, no adoptándose, en cambio, medidas análogas para otro tipo de terrorismo, como el nuclear¹⁶¹.

c. *Cascada reputacional.*

La explicación acerca de la denominada cascada reputacional es aparentemente sencilla: un primer grupo adopta una idea por la razón que sea (bien siguiendo su propio interés, bien porque cree en su verdad intrínseca); el segundo grupo adopta esa misma idea solo para proteger su reputación frente al primer grupo. A continuación, miembros de un tercer grupo que, inicialmente no mostraban tanta preocupación por su reputación, comienzan a ver con cierta inquietud cómo se ha ido generando un consenso creciente previo que ya lleva consigo, si se apartaran, un peligro más severo de sanción social, de manera que también acaban sucumbiendo a la idea¹⁶².

A veces las cascadas son positivas porque transmiten una idea correcta o que resulta de utilidad (por ejemplo, la tierra es una esfera a pesar de la poca evidencia directa que casi todos tenemos de ello, aunque hay voces hoy contrarias a tal afirmación)¹⁶³. Pero pueden ser perjudiciales también: se sugiere que constituyen la base sobre la que se apoyan las sociedades totalitarias¹⁶⁴.

¹⁶⁰ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 184. Aunque él cita los accidentes con renos, en España podría sustituirse perfectamente por accidentes con jabalíes. Según datos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en 2023 se reportaron 450 accidentes de tráfico causados por impactos con jabalíes, distribuidos principalmente en las regiones de Castilla y León, Andalucía y Cataluña. Este incremento se atribuye a la expansión de las áreas habitadas por estos animales debido a factores como la intemperie y la escasez de alimentos. Consúltase en <https://faunatek.com/ranking-accidentes-impacto-jabalies/> (fecha de consulta: 3/12/2024).

¹⁶¹ POSNER, *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 224, 228 y 242, señala que no debería llegarse al extremo de tratar a cada pasajero aéreo como un potencial terrorista. En opinión de este autor (cit. p. 246), catástrofes como los impactos de asteroides, el cambio climático global o el bioterrorismo, merecen más atención y respuesta de la que están recibiendo. Considera que las herramientas de análisis económico, en particular el análisis costo-beneficio, son indispensables para evaluar las posibles respuestas a los riesgos de catástrofes.

¹⁶² FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.pp. 185-186. Cita como ejemplo de un lugar donde se manifiestan en la actualidad este tipo de cascadas las universidades y los propios departamentos, donde la libre expresión de determinadas ideas por parte de un docente puede ser vista como peligrosa para la propia reputación.

¹⁶³ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 186.

¹⁶⁴ KURAN, *Private Truths, Public Lies. The Social Consequences of Preference Falsification*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1995, p. 101, señala que la presión de la opinión pública puede llevar a que las minorías se abstengan de ejercitar su derecho constitucional a disentir. Las salvaguardas frente a un gobierno dictatorial no impiden que las sociedades se tiranicen a sí mismas a través de la fuerza de la opinión pública.

A nivel jurídico tienen incidencia sobre los procesos de voto¹⁶⁵. La amenaza de las cascadas reputacionales puede conducir a decantarse a favor del sufragio secreto, por ejemplo, en las elecciones generales de un país, el cual posee un valor esencial para garantizar que el voto exprese realmente la voluntad del electorado.

A veces se interrumpen estas cascadas por imperativo jurídico. Es decir, el legislador termina con el poder de la presión reputacional en el orden social. Así, la *Civil Rights Act* de 1964 prohibió la discriminación racial en una serie de campos. Varios hombres de negocios del sur deseaban dicha ley porque les iba a librar del estigma vinculado al hecho de prestar servicios o contratar a personas de color. Los partidarios de la segregación racial infundían temor en los que pensaban distinto, siendo muy pocas las personas blancas que estaban dispuestas a pronunciarse a favor de la integración racial. Pero al pasar a ser la integración un hecho legal, la decisión de un empresario de prestar un servicio o contratar los servicios de una persona de raza negra adquirió un significado ambiguo: a partir de ese momento el empresario podría actuar en base a sus propias convicciones morales, o bien podría hacerlo solo por pura obediencia a la ley. Mediante la creación de esta ambigüedad la ley cumplía la función de reducir los costes simbólicos de contratar o prestar servicios a personas de color¹⁶⁶. En el ámbito del derecho civil una muestra puede ser la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo a partir de la Ley 13/2005 de 1 de julio¹⁶⁷.

3.3. Sesgo de aversión a la pérdida.

No solo el optimismo excesivo nos conduce a llevar a cabo valoraciones sesgadas a la hora de decidir, sino que los individuos sufrimos igualmente otro tipo de desviaciones, como, guiarnos por puntos de referencia irracionales, de lo cual es un buen ejemplo la «paradoja del bronce»¹⁶⁸. Así, en las competiciones olímpicas las emociones de los atletas tras un evento reflejan, además de si el resultado coincide con sus expectativas, su pensamiento contrafáctico, es decir, su simulación mental de cómo pudieron ser las cosas. El orden lógico en unas olimpiadas sería que los medallistas que lograron el oro fueran los más satisfechos, en segundo lugar, los de la medalla de plata y, por último, los del bronce. Un estudio demostró que los medallistas con el bronce estaban más satisfechos que los segundos, porque aquellos tomaron como referencia a los competidores que no ganaron medalla y, por el contrario, los de la plata a los campeones que les impidieron obtener la medalla de oro¹⁶⁹.

La teoría económica clásica señala que hay dos especies del *homo economicus*: el consumidor y el empresario. El primero busca maximizar la utilidad de los bienes y servicios que consume, el segundo maximizar su beneficio. Esta teoría toma como punto de partida que ambas especies son racionales, es decir, que, ante dos alternativas, ellos elegirán aquella que produce mayor utilidad o mayor beneficio, respectivamente. Pero la teoría clásica ignora las características psicológicas del *homo economicus*. Se ha mantenido que es hora de tomar en consideración los

¹⁶⁵ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 186.

¹⁶⁶ Sobre ello véase LESSIG, «The Regulation of Social Meaning», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 62, No. 3, 1995, p. 966 y FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 187.

¹⁶⁷ «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005.

¹⁶⁸ CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 5.

¹⁶⁹ MYERS/TWENGE, *Psicología social*, cit.pp. 69-70.

límites empíricos de la racionalidad humana, esto es, su finitud en comparación con la complejidad del mundo que debe afrontarse. La aproximación alternativa que se propone es el denominado *principle of bounded rationality*¹⁷⁰. De acuerdo con las afirmaciones anteriores, con la excepción de decisiones de gran relevancia, como la compraventa de un inmueble, los consumidores no toman decisiones conforme al estándar de una diligencia cuasi profesional y, por consiguiente, están sujetos a caer en todo tipo de sesgos¹⁷¹. De este modo los consumidores deciden casi siempre con un margen de irracionalidad¹⁷².

Entre esa serie de comportamientos irracionales se halla la sobrevaloración de las pérdidas sobre las ganancias. Nos importa irracionalmente más perder que no ganar, motivo que explica igualmente que prefiramos aferrarnos al *statu quo*. Este último fenómeno se denomina aversión a la pérdida (*loss aversion*)¹⁷³. El fastidio que nos genera la pérdida de una cantidad de dinero es muy superior al placer que experimentamos ganando una cantidad equivalente. A la hora de valorar resultados positivos, tendemos a preferir el pájaro en mano que ciento volando, en el sentido de tener ya en nuestro poder algo seguro antes que asumir riesgos en la esperanza de obtener más tarde algo mejor. Pero, sin embargo, cuando pensamos en resultados negativos, la mayoría de las personas se arriesga a un resultado peor antes que dar por bueno uno malo pero cierto¹⁷⁴.

Una de las manifestaciones interesantes de estas reflexiones anteriores se concreta en el ámbito contractual. Deshacerse de un objeto, aunque sea de forma voluntaria, es visto por nuestro cerebro como una pérdida. Por ello pediremos más dinero por deshacernos de un objeto que ya está bajo nuestra posesión de lo que estaríamos dispuestos a pagar por su adquisición. La venta de bienes que ya poseemos activa las zonas del cerebro vinculadas a la tristeza o al disgusto, activándose igualmente tales zonas en las compras, pero solo cuando estimamos que el precio que hemos pagado por el bien es muy alto. Las imágenes del cerebro también reflejan que la compra de objetos a precios especialmente bajos produce placer. El denominado efecto dotación incide en los sujetos incluso cuando estos únicamente han poseído el objeto durante unos momentos. De ahí la práctica habitual de las empresas de invitar a los potenciales clientes a degustar productos de forma gratuita. El efecto dotación se inicia por el vínculo emocional que

¹⁷⁰ SIMON, *Models of Man*, 5ª impresión de la obra de 1957, John Wiley & Sons, Inc., New York-London-Sidney, 1967, pp. 196-198.

¹⁷¹ CAVANILLAS MÚGICA, “Los sesgos del jurista”, cit.p. 5.

¹⁷² ALFARO ÁGUILA-REAL, «Analogías excesivas: sobre el AED 3.0, la Física y la Psicología Económica», *Almacén de Derecho*, 21 abril de 2017 (<https://almacendederecho.org/analogias-excesivas-aed-3-0-la-fisica-la-psicologia-economica>), propone recurrir a la biología, la psicología evolutiva y la antropología para abordar las insuficiencias de la Economía neoclásica en su aplicación al derecho, en cuanto tales insuficiencias proceden de que utiliza como paradigma de actor que adopta decisiones en el mercado a la empresa, no al individuo. La empresa puede ser un actor racional, pero desde luego el individuo no. Sostiene también que las personas estamos diseñadas para la supervivencia y que, según conozcamos más el funcionamiento del cerebro, más podremos conocer de las decisiones humanas y de las relaciones entre los individuos.

¹⁷³ Los padres de este sesgo de aversión a la pérdida son KAHNEMAN/TVERSKY, «Prospect theory: An analysis of decision under risk», *Econometrica*, Vol. 47, No. 2, 1979, pp. 263–291. De modo reciente este sesgo de la aversión por la pérdida se ha puesto en tela de juicio, véase YECHIAM, «Acceptable losses: the debatable origins of loss aversion», *Psychological Research*, vol. 83, 2019, pp. 1327-1339.

¹⁷⁴ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 295.

establece el potencial cliente con el objeto, de forma que «un poseedor se siente como propietario y se activa inmediatamente la aversión a perderlo, a no tenerlo»¹⁷⁵.

Por otro lado, las partes contratantes suelen preferir con frecuencia que entre en juego el contenido de la normativa dispositiva que se aplica de forma subsidiaria en defecto de pacto expreso en vez de modificar dicha normativa dispositiva. Esto es, no les preocupa tanto sufrir un mal resultado por no haber modificado los términos y cláusulas de naturaleza legal dispositiva como el temor a que un mal resultado se produzca por haberlos cambiado. No se sienten en absoluto tentados por la idea de que el cambio podría haberles traído un resultado mejor¹⁷⁶.

El campo de la investigación psicológica conocido como teoría prospectiva (*prospect theory*) analiza la diferente manera en que las personas reaccionan frente a los beneficios y las pérdidas. Dicha teoría, en su aplicación al derecho, sostiene que una transacción fuera de los tribunales tenderá a parecerle más adecuada al demandante que al demandado. Para el primero un acuerdo extrajudicial implica una ventaja cierta frente a una demanda con resultado incierto. Para un demandado es todo lo contrario: la transacción supone la aceptación de una pérdida segura, y prefiere antes la apuesta por un resultado que quizás pueda serle favorable¹⁷⁷. Ello explica la razón de que determinados asuntos son de difícil arreglo transaccional o simplemente no lo tienen¹⁷⁸.

A veces idéntico resultado puede ser contemplado como una pérdida o como una ganancia en cuanto ello va a depender de la perspectiva que uno elija para la comparación¹⁷⁹. Es muy importante por eso la presentación que un abogado ofrezca a su cliente sobre la transacción. Así, cuando el demandado asimila un posible acuerdo a pérdida, se genera en él algún tipo de inclinación cognitiva que le llevará a escoger el riesgo intrínseco que el pleito implica. Con esto no se quiere decir que un acuerdo fuera de los tribunales sea siempre algo positivo que deba ser necesariamente fomentado. Pero sí es importante caer en la cuenta del papel que un abogado puede jugar posibilitando que un cliente suyo valore un acuerdo similar bajo una perspectiva u otra¹⁸⁰.

La presentación de un suceso como una pérdida o como un beneficio puede tener también repercusión en el ámbito médico. El paciente reacciona de forma diversa cuando los riesgos le son mostrados en términos de pérdida frente a cuando se le describen como beneficios. Por

¹⁷⁵ GARRIGUES WALKER/GONZÁLEZ DE LA GARZA, *Qué son los neuroderechos*, cit. p. 96.

¹⁷⁶ KOROBIKIN, «Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms», *Vanderbilt Law Review*, nº 51, 1998, pp. 1587-1592.

¹⁷⁷ RACHLINSKI, «Gains, Losses, and the Psychology of Litigation», *Southern California Law Review*, Vol. 70, No. 1, 1996-1997, pp. 118-119.

¹⁷⁸ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 296.

¹⁷⁹ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 297.

¹⁸⁰ KOROBIKIN/GUTHRIE, «Psychology, Economics and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer», *Texas Law Review*, No. 76, 1997, pp. 137-138, a partir de la premisa de que el abogado influye en la decisión de su cliente, explican la existencia, en primer lugar, de la denominada «libertarian approach», la cual considera que la única responsabilidad del abogado es servir los intereses de su cliente. Junto a ella se encuentra la llamada «regulatory approach» de la abogacía, que, no negando el valor de la lealtad del abogado hacia su cliente, sostiene que el abogado debe ponderar tal lealtad frente a otra serie de valores, como, por ejemplo, la responsabilidad hacia terceras personas, incluyendo el propio ordenamiento jurídico y la sociedad en general.

ejemplo, hay dos maneras distintas de exponer los riesgos y los beneficios de una cirugía de cáncer de pulmón: de cada 100 pacientes que se someten a la misma a) «90 sobreviven al post-operatorio y 34 siguen viviendo al cabo de 5 años» o b) «10 mueren durante el post-operatorio y 66 fallecen durante los primeros cinco años». Se trata sustancialmente de la misma afirmación, pero los pacientes de modo mayoritario optarían por la operación si se les plantea de la primera forma¹⁸¹.

Este último ejemplo del ámbito médico posee consecuencias jurídicas cuando se interpone una demanda de responsabilidad civil frente al profesional sanitario por haber omitido la información al paciente sobre los riesgos de una operación. Explica FARNSWORTH¹⁸² que algunos analistas alegan, sin éxito, que el ordenamiento debería olvidarse de la pregunta de qué habría hecho el paciente en caso de haber sido correctamente informado, ya que no puede responderse a ella con certeza ante la imposibilidad de conocer ya *a posteriori*, una vez producido el daño, cómo habría el médico presentado los riesgos y los beneficios a su paciente. La doctrina española, por el contrario, sí que toma en consideración, en aplicación del criterio de imputación objetiva del incremento del riesgo y de cara al reconocimiento de una indemnización del daño corporal derivado de la falta de información, la incidencia que podría haber tenido sobre el efecto dañoso sufrido la voluntad hipotética del paciente. Así, se mantiene que, si el profesional sanitario logra demostrar que el paciente, de haber dispuesto de la información correcta antes del acto médico, habría decidido igualmente someterse al mismo, no podrá reclamar una indemnización por el daño corporal sufrido durante la operación, pero sí podrá ser indemnizado de la previa lesión de su libertad de autodeterminación¹⁸³.

3.4. Sesgo de anclaje.

Las personas se sienten más seguras si disponen, a la hora de tomar una decisión, de un punto de referencia, esto es, de una sugerencia externa sobre la que luego pueden ir introduciendo los ajustes que sean necesarios. Los anclajes (*anchoring*) son, pues, los cauces por los que un punto de referencia previo sirve como amarre del curso de pensamiento subsiguiente¹⁸⁴. Se ha mantenido que con frecuencia «la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada» sobre el interesado y le causa errores que incluso pasan desapercibidos para este último¹⁸⁵.

Me refiero, en primer lugar, a los anclajes relativos a cifras. En EEUU se han llevado a cabo determinados experimentos que han demostrado, tanto para jurados como para jueces, que la petición por parte de un abogado de una cantidad elevada en concepto de indemnización por los daños no patrimoniales sufridos por su cliente tiende a dar buenos resultados, seguramente no la correspondencia con la suma exacta solicitada, pero sí una muy superior a la que se habría

¹⁸¹ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 298.

¹⁸² FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 299.

¹⁸³ MACÍA MORILLO, «El daño derivado de la falta de información médica», en Herrador Guardia (dir), *Derecho de Daños 2020*, Lefebvre, 2020, p. 613 y RIBOT IGUALADA, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/2399)», *CCJC*, núm. 74, 2007, p. 794.

¹⁸⁴ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 301.

¹⁸⁵ MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales», cit.p. 5.

logrado de haber pedido menos en un inicio. La petición del demandante opera de manera más decisiva como ancla que la que pueda llevar a cabo el demandado¹⁸⁶.

Estos experimentos se han hecho en el *Common Law* norteamericano identificando el sesgo de anclaje respecto a la cifra reclamada por el actor en concepto indemnizatorio. Se ha señalado¹⁸⁷ que suele atribuirse el mérito de haber identificado y medido el sesgo de anclaje en casos reales a un estudio cuantitativo y cualitativo sobre sentencias de tribunales penales españoles, en el que se analizaron 555 sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y los Juzgados de lo penal de la Comunidad Autónoma de Galicia en el periodo correspondiente a los años 1980 a 1995. Dicho estudio afirma que las conclusiones del Ministerio Fiscal respecto del fallo de la sentencia de primera instancia y del fallo de esta última en relación al del tribunal de apelación actúan como anclas. Y ello en cuanto que en un 63, 6% de los casos la sentencia de instancia coincide con las conclusiones del Ministerio Fiscal y la sentencia de apelación confirma el fallo de la sentencia de primera instancia¹⁸⁸. No obstante, se ha propuesto otra explicación alternativa a la de que los resultados de este concreto estudio obedecen a la sujeción de los jueces al sesgo de anclaje. Así, en cuanto al Ministerio Fiscal, este, a diferencia del resto de partes intervinientes en el proceso penal, está sujeto a los principios de legalidad e imparcialidad, de modo que es lógico que el juez de primera instancia siga su misma posición. Igual sucede con la sentencia de apelación, la cual, al decidir un recurso cuyo objeto es una resolución dictada conforme a la legalidad por un juez profesional, es normal que presente una coincidencia con esta última¹⁸⁹.

Esta misma explicación alternativa en relación con el ejemplo anterior puede trasladarse, en mi opinión, a otro ámbito muy distinto, el derecho de sucesiones. Del propio Código civil español (arts. 685 párrafo 1º in fine, 696 y 707.4ª) deriva el deber material para el notario de emitir un juicio acerca de si el testador tiene la capacidad suficiente para testar en el momento del otorgamiento, es decir, que es mayor de catorce años y que puede conformar o expresar su voluntad, por sí solo o con ayuda de medios o apoyos para ello. La jurisprudencia suele interpretar con carácter unánime que al notario le basta, a la hora de emitir su juicio sobre la capacidad del testador, con hacer una apreciación subjetiva, esto es, debe limitarse a constatar el hecho de que el otorgante alcanza el grado suficiente de conocimiento y de voluntad para que le resulte imputable el acto que realiza. Los tribunales otorgan a esta apreciación subjetiva del notario respecto a la capacidad del testador un gran valor. Así, la jurisprudencia considera que el juicio favorable emitido por el notario constituye un refuerzo considerable de la presunción *iuris tantum* de la capacidad del testador derivada del principio general de capacidad del artículo 662 del Código Civil, justificándolo en el prestigio de la función notarial¹⁹⁰.

¹⁸⁶ FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.pp. 302-303.

¹⁸⁷ CAVANILLAS MÚGICA, «Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos», en Ataz López/Cobacho Gómez (dirs), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 1431.

¹⁸⁸ FARIÑA/ARCE/NOVO, «Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales», *Psicothema*, vol. 14, no. 1, 2002, pp. 39 ss (https://www.researchgate.net/publication/277272291_Heuristico_de_anclaje_en_las_decisiones_judiciales).

¹⁸⁹ CAVANILLAS MÚGICA, «Cuantificación del daño moral», cit.p. 1431. En un sentido similar se pronuncia, respecto al seguimiento por los jueces de las conclusiones del Ministerio Fiscal, MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos», cit.p. 20.

¹⁹⁰ Por todas la STS 156/2023, Civil, de 3 febrero (ECLI: ES:TS:2023:816. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg).

Aquí puede existir la misma duda acerca de si los jueces, en la resolución de un litigio sobre impugnación del testamento por falta de capacidad del testador, sufren el sesgo de anclaje respecto del juicio favorable a la capacidad de testar del notario en el momento del otorgamiento del testamento o, por el contrario, no sufren dicho sesgo sino que simplemente acaban llegando a la misma conclusión mantenida de modo previo por un profesional del derecho con conocimientos especializados en la materia. Es cierto que siempre puede estar la sombra de la duda de que el juez sí sufra el denominado sesgo de autoridad, que consiste en la tendencia a considerar válidas las creencias u opiniones de ciertos individuos por el hecho de su profesión, conocimiento, etc. Como antes he apuntado, en este sentido es la propia jurisprudencia la que justifica el gran valor que concede al juicio notarial de capacidad de testar en el prestigio de la función de este colectivo.

La misma idea del anclaje cabe trasladarla a procesos de negociación dirigidos a una transacción sobre una reclamación dineraria o en general a una oferta contractual. El importe inicial ofertado a la baja (2.000 euros), aun consciente de que va a ser rechazado, puede operar como punto de anclaje. La propuesta preliminar por 2000 euros acaba provocando que una ulterior de 12.000 euros parezca más atractiva a la contraparte que si la inicial hubiera sido de 10.000 euros. Ello se denomina en psicología la «técnica del portazo» (*the foot-in-the-door*). La oferta inicial es rechazada por ridícula -el oferente recibe el portazo en toda la cara- pero lleva consigo que la contraparte se muestre más receptiva a la propuesta no tan ridícula que va a hacerse a continuación¹⁹¹.

Los efectos del sesgo de anclaje no solo afectan a hipótesis de formulaciones en cifras, sino que también afectan a la redacción de un borrador de contrato o de cualquier otro documento con trascendencia jurídica (orden del día, ponencia sobre la que luego se basa la sentencia, testamento...). Las cláusulas estándar en un borrador de contrato, por ejemplo, pueden constituir perfectamente un ancla que influye en el entendimiento y consenso de una y otra parte acerca de lo que parece razonable, conduciendo a resultados sustancialmente distintos en las negociaciones respecto a los que habrían sido previsibles de no haber partido de las cláusulas que actúan como ancla¹⁹².

3.5. Reacciones del ordenamiento jurídico para prevenir decisiones sesgadas e irracionales por parte de los consumidores y usuarios.

El ordenamiento jurídico es cada vez más receptivo al margen de irracionalidad del consumidor o usuario y, por tanto, a que este pueda tomar decisiones sesgadas¹⁹³. Ello se hace muy patente en la evolución de la regulación de los deberes de información al consumidor o al usuario que se imponen al empresario o al profesional, en el sentido de que la obligación de información es cada

¹⁹¹ Sobre ello, dando cuenta de tres experimentos, CIALDINI/VINCENT/LEWIS/CATALAN/WHEELER/DARBY, «Reciprocal Concessions Procedure for Inducing Compliance: The Door-in-the-Face Technique», *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 31, No. 2, 1975, pp. 206-215.

¹⁹² FARNSWORTH, *El analista jurídico*, cit.p. 308.

¹⁹³ Señala la STJUE, Sala quinta, de 14 de noviembre de 2024 (asunto C-646/22) (ECLI: EU:C:2024:957. Ponente: Csehi, Zoltan), en un caso de venta cruzada de préstamos personales y seguros como posible práctica comercial agresiva, que el concepto de “consumidor medio” en cuanto “razonablemente atento y perspicaz” no excluye que pueda tomarse en consideración la influencia de sesgos cognitivos en el mismo, siempre que se acredite que tales sesgos pueden afectar a una persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz y en una medida tal que su comportamiento se vería modificado de forma sustancial (punto 53).

vez más proactiva para que aquellos puedan adoptar decisiones racionales¹⁹⁴. Como se ilustra a continuación a través de dos ejemplos, en un inicio era suficiente con que la información estuviera disponible para el consumidor o cliente, después se ha evolucionado a que el empresario o el profesional deban asegurarse tanto de la recepción de la información por el consumidor o el cliente como de que esta sea comprensible desde el punto de vista gramatical, hasta llegar a tener que garantizar, en mayor o menor medida, la comprensión real de la misma¹⁹⁵. En cualquier caso, cabe plantearse si el exceso de información no podría provocar en el cliente una cierta fatiga que le conduzca finalmente a ser incapaz de tomar una decisión informada, equiparándose al caso del cliente que no ha recibido ninguna información¹⁹⁶.

Un primer ejemplo es el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad civil del abogado por el incumplimiento del deber de información, siendo tal deber desde el punto de vista temporal la primera obligación que corresponde al abogado, ya que incluso la llevanza judicial de un determinado asunto del cliente exige una previa información sobre las probabilidades de éxito del pleito que quiere interponerse. Pero, además, se trata de un deber que ha de respetar el letrado durante el desarrollo de la relación contractual e, incluso, tras su extinción¹⁹⁷. Hasta mediados de la década de los noventa del siglo XX no hay demandas en las que el cliente solicite responsabilidad civil al abogado por incumplimiento del deber de información, seguramente por la ignorancia de los propios clientes, pero en el momento presente sí existe ya una doctrina definida del Tribunal Supremo sobre la obligación de informar¹⁹⁸.

En particular, la STS de 14 de mayo de 1999 es una magnífica muestra de la creciente exigencia en cuanto al contenido y alcance de la obligación de informar del abogado, de modo que la citada sentencia requiere que este último se cerciore, no solo de que la información ha sido recibida por el cliente, sino también de que ha sido realmente comprendida por este último, extendiéndose además tal deber de información a otras materias más allá de las que constituyen el objeto del contrato en sentido estricto. Ello tiene como consecuencia, sin duda, la aproximación del deber

¹⁹⁴ En este sentido se pronuncia CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 6. Ha señalado SUNSTEIN, «Algunas ideas generales sobre las aportaciones conductuales y los Nudges», en Ponce Solé (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 23, que en el contexto del comportamiento de los consumidores los requisitos de información han protegido a estos frente a graves daños económicos.

¹⁹⁵ Apunta las fases de la evolución CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 6.

¹⁹⁶ En este sentido CRESPO MORA, *La prestación de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 112-113. En línea similar Hubbard, que trata de salvar el *behavioural law and economics* mediante el recurso a la física, señala que suministrar al consumidor más información con el objetivo de que adopte decisiones racionales carece de efectos continuos, esto es, más información no implica más racionalidad del consumidor. A partir de un determinado momento la utilidad marginal de proporcionar más información a este último deviene cero o negativa. Sobre la tesis de Hubbard consúltase el ya citado trabajo de ALFARO AGUILA-REAL, «Analogías excesivas: sobre el AED 3.0, la Física y la Psicología Económica», véase epígrafe «aplicaciones».

¹⁹⁷ CRESPO MORA, «La responsabilidad del abogado», *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, nº 25, 2006, p. 266.

¹⁹⁸ CRESPO MORA, «La responsabilidad del abogado», cit.p. 267. Algunas hipótesis que se han dado son, por ejemplo, cuando el abogado presenta la demanda o el recurso fuera de plazo y no informa de ello al cliente (STS 117/2000, Civil, de 8 de febrero (RJ/2000/842. Ponente: José Almagro Nosete); cuando se reprocha al abogado que, tras el sobreseimiento de la causa penal, no haya puesto en conocimiento de los clientes la posibilidad de exigir responsabilidad civil a los presuntos causantes del daño (STS, Civil, de 14 de mayo de 1999) (RJ/1999/3106. Ponente: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa); o cuando el abogado no proporciona una información «adecuada» (STS, Civil, de 25 de marzo de 1998) (RJ/1998/1651. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz).

de información del abogado a una obligación de resultado muy similar a la obligación de información del personal sanitario con el paciente, entendida como la efectiva comprensión de la información por parte del cliente¹⁹⁹. Y, además, implica que el abogado debería adoptar una serie de medidas de cautela ante una potencial demanda de responsabilidad civil del cliente, como puede ser, por ejemplo, la firma de un documento por el cliente tras la comunicación de la información, en el que admita que ha entendido perfectamente la misma.

Los hechos de la sentencia citada son los siguientes: El día 13 de julio de 1991 falleció en las piscinas municipales de Melgar de Fernamental (Burgos), el joven Javier I. G., de 17 años de edad e hijo de los demandantes, siendo la causa inmediata del fallecimiento la parada cardio-respiratoria como consecuencia de sumersión. Ello dio lugar a la apertura de diligencias previas ante el Juzgado de Instrucción Número Seis de Burgos, que fueron archivadas por Auto de 31 de enero de 1992, que devino firme al no ser recurrido. El matrimonio actor había encomendado la defensa de sus intereses al letrado únicamente en la vía penal, no constando que este asumiese la obligación genérica de defender en toda clase de procedimientos los intereses de los demandantes.

Ante el silencio del abogado y el transcurso del tiempo el padre del fallecido le solicita una entrevista, que tiene lugar a primeros de julio de 1993, siendo en ese momento cuando se enteró del archivo de las diligencias penales, que no había sido recurrido dicho archivo y que había pasado el año necesario para el posible ejercicio de las acciones derivadas de la responsabilidad civil. Por consiguiente, solo en ese instante el padre es consciente de que había perdido tanto la oportunidad de ejercer acciones penales contra el Ayuntamiento como la posibilidad de interponer la acción civil en virtud del artículo 1902 del Código Civil contra el Ayuntamiento y la Compañía de Seguros con la que la que el primero tenía suscrita una póliza de riesgos.

Se considera probado que el abogado había enviado una carta a los clientes dos días después de que la resolución de archivo de las actuaciones penales fuera notificada al procurador. La carta señala lo siguiente: «Muy señor mío: El Juzgado de Instrucción Número Seis de Burgos, ha dictado auto sobreseyendo las diligencias penales incoadas con motivo del triste fallecimiento de su hijo Javier (qepd). A la vista de las pruebas practicadas, entiendo que no hay responsabilidad penal alguna, y no merece la pena recurrir el auto, pues nada conseguiríamos. Reciba un cordial saludo».

La demanda de responsabilidad civil del matrimonio actor contra el letrado fue desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima el recurso del matrimonio actor entendiendo que hay responsabilidad civil por incumplimiento del deber de informar al cliente. Los fundamentos de derecho 2º y 4º de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el alcance del deber de información señalan, respectivamente:

« (...) la diligencia exigida al Letrado requería inexcusablemente cerciorarse de la recepción de la misiva y de si sus clientes comprendían su contenido, así como los efectos jurídicos y vías procesales (...)».

¹⁹⁹ Parece entender que el deber de informar del abogado constituye una obligación de resultado CERVILLA GARZÓN, «Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado», *Actualidad Civil*, Tomo 4, número 40, semana del 27 de octubre al 2 de noviembre de 2003, Editorial La Ley, p. 1077.

«(...) aun cuando no constase que el citado Letrado hubiese asumido una obligación genérica de defender los intereses del matrimonio actor en toda clase de procedimientos al haber sido designado en un apoderamiento “apud acta” en punto a la defensa en las concretas diligencias penales en que decidieron personarse, no cabe duda alguna de que en la carta que les dirigió en la fecha del 6 de febrero de 1992, no debió haberse limitado a aconsejar que no merecería la pena recurrir el auto de sobreseimiento de las referidas actuaciones penales, en cuanto que en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes y a tenor de la diligencia correspondiente al buen padre de familia que impone el artículo 1104 del Código Civil, tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual, y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarles con detalle el alcance y significado de tales posibilidades».

Se ha mantenido²⁰⁰, sin duda con acierto, que en este tipo de casos en que la información constituye un deber accesorio, complementario o previo a la actividad principal a la que está obligado el abogado, lo único que se le puede exigir a este último es que despliegue toda su diligencia para lograr que el cliente comprenda la información. Pero no se le puede exigir, al contrario de lo que hace el Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente citada, que consiga que el cliente asimile la información, porque éste no es un resultado que dependa sólo del abogado (pensemos, por ejemplo, en las distintas características culturales, sociales, etc que puede tener cada cliente²⁰¹). Por tanto, el abogado únicamente se compromete a una obligación de medios, que pasa, desde luego, porque emita una información completa, clara y sencilla²⁰².

Tras esta STS de 14 de mayo de 1999 no ha existido otra relativa a un letrado en la que se configure el deber de información de este al cliente como una obligación de resultado en el sentido antes apuntado, pero sí ha habido un pronunciamiento en sentido similar referido a otro profesional del derecho, en particular, a un notario. Se trata de la STS 1223/2007, Civil, de 28 de noviembre²⁰³, en un caso en que el notario tiene encomendadas funciones de gestión de la inscripción de una escritura de compraventa, otorgada ante él, en el Registro de la Propiedad, no

²⁰⁰ En este sentido CRESPO MORA, «La responsabilidad del abogado», cit.p. 268.

²⁰¹ Apunta que es imposible determinar un modelo tipo del contenido de deber de información en cuanto este dependerá, entre otros factores, del nivel cultural del cliente, ANDINO LÓPEZ, *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 70-71.

²⁰² A juicio de CRESPO MORA, (*La prestación de servicios jurídicos*, cit.pp. 114-115) la comprensión efectiva de la información por el cliente, exigida por la jurisprudencia, debería reconducirse a entender que al cliente se le debe explicar, no tanto el funcionamiento de los medios jurídicos elegidos sino los objetivos que se quieren conseguir con los mismos y los motivos justificativos de que se hayan descartado otras vías jurídicas igualmente viables. En esta misma línea mantenida por la anterior autora, dentro del apartado C del Libro IV del Marco Común de Referencia, dedicado al tipo genérico de la contratación de servicios, su capítulo 7 se ocupa de la modalidad contractual de la información y asesoramiento, cuyo ámbito objetivo abarca los contratos en virtud de los cuales una de las partes (el asesor) se compromete a proporcionar información o asesoramiento a la otra parte contratante (el cliente) [artículo IV.C.-7: 101 (1) DCFR]. En particular, en la parte que aquí interesa, el artículo IV.C.-7: 104, dedicado al alcance de la obligación de competencia y diligencia del asesor, señala que tal obligación exige que este último tome las medidas que considere razonables para garantizar que el cliente comprenda el contenido de la información. Consúltese VON BAR/CLIVE (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 2, Sellier, Munich, 2009, pp. 1888-1889. En cualquier caso, la cuestión general sobre si el DCFR ha perseguido la eliminación de la obligación de medios y de resultado y si el prestador en la modalidad genérica del contrato de servicios se compromete en todo caso a la obtención de un resultado no deja de ser compleja; sobre ello CRESPO MORA, «Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el Derecho español y en el DCFR», *Noticias de la Unión Europea*, nº 320, septiembre de 2011, pp. 49-51.

²⁰³ RJ/2007/8124. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.

como funcionario público, sino como profesional del derecho, que es posible en cuanto el artículo 1 del Reglamento Notarial establece que los notarios son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del derecho. En el caso concreto la inscripción se denegó por la falta de aportación de las capitulaciones matrimoniales de la compradora, extremo del que sí fue advertida esta última, pero no por el propio notario sino por los empleados de una inmobiliaria. Sostiene la sentencia la responsabilidad civil del profesional, con contribución causal de la conducta de la perjudicada en un 50%, porque estima en su fundamento tercero que no se ha dado a la cliente «una información exacta sobre las consecuencias de la falta de inscripción, suministrada directamente a la interesada y sujeta a la comprobación de su comprensión por esta (...)»²⁰⁴.

Un segundo ejemplo que cabe citar en relación con la ampliación del deber de información al consumidor es el de las cláusulas suelo, que son las que han generado mayor litigiosidad entre todas las predisuestas en préstamos hipotecarios. El principal valor de la cláusula suelo en nuestro ordenamiento es que, a través de la misma, el Tribunal Supremo ha fijado el tipo de control al que deben sujetarse las condiciones generales que afectan al objeto principal del contrato²⁰⁵. Así, de gran relevancia fue la STS 241/2013, Civil (Pleno), de 9 de mayo²⁰⁶, al sostener que ciertas cláusulas suelo objeto del litigio son nulas al no superar un doble control de incorporación y transparencia. Según este pronunciamiento no es suficiente con que una cláusula sea clara y comprensible, sino que es necesario, además, para poder garantizar su comprensibilidad real, que el consumidor haya sido informado de su relevancia y efectos en el desarrollo razonable del contrato²⁰⁷. La citada sentencia declaró la nulidad de ciertas cláusulas suelo denunciadas, si bien con efectos limitados alegando la afección de la seguridad jurídica y el orden público económico, en cuanto señaló que no procedía la restitución a los demandantes de las cantidades percibidas indebidamente por aplicación de la cláusula con anterioridad a la fecha de la propia sentencia. Con ello se apartaba de lo señalado por el artículo 1303 del Código Civil español²⁰⁸.

En realidad, la etiquetación del control como «transparencia material», por oposición a formal, no la hace todavía la STS de 9 de mayo de 2013 sino la STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de

²⁰⁴ Entiende CRESPO MORA, *La prestación de servicios jurídicos*, cit.p. 113, que al tratarse de un caso en que el notario actúa con funciones propias de un profesional del derecho puede estimarse la existencia de una jurisprudencia consolidada sobre la configuración del contenido del deber de información del abogado.

²⁰⁵ MUÑOZ CASANOVA, *La cláusula suelo en el préstamo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 29.

²⁰⁶ ECLI: ES:TS:2013:1916. Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

²⁰⁷ Consúltense especialmente los apartados 210 y 211 de la sentencia.

²⁰⁸ Sobre este fallo, muy polémico, consúltense CAÑIZARES LASO, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *RDC*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre 2015, pp. 67-105; CARRASCO PERERA/GONZÁLEZ CARRASCO, «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, 2013, pp. 126-163; FENOY PICÓN, «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, fascículo III, 2018, pp. 924-937 y MIQUEL GONZÁLEZ, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *RJUAM*, nº 27, 2013, pp. 223-252.

2016²⁰⁹, haciéndola suya el Tribunal Supremo a partir de la STS 30/2017, Civil, de 18 de enero²¹⁰. Desde la STS de 9 de mayo de 2013 numerosos han sido los pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo en esta materia, representando en este sentido una buena síntesis de la doctrina actual la recogida en la STS 1105/2024, Civil, de 16 de septiembre²¹¹:

«Esta Sala ha fijado jurisprudencia, expuesta en multitud de sentencias, sobre el control de transparencia de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario (v.gr. sentencias 54/2020, de 23 de enero, 285/2020, de 11 de junio y 513/2020, de 6 de octubre, entre otras).

En la jurisprudencia del TJUE han abordado esta cuestión las sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, asunto C- 143/13, caso Matei; y 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove. A tenor de estas resoluciones, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato.

A su vez, la jurisprudencia de esta Sala (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan), con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13/CEE o simplemente, la Directiva) y los arts. 60.1 y 80.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia.

Además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicárseles un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo (...).

(...) Es necesario que haya habido una información adecuada y previa al acto de otorgamiento de la escritura, con antelación suficiente. Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta Sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la

²⁰⁹ En este sentido VAQUER ALOY, «El control de transparencia», en Morales Moreno (dir) y Blanco Martínez (coord), *Estudios de derecho de contratos*, Vol. II, BOE, Madrid, 2022, pp. 1314-1315.

La STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016 (ECLI: EU:C:2016:980. Ponente: Ponente: Egils Levits), que resuelve los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, se ocupa de corregir en ciertos aspectos la STS de 9 de mayo de 2013. Considera que la limitación temporal de los efectos jurídicos contenida en la STS de 9 de mayo de 2013 equivale a privar a todo consumidor que haya celebrado un contrato antes de esa fecha del derecho a lograr una restitución íntegra de las cantidades indebidamente desembolsadas a la entidad bancaria, conteniendo, por tanto, dicha sentencia una protección incompleta e insuficiente para el consumidor. Sobre la citada sentencia consúltese MUÑIZ CASANOVA, *La cláusula suelo en el préstamo*, cit. pp. 332-334.

²¹⁰ ECLI: ES:TS:2017:123. Ponente: Pedro José Vela Torres.

²¹¹ ECLI: ES:TS:2024:4651. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán.

información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar (...)»²¹².

La construcción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la transparencia material de las cláusulas suelo en buena medida es incorporada en la Ley 5/2019 de 15 de marzo de contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI) para todo el contenido de los contratos de crédito inmobiliario²¹³. Sin embargo, la ley no define la transparencia material, aunque su Exposición de Motivos señala que su objetivo es «garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material»²¹⁴. Otra cuestión que puede causar cierta perplejidad, además de la anteriormente indicada, es que, si bien en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se perseguía, como principal fin, la regulación del control de transparencia material de las cláusulas suelo, finalmente el texto definitivo prohíbe que en los préstamos con interés variable se incluyan cláusulas suelo²¹⁵.

A la pura transparencia formal se dedica el artículo 7 LCCI («obligaciones de transparencia en relación con los contratos»), aunque no se denomina de este modo. Contiene la obligación de los prestamistas de inscribir en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación y la obligación de tenerlas disponibles en su

²¹² Igualmente ha sostenido la jurisprudencia que en los casos en los que el préstamo hipotecario no es concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en el previamente concedido al promotor, que le vende la vivienda, no queda liberada la entidad bancaria prestamista de la obligación de suministrar al propietario la información necesaria para que pueda tomar una decisión consciente de contratar, con plena constancia de la carga económica y jurídica que le implica subrogarse en el préstamo hipotecario, incluso en supuestos de novación de algunas de sus condiciones contractuales. Lo establece por primera vez la STS 643/2017, Civil, de 24 de noviembre (ECLI: ES:TS:2017:4092. Ponente: Ponente: Rafael Sarazá Jimena). De modo más reciente la STS 1145/2024, Civil, de 18 de septiembre (ECLI: ES:TS:2024:4638. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán).

En la actualidad el protagonismo de las cláusulas suelo en el ámbito judicial ha sido sustituido por el de la cláusula que establece el interés remuneratorio y las cláusulas que regulan el sistema de amortización revolving. Así, a partir de las SSTS 154/2025, Civil (Pleno), de 30 de enero (ECLI: ES: TS: 2025: 242. Ponente: Sarazá Jimena, Rafael) y 155/2025, Civil (Pleno), de 30 de enero (ECLI: ES: TS: 2025: 241. Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio), el Tribunal Supremo detalla, de cara a determinar la falta de transparencia, la información que debe suministrarse al consumidor al que se ofrece una tarjeta con la modalidad revolving.

²¹³ CÁMARA LAPUENTE, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», *Actualidad Civil*, Wolters Kluwer, marzo 2019, LA LEY 4525/2019, p. 5.

²¹⁴ Consideran llamativa esta falta de definición legal de la transparencia material tanto CÁMARA LAPUENTE, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», cit.p. 2, como MARÍN LÓPEZ, «El control de transparencia material», en Carrasco (dir), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2019, vid epígrafe III.1. (consulta online).

²¹⁵ Así, el artículo 21.3 LCCI señala que «En las operaciones con tipos de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés». Explica MARÍN LÓPEZ, «El control de transparencia material», véase epígrafe III.2 (consulta online), que en términos económicos carece de sentido tal prohibición, ya que es conveniente para el consumidor adecuadamente informado la oferta de préstamos con diverso tipo de régimen jurídico y económico. En cualquier caso, si se ha optado por la prohibición de las cláusulas suelo, carece de sentido ya el mantenimiento tal cual de los artículos 14 y 15 LCCI, redactados como si fuera posible la incorporación de tal cláusula. En un sentido similar MÚNIZ CASANOVA, *La cláusula suelo en el préstamo*, cit.pp. 417-418. Señala que tal estipulación quedaría reducida esencialmente a su incorporación en préstamos personales cuyo objeto no sea la adquisición o conservación de inmuebles, en préstamos hipotecarios cuya garantía no sea un inmueble de uso residencial y en préstamos de cualquier tipo formalizados por personas jurídicas que no actúen como consumidoras.

página web y, en su defecto, en sus establecimientos abiertos al público y, por último, contiene la garantía de accesibilidad de tal información a las personas con discapacidad. Por otra parte, el artículo 14 LCCI («normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios») mezcla obligaciones de transparencia formal y material²¹⁶. Así, en su apartado primero regula la transparencia formal al enumerar la documentación que el prestamista, el intermediario o su representante, deberán entregar al potencial prestatario con una antelación mínima a la firma del contrato de diez días naturales.

El apartado segundo del citado artículo 14 LCCI se ocupa ya de deberes de transparencia material del prestamista: «En particular, el prestamista responderá a las consultas que le formule el prestatario acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados. Las explicaciones deberán contener ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y, en su caso, de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo». Se ha subrayado²¹⁷ que tal precepto no implica ni repetir la información ya suministrada con la documentación ni dar un asesoramiento financiero al prestatario. El orden lógico habría de invertirse respecto al dispuesto en el mencionado apartado segundo del artículo 14 LCCI, esto es, el prestamista ha de dar primero explicaciones sobre la documentación entregada y luego, a continuación, ha de responder a las cuestiones planteadas por el prestatario. Las explicaciones deben ser adecuadas a las características personales de este último, con el fin de que pueda discernir correctamente si el contrato se corresponde a sus necesidades y pueda contratar con pleno conocimiento.

Una vez que el prestatario ha recibido la información previa y las explicaciones por parte del prestamista, el primero ha de firmar una manifestación (también el fiador y el garante no deudor, en caso de existir), en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido; manifestación que deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario (párrafo 1º del artículo 14 LCCI). Se considera un acierto que la Ley señale que esta manifestación haya de firmarse ante el prestamista y no ante el notario, en la medida en que puede que muchos préstamos sujetos a la LCCI no lleguen a formalizarse en escritura pública en cuanto no haya garantías reales²¹⁸. Por otra parte, la existencia de tal manifestación firmada no equivale a que el prestatario haya comprendido realmente, de modo efectivo, el significado y el alcance económico de la cláusula que incide en el objeto principal del contrato, entre otras razones, porque esa manifestación puede tratarse, incluso, de un documento prerredactado por el propio prestamista. Sin embargo, en línea con la actual jurisprudencia en cláusulas suelo, se ha mantenido que no es preciso que el prestamista acredite que el prestatario comprendió perfectamente los efectos de la cláusula, al pertenecer tal extremo al ámbito interno de este último y ser de imposible prueba. Es suficiente, por tanto, con que el prestamista acredite que proporcionó las explicaciones adecuadas relativas a la cláusula, incluyendo los ejemplos de su aplicación práctica²¹⁹.

²¹⁶ En este sentido CÁMARA LAPUENTE, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», cit. p. 3.

²¹⁷ MARÍN LÓPEZ, «El control de transparencia material», véase epígrafe V.2.

²¹⁸ MARÍN LÓPEZ, «El control de transparencia material», véase epígrafe V. 3.

²¹⁹ En este sentido MARÍN LÓPEZ, «El control de transparencia material», véase epígrafe VI.1.

Por último, el artículo 15 LCCI se dedica de forma exclusiva a la «comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material». Además de la comprobación por el notario de que el prestamista ha cumplido los deberes anteriormente apuntados, también está obligado a dar al prestatario un asesoramiento gratuito y personalizado que complemente o refuerce su comprensión sobre el contenido y las consecuencias de la información recogida en la documentación entregada sobre la operación negocial. El notario ha de responder a las dudas del prestatario, informarle sobre las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una de las cláusulas, y presentarle un test para que lo responda, que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada. Todo lo anterior ha de quedar recogido en un acta²²⁰. El prestatario, o quien le represente a estos efectos, deberá comparecer ante el notario para que este pueda extender el acta, como tarde, el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo. El artículo 22.2 LCCI impide al notario autorizar la escritura de préstamo hipotecario si no se otorgó el acta y al registrador inscribir la escritura si en esta no incluye la reseña del acta.

Se ha señalado con acierto²²¹ que el acta solo hace prueba de los dos actos de los que puede dar fe el notario, en primer lugar, de la existencia del asesoramiento prestado por él mismo al potencial prestatario y, en segundo lugar, de la manifestación hecha por este último en el sentido de que ha recibido la documentación y explicaciones sobre su contenido. Pero el acta no podrá servir en ningún caso para acreditar el verdadero grado de comprensión interna del prestatario en cuanto pertenece a su esfera íntima (puede no decir la verdad o puede creer que lo entendía en ese momento y darse cuenta después que no fue así). Pero qué duda cabe de que los hechos constatados en el acta complicarán el éxito de una posible demanda judicial posterior del prestatario en la que este alegue la falta de conocimiento y comprensión real de las implicaciones jurídicas y económicas de la cláusula aceptada.

3.6. El uso de los sesgos de los ciudadanos en la configuración de las políticas públicas.

La capacidad de análisis conductual puede ir dirigido a promover la mejor gestión y aplicación de las políticas públicas. La regulación, esto es, la calidad de las normas a través de las que se quieren desarrollar las políticas públicas, posee una gran importancia. Cuando se aplican los conocimientos adquiridos en el análisis conductual para la mejora de la regulación han de tenerse en cuenta una serie de aspectos. Entre otros, las normativas tienen que diseñarse para simplificar la presentación de la información que se dirige al ciudadano y, además, es conveniente que usen las opciones por defecto, en cuanto tales opciones permiten lograr efectos mucho mejores²²².

Cabe citar algún ejemplo en el derecho civil. A diferencia de lo que sucede en otros países, la regulación de la donación de órganos en el ordenamiento español incluye el uso de opciones por

²²⁰ Véase artículo 15 apartados 1, 2 y 3 LCCI.

²²¹ CÁMARA LAPUENTE, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», cit.p. 11.

²²² En este sentido se pronuncia MARTÍN NÁJERA, «Análisis conductual y evaluación de las políticas públicas: un círculo virtuoso», en Ponce Solé (coord), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 229. A mi juicio, a la hora de desarrollar las políticas públicas ha de tenerse una cierta precaución con el uso en forma de paternalismo ético de los *Nudges* (empujoncitos conductuales) propuestos por SUNSTEIN/THALER, *Un pequeño empujón (Nudge): el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones, dinero y felicidad*, Taurus, Madrid, 2017.

defecto. Esto es, para el caso de fallecimiento será posible la extracción de órganos al cadáver con fines terapéuticos y científicos, siempre que la persona, en vida, no hubiese dejado constancia explícita de su oposición a la obtención de órganos tras su fallecimiento. Esto es, se presume su consentimiento si no hubo oposición expresa al respecto. Así lo establecen tanto el artículo 5.2 de la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos²²³ como el artículo 9.1.a) del Decreto 1723/2012 de 28 de diciembre que la desarrolla en el mismo sentido, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

El citado Decreto exige la adopción de una serie de comprobaciones por parte del responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes, debiendo extender un documento donde conste la investigación hecha acerca de si el donante hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares, o a los profesionales que le atendieron en el centro sanitario a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en la historia clínica, o en los medios previstos en la legislación vigente y, además, acerca del examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo. Igualmente se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria. Aunque en la práctica los coordinadores médicos piden a los miembros de la familia del fallecido su autorización a la donación, incide en la decisión de estos últimos el sesgo del *statu quo*, de modo que la negativa a la donación es absolutamente excepcional²²⁴.

Con independencia de que el uso de opciones por defecto, como la de donación de órganos, habría de regularse por ley orgánica al incidir en derechos fundamentales²²⁵, no hay duda del éxito de la citada regulación del modelo español, que lleva 28 años situado a la vanguardia mundial en donación y trasplante de órganos, posicionado como líder mundial con 15 trasplantes diarios, que representa el 20% de todas las donaciones de la Unión Europea y el 6% de las mundiales de acuerdo a los datos de la Organización Nacional de Trasplantes (ONT), a pesar de que España apenas constituye el 9,1 % de la población europea y el 0,6 % de la mundial²²⁶. El

²²³ «La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición». La ley está publicada en el «BOE» núm. 266, de 6/11/1979.

²²⁴ CAVANILLAS MÚGICA, «Los sesgos del jurista», cit.p. 6.

²²⁵ En este sentido se pronuncia PONCE SOLÉ, «Diez reflexiones finales sobre las aportaciones conductuales y los acicates (nudges)», en Ponce Solé (coord), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 247. Sostiene, con razón, que no toda opción por defecto es aceptable jurídicamente, pues cabe que incida negativamente en derechos como la intimidad o la protección de datos personales, como ha ocurrido con el uso de cookies. De ahí que el Reglamento de Protección de Datos 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 sus datos, prohíbe ahora la opción por defecto de aceptación de cookies, requiriendo el consentimiento expreso (consúltase la STJUE, Gran Sala, de 1 de octubre de 2019 asunto C-673/2017) (ECLI: EU:C:2019:801. Ponente: Rosas, Allan).

²²⁶ CRESPO GARAY, «España, líder mundial de trasplante de órganos durante 28 años», 13 mayo 2021 (<https://www.nationalgeographic.es/ciencia/2021/05/espana-lider-mundial-en-trasplante-de-organos-durante-28-anos>) (fecha de consulta: 3/12/2024). Información comparada sobre 48 sistemas de donación y trasplante de órganos en SHEPHERD/O'CARROLL/FERGUSON, «An international comparison of deceased and living organ

prestigio mundial del sistema español se debe, por un lado, al modelo organizativo que gestiona la Organización Nacional de Trasplantes y, por otro, a la solidaridad de los ciudadanos, ya que el 86% de las familias consultadas autoriza la donación de órganos.

4. Bibliografía

AGUILERA, Adriana, *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ALEGRÍA, Daniela/VIVALDI, Lieta (editoras), *Reflexiones feministas sobre los cuidados*, LOM ediciones, Santiago de Chile, 2024.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, «El caso del pastelero que no quería hacer el pastel de boda a una pareja gay», *Almacén de Derecho*, 5 de julio de 2018 (<https://almacen.derecho.org/caso-del-pastelero-no-queria-pastel-boda-una-pareja-gay>).

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, «De nuevo sobre la Drittwirkung de los derechos fundamentales», *Almacén de Derecho*, 20 de diciembre de 2017 (disponible en <https://almacenederecho.org/nuevo-la-drittwirkung-los-derechos-fundamentales>)

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Analogías excesivas: sobre el AED 3.0, la Física y la Psicología Económica», *Almacén de Derecho*, 21 abril de 2017 (<https://almacenederecho.org/analogias-excesivas-aed-3-0-la-fisica-la-psicologia-economica>)

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, «Sesgos crematísticos en la investigación jurídica», *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016 (<https://almacenederecho.org/sesgos-crematisticos-la-investigacion-juridica>)

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. I, 1993, pp. 57-122.

ALLUEVA AZNAR, Laura, *Pensión compensatoria y autonomía privada familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ALLUEVA AZNAR, Laura, «Gènere i Dret de Família: Una lectura dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial a partir del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16, 2016, pp. 101-121 (<http://revistes.iec.cat/index.php/RCDP>).

ALVAREZ GONZÁLEZ, Santiago/García RUBIO, M^a Paz (coords), *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, Iustel, 2007.

ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio, *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2014.

ASQUERINO LAMPARERO, María José, «Algoritmos, procesos de selección y reputación digital: una mirada antidiscriminatoria», *Documentación Laboral*, número 126, 2022, pp. 121-136.

AZPARREN LUCAS, Agustín, «Comentario al artículo 140 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir), *Comentarios a las Normas sobre Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1221-1231.

donation/transplant rates in opt-in and opt-out systems: a panel study», *BMC Medicine* 12: 131, 2014 (<https://bmcmmedicine.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12916-014-0131-4>).

BARBA, Vincenzo, *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Objeto, ámbito de aplicación y sentido del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial», *El Reglamento europeo de inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 21-48.

BEETY, Valena Elizabeth, «Criminality and Corpulence: Weight Bias in the Courtroom», *Seattle Journal for Social Justice*, Volume 11, Issue 2, 2013, pp. 523-553.

BENÍTEZ BRITO, Néstor *et al.*, «Estigmatización de la obesidad: un problema a erradicar», *Revista Española de Nutrición Humana y Dietética* [online], vol. 25, n.1, 2021, pp. 5 – 7 (<https://dx.doi.org/10.14306/renhyd.25.1.1271>)

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, «Fundamental Rights and Horizontal Direct Effect under the Charter», en IZQUIERDO-SANS, Cristina/MARTÍNEZ-CAPDEVILA, Carmen/NOGUEIRA-GUASTAVINO, Magdalena (eds), *Fundamental Rights Challenges. Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation*, Springer, Switzerland, 2021, pp. 51-74.

BIDDLE, Jeff E./HAMERMESH, Daniel S., «Beauty, Productivity, and Discrimination: Lawyer's Looks and Lucre», *Journal of Labor Economics*, Volume 16, No. 1, 1998, pp. 172-201.

BRIDLE, James, *La nueva edad oscura. La tecnología y el fin del futuro*, Pérez Sánchez, Marcos (traductor), Debate, Barcelona, 2020.

BRÜGGEMEIER, Gert, *Modernising Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», *Actualidad Civil*, Wolters Kluwer, marzo 2019, LA LEY 4525/2019, pp. 1-13.

CAÑIZARES LASO, Ana, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre 2015, pp. 67-105.

CARRASCO PERERA, Angel, *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos. Un manual para estudiantes de toda condición*, Dilex, Madrid, 2006.

CARRASCO PERERA, Angel/GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 7, 2013, pp. 126-163.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «El sesgo retrospectivo en el enjuiciamiento de la actividad médica», en GIL MEMBRADO, Cristina (dir y coord.), *Bioderecho y Retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 337-353.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos», en ATAZ LÓPEZ, Joaquín/ COBACHO GÓMEZ, José Antonio (dirs), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1393-1438.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Los sesgos del jurista (Una lección inaugural de curso)», *Blog Zona Bolonia*, 23/09/2016, pp. 1-9 (<https://zonabolonia.blogspot.com/2016/09/los-sesgos-el-jurista-una-leccion.html>).

CERVILLA GARZÓN, M^a Dolores, «Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado», *Actualidad Civil*, Tomo 4, número 40, semana del 27 de octubre al 2 de noviembre de 2003, Editorial La Ley, pp. 1075-1090.

CHAVES GARCÍA, José Ramón, «Viaje a la mente de un juez que afronta la responsabilidad sanitaria: Juicios, prejuicios, sesgos y otros atajos mentales», en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (dir), *Responsabilidad médico-sanitaria*, Sepín, Madrid, 2022, pp. 735-769.

CHAVES GARCÍA, José Ramón, *Cómo piensa un juez. El reto de la sentencia justa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

CHESTERMAN, Simon, *We, The Robots? Regulating Artificial Intelligence and the Limits of the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, UK-New York, USA, 2021.

CIALDINI, Robert B./VINCENT, Joyce E./LEWIS, Stephen K./CATALAN, Jose/WHEELER, Diane/DARBY, Betty Lee, «Reciprocal Concessions Procedure for Inducing Compliance: The Door-in-the-Face Technique», *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 31, No. 2, 1975, pp. 206-215.

CRESPO GARAY, Cristina, «España, líder mundial de trasplante de órganos durante 28 años», 13 mayo 2021 (<https://www.nationalgeographic.es/ciencia/2021/05/espana-lider-mundial-en-trasplante-de-organos-durante-28-anos>).

CRESPO MORA, M^a del Carmen, *La prestación de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

CRESPO MORA, M^a del Carmen, «Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el Derecho español y en el DCFR», *Noticias de la Unión Europea*, n^o 320, septiembre de 2011, pp. 45-58.

CRESPO MORA, M^a del Carmen, «La responsabilidad del abogado», *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n^o 25, 2006, pp. 257-285.

DANZINGER, Shai/LEVAV, Jonathan/AVNAIM-PESSE, Liora, «Extraneous factors in judicial decisions», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Vol. 108, Issue 17, 2011, pp. 6889-6892.

DEL OLMO, Pedro, «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños», en DíEZ-PICAZO, Luis (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Tomo I, 1^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1079-1105.

DEL OLMO, Pedro, «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños», *InDret* 4/2013, pp. 1-54.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. IV (La responsabilidad extracontractual), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011.

DÍEZ SASTRE, Silvia, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas», *InDret* 1/2024, pp. 1-53.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora», *InDret* 2/2016, pp. 1-41.

EISENBERG, Melvin Aron, «The Limits of Cognition and the Limits of Contract» 47 *Stanford Law Review*, nº 47, 1995, pp. 211-259.

ESPÍN ALBA, Isabel, «Sesgos discriminatorios en la toma automatizada de decisiones en la contratación y protección de datos», en ALVAREZ LATA, Natalia (coordinadora), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 123-186.

EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, Publications Office, 2019 (<https://data.europa.eu/doi/10.2838/573689>).

FARIÑA, Francisca/ARCE, Ramón/NOVO, Mercedes, «Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales», *Psicothema*, vol. 14, no 1, 2002, pp. 39-46 (disponible en https://www.researchgate.net/publication/277272291_Heuristico_de_anclaje_en_las_decisiones_judiciales).

FENOY PICÓN, Nieves, «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Civil*, fascículo III, 2018, pp. 855-1046.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, «Comentario al artículo 9.2 CE», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.), PÉREZ MANZANO, Mercedes/BORRAJO INIESTA, Ignacio (coords.), *Comentarios a la CE 1978, XL aniversario*, tomo I, Fundación Wolters Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 164-174.

FERRÁNDIZ, José Pablo /CAMAS GARCÍA, Francisco, *La cocina electoral en España. La estimación del voto en tiempos de incertidumbre*, Catarata, Madrid, 2019.

FISCHHOFF, Baruch, «Hindsight [not=] Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty», *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, Vol. 1, No.3, 1975, pp. 288-299.

GARCÍA MAYO, Manuel, *Pactos prematrimoniales: En previsión de crisis matrimonial*, J.M. Bosch, Barcelona, 2023.

GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «Comprender y transmitir el derecho de las mujeres», en MESA MARRERO, Carolina (dirección), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 77-92.

GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en GARCÍA RUBIO, M^a Paz/ VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario (dirs.), LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura/ OTERO CRESPO, Marta (coords), *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1073-1120.

GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV, 2003, pp. 1653-1674.

GARRIGUES WALKER, Antonio/GONZÁLEZ DE LA GARZA, Luis Miguel, *Qué son los neuroderechos y cuál es su importancia para la evolución de la naturaleza humana. Reflexiones sobre el derecho, las neurotecnologías y la IA emergentes*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2024.

GIL MEMBRADO, Cristina, «Daños producidos por la IA: la opacidad del algoritmo y el efecto de caja negra», en ALVAREZ LATA, Natalia (coordinadora), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 501-547.

GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GINÈS FABRELLAS, Anna, «Analítica de personas y discriminación algorítmica en procesos de selección y contratación», *Labos*, Número extraordinario *Normativa europea sobre inteligencia artificial*, vol. 5, 2024, pp. 99-130.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «La nueva Directiva de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *La Ley Unión Europea*, n^o 133, Febrero 2025, pp. 1-13.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Concepto de daño moral», en GÓMEZ POMAR, Fernando/MARÍN GARCÍA, Ignacio (dirs), *El daño moral y su cuantificación*, 3^a edición, Bosch, Barcelona, 2023, pp. 29-81.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos/GARCÍA-MICÓ, Tomás Gabriel, «Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Technologies», *InDret* 1/2020, pp. 501-511.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, «El relativo valor de la justicia administrativa. Sesgos cognitivos y toma de decisiones judiciales. La “zona de lo interpretable” y el azar en el Derecho», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, pp. 1-18.

GRAVETT, Willem H., «Judicial Decision-Making in the Age of Artificial Intelligence», en SOUSA ANTUNES, Henrique *et al* (eds), Springer, 2024, pp. 281-297.

GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, «Recensión al libro *Principio de no discriminación y contrato*», *ADC*, Tomo LXXVII, fascículo II, 2024, pp. 865-879.

IGLESIAS CANLE, Inés Celia/GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Ana Isabel, «Sesgos de género y decisión judicial (I): Análisis práctico y legal de la custodia de menores en el proceso matrimonial», en BONORINO, Pablo (coordinador), *Sesgos, argumentación y decisión judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 129-148.

JOLLS, Christine/SUNSTEIN, Cass R., «Debiasing Through Law», No. w11738, November 2005, pp. 1-49 (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=842473>)

KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Chamorro Mielke, Joaquín (traducción), 7^a edición, Debate, Barcelona, 2015.

KAHNEMAN, Daniel/TVERSKY, Amos, “Prospect theory: An analysis of decision under risk”, *Econometrica*, Vol. 47, No.2, 1979, pp. 263-291.

KAHNEMAN Daniel/ SIBONY, Olivier/SUNSTEIN, Cass R., *Un fallo en el juicio humano*, Chamorro Mielke, Joaquín (traducción), Debate, Barcelona, 2021.

KOROBKIN, Russell, «Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms», *Vanderbilt Law Review*, nº 51, 1998, pp. 1584-1651.

KOROBKIN, Russel/GUTHRIE, Chris, «Psychology, Economics and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer», *Texas Law Review*, No. 76, 1997, pp. 77-141.

KURAN, Timur, *Private Truths, Public Lies. The Social Consequences of Preference Falsification*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1995.

LAMARCA MARQUÉS, Albert, «Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència», en Institut de Dret Privat Europeu i Comparat. Universitat de Girona (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família: materials de les Dissetenes Jornades de dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, 2013, pp. 445-480.

LESSIG, Lawrence, «The Regulation of Social Meaning», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 62, No. 3, 1995, pp. 943-1045.

LÓPEZ PAZ, Laura, «Los sondeos electorales como problema de desinformación: ¿Una verdad a medias? Estudio de caso sobre las elecciones autonómicas de la Comunidad de Madrid del 4 de mayo de 2021», *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, nº 3, 2021, pp. 1-12.

LÓPEZ SUÁREZ, Covadonga/NEUPAVER ALZOLA, Mario/CERVILLA GARZÓN, M^a Dolores (coords), *Pactos familiares en previsión de ruptura*, Atelier, Madrid, 2024.

LUUS, C. A. Elizabeth/WELLS, Gary L., «The Malleability of Eyewitness Confidence: Co-Witness and Perseverance Effects», *Journal of Applied Psychology*, Vol. 79, No.5, 1994, pp. 714-723.

MACÍA MORILLO, Andrea, «Comentario al art. 137 TRLGDCU», en CAÑIZARES LASO, Ana (directora) y ZUMAQUERO GIL, Laura (coord.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1993-2013.

MACÍA MORILLO, Andrea, «El daño derivado de la falta de información médica», en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (dir), *Derecho de Daños 2020*, Lefebvre, 2020, pp. 531-617.

MACKAY, Anita, «Who gets a better deal? Women and Prenuptial Agreements in Australia and the USA», *U.W. Sydney Law Review*, nº 7, 2003, pp. 109-133.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «El control de transparencia material», en CARRASCO, Angel (director), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (consulta de la versión online de la obra).

MARTÍN CASALS, Miquel, «Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *InDret* 3/2023, pp. 1-46.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Sobre la Propuesta del nuevo "Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación": exposición general y crítica», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Número 50, segundo semestre 2014, pp. 41-68.

MARTÍN CASALS, Miquel (coordinador), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor», en SALVADOR CODERCH, Pablo (dir), *El Mercado de las Ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 382-410.

MARTÍN CRITIKIÁN, Davinia/SOLANO ALTABA, María/ SERRANO OCEJA, José Francisco, «Hábitos de consumo de moda a través de influencers en la Generación Z», *Vivat Academia. Revista de Comunicación*, nº 155, 2022, pp. 39-68.

MARTÍN NÁJERA, Santiago A., «Análisis conductual y evaluación de las políticas públicas: un círculo virtuoso», en PONCE SOLÉ, Juli (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 218-241.

MARTÍN VIDA, María Angeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003.

MEDINA ALCOZ, María, «Los acuerdos prematrimoniales: Análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común», en ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa (dir), *Cuestiones actuales de Derecho de Familia*, La Ley, 2013, pp. 279-340.

MESA MARRERO, Carolina, «Comentario al art. 663 CC», en GARCÍA RUBIO, M^a Paz/MORO ALMARAZ, M^a Jesús (eds), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 501-504.

MESA MARRERO, Carolina, «El derecho de daños desde una perspectiva de género», en MESA MARRERO, Carolina (dir), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 281-308.

MILLER, Andrea L., «Expertise Fails to Attenuate Gendered Biases in Judicial Decision-Making», *Social Psychological and Personality Science*, Volume 10, Issue 2, 2019, pp. 227-234.

MIQUEL GONZÁLEZ, José M^a, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 27, 2013, pp. 223-252.

MUÑIZ CASANOVA, Natalia, *La cláusula suelo en el préstamo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, «Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica», *InDret* 4/2019, pp. 1-55.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», *InDret* 2/2011, pp. 1-39.

MYERS, David G./ TWENGE, Jean M., *Psicología social*, 13^a edición, McGrawHill, México, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi, «Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez», *InDret* 1.2025, pp. 382-405.

ORTEGA KLEIN, Andrés, «Juez con robot, más que robot juez», en CASAS BAAMONDE, María Emilia (dir), *Derecho y Tecnologías*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 2025, pp. 45-70.

PAPAYANNIS, Diego M., «El enfoque económico del Derecho de Daños», *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 32, 2009, pp. 460-495.

PARRA LUCÁN, María Angeles, «Comentario al artículo 137 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 1965-1995.

PARRA LUCÁN, María Angeles, «Comentario al artículo 140 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 2024-2036.

PATRY, Marc W., «Attractive but Guilty: Deliberation and the Physical Attractiveness Bias», *Psychological Reports*, Volume 102, Issue 3, 2008, pp. 727-733.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «Prólogo» al libro *El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el Derecho*, de Ward Farnsworth, Ramón Girbau Pedragosa (traductor), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

PÉREZ CURIEL, Concha/LUQUE ORTIZ, Sergio, «El marketing de influencia en moda. Estudio del nuevo modelo de consumo en Instagram de los millennials universitarios», *adComunica: Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº 15, 2018, pp. 255-281.

PONCE SOLÉ, Juli, «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 9, 2024, pp. 171-220.

PONCE SOLÉ, Juli, «Diez reflexiones finales sobre las aportaciones conductuales y los acicates (nudges)», en PONCE SOLÉ, Juli (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 243-253.

POSNER, Richard A., *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2008.

POSNER, Richard A., *Catastrophe, Risk and Response*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

RACHLINSKI, Jeffrey J., «A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 65, 1998, pp. 571-625.

RACHLINSKI, Jeffrey J., «Gains, Losses, and the Psychology of Litigation», *Southern California Law Review*, Vol. 70, No. 1, 1996-1997, pp. 114-185.

REY MARTÍNEZ, Fernando, «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 100, septiembre-diciembre 2017, pp. 125-171.

RIBOT IGUALADA, Jordi, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/2399)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 74, 2007, pp. 773-800.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, «Comentario al artículo 663 CC», en CAÑIZARES LASO, Ana (dir), *Comentarios al Código Civil*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 3253-3261.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, «Comentario al artículo 666 CC», en CAÑIZARES LASO, Ana (dir), *Comentarios al Código Civil*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 3372-3275.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, «Discriminación positiva y profesorado universitario. Especial atención al acceso y promoción de la función pública», en PERDICES HUETOS, Antonio/ ORTEGA BERNARDO, Julia (coords), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Universidad y Derecho. Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, n^o 24, BOE, Madrid, 2020, pp. 287-300.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, «Indemnización por causa de muerte: análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español», *InDret* 2/2015, pp. 1-53.

ROMERO RÓDENAS, María José, «La mujer en la universidad: un grupo históricamente discriminado», *The Conversation*, 07/07/2019 (disponible en <https://theconversation.com/la-mujer-en-la-universidad-un-grupo-historicamente-discriminado-119792>)

RUIZ MIGUEL, Alfonso, «Discriminación inversa e igualdad», *El concepto de igualdad*, VALCÁRCEL, Amelia (coord.), Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 77-94.

RUVA, Christine L./GUENTHER, Cristina C., «Keep your bias to yourself: How deliberating with differently biased others affects mock-jurors' guilt decisions, perceptions of the defendant, memories, and evidence interpretation», *Law and Human Behavior*, Volume 41, Issue 5, 2017, pp. 478-493.

SALVADOR CODERCH, Pablo/RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, «Capítulo IV: Defectos de producto», en SALVADOR CODERCH, Pablo/GÓMEZ POMAR, Fernando (eds), *Tratado de Responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 135-219.

SALVADOR CODERCH, Pablo/SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

SCHERPE, Jens M., “Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective”, en SCHERPE, Jens M. (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 443 ss.

SHEPHERD, Lee/O'CARROLL, Ronan/FERGUSON, Eamonn, «An international comparison of deceased and living organ donation/transplant rates in opt-in and opt-out systems: a panel study», *BMC Medicine* 12: 131, 2014 (<https://bmcmmedicine.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12916-014-0131-4>)

SIERRA NOGUERO, Eliseo, «La responsabilidad civil por la contaminación por hidrocarburos derivada del accidente del buque Prestige», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 95, núm. 775, 2019, pp. 2637-2650.

SIMON, Herbert A., *Models of Man*, 5^a impresión de la obra de 1957, John Wiley & Sons, Inc., New York-London-Sidney, 1967.

SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario al art. 140 TRLGDCU», en CAÑIZARES LASO, Ana (directora) y ZUMAQUERO GIL, Laura (coord.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 2073-2074.

SOLÉ FELIU, Josep, «Comentari al article 231-20 del Codi Civil de Catalunya», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep (dirs), FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.), *Comentari al Llibre segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 146-161.

STROHMAIER, Niek/PLUUT, Helen/VAN DEN BOS, Kees/ADRIAANSE, Jan/VRIESENDORP, Reinout, «Hindsight bias and outcome bias in judging director's liability and the role of free will beliefs», *Journal of Applied Social Psychology*, No. 51, 2021, pp. 141-158.

SUNSTEIN, Cass R., «Algunas ideas generales sobre las aportaciones conductuales y los Nudges», en PONCE SOLÉ, Juli (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 21-28.

SUNSTEIN, Cass R./THALER, Richard H., *Un pequeño empujón (Nudge): el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones, dinero y felicidad*, Taurus, Madrid, 2017.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of The Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Newark, NJ LexisNexis, 2002.

VAQUER ALOY, Antoni, «El control de transparencia», en MORALES MORENO, Antonio Manuel (dir) y BLANCO MARTÍNEZ, Emilio (coord.), *Estudios de derecho de contratos*, Vol. II, BOE, Madrid, 2022, pp. 1307-1332.

VELASCO CABALLERO, Francisco, «Psicología cognitiva, pensamiento automático y enseñanza del Derecho Administrativo», en PONCE SOLÉ, Juli (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 109-131.

VICENTE, Lucía/MATUTE, Helena, «Humans inherit artificial intelligence biases», *Scientific Reports*, 6-13:15737, 2023 (<https://www.nature.com/articles/s41598-023-42384-8.pdf>).

VIVAS TESÓN, Inmaculada, «El derecho contractual antidiscriminatorio: drittwirkung y libertad negocial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, N. 1, 2021, pp. 672-692.

VON BAR, Christian/CLIVE, Eric (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vols. 1, 2 y 4, Sellier, Munich, 2009.

YECHIAM, Eldad, «Acceptable losses: the debatable origins of loss aversion», *Psychological Research*, vol. 83, 2019, pp. 1327-1339.

Sonia Martín Santisteban
Universidad de Cantabria

La pretensión de cumplimiento en las Propuestas de modernización del derecho de obligaciones y contratos

Sumario

El trabajo aborda la regulación de la pretensión de cumplimiento en forma específica, analizando y comparando las dos Propuestas españolas de Modernización del Código Civil, con los textos armonizadores internacionales y de derecho europeo que les sirven de base y con el derecho actual. La autora parte de un breve estudio del incumplimiento y de cómo se enmarca la pretensión de cumplimiento en el conjunto de remedios de que dispone el acreedor. A continuación, se detiene en cuestiones como el cumplimiento por equivalente y la operación de reemplazo, que siguen dividiendo a la doctrina. Finalmente, se centra en los límites del cumplimiento, tal y como han sido formulados en las Propuestas de Modernización.

Abstract

The paper deals with the regulation of specific performance, analyzing and comparing the two Spanish Proposals for the Modernization of the Civil Code with the international harmonizing texts and European law on which they are based and with current law. The author starts with a brief study of non-performance and how the claim for performance is framed in the set of remedies available to the claimant. Next, she stops at issues such as performance by equivalent and the substitute transaction, which continue to divide the doctrine. Finally, she focuses on the limits of performance, as formulated in the Modernization Proposals.

Title: *Specific performance in the Proposals for the modernization of the law of obligations and contracts*

Palabras clave: Cumplimiento en forma específica, cumplimiento in natura, cumplimiento forzoso, cumplimiento por equivalente, operación de reemplazo, remedios, Propuestas de Modernización

Keywords: *Specific performance, in natura performance, enforced performance, equivalent performance, substitute transaction, remedies, Modernization Proposals*

DOI: 10.31009/InDret.2025.i2.02

2.2025

Recepción
02/01/2025

-

Aceptación
16/03/2025

-

Índice

-

1. Introducción. Objeto del trabajo

2. La noción de incumplimiento

3. Los remedios y su interrelación

4. La pretensión de cumplimiento específico y la pretensión al valor económico del cumplimiento

5. La pretensión de cumplimiento específico y la operación de reemplazo

6. El régimen jurídico de la pretensión de cumplimiento específico

6.1. Obligaciones pecuniarias

6.2. Obligaciones no pecuniarias. Límites al cumplimiento en forma específica

a. Imposibilidad física o jurídica de la prestación y derecho a los subrogados de la cosa

b. Excesiva onerosidad. Relación con la alteración sobrevenida de circunstancias

c. Razonabilidad de la pretensión de cumplimiento. Relación con la operación de reemplazo

d. Otros límites al cumplimiento en forma específica

6.3. Reparación y sustitución

6.4. *Ius variandi* del acreedor

7. Conclusiones

8. Bibliografía

9. Resoluciones judiciales

-

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

1. Introducción. Objeto del trabajo*

El objeto de este trabajo es el estudio del cumplimiento en forma específica en las Propuestas de Modernización del Código Civil, en materia de obligaciones y contratos, formuladas por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en 2009 y 2023¹. Para ello se comparará el texto de ambas Propuestas ya que, tal y como indica el Prólogo de la Propuesta de 2023 (PMCC 2023), ésta constituye una revisión de la Propuesta de 2009 (PMCC 2009), actualizándola y «en parte» introduciendo modificaciones sustanciales. Asimismo, se resaltarán las novedades que recogen ambas Propuestas respecto del régimen jurídico actualmente vigente, contenido principalmente en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero también en la jurisprudencia de nuestros tribunales y en las interpretaciones doctrinales. En ambas Propuestas es perceptible la influencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980 (CISG)², de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT³, y de los precedentes armonizadores del derecho contractual europeo (*Principles of European Contract Law* -PECL⁴- y *Draft of Common Frame of Reference* -DCFR⁵- en el caso de la PMCC 2023). Por ello, aludiremos a dichos precedentes en la medida en que ayuden a entender el contenido de los textos españoles.

Comenzaremos por abordar de forma sucinta la noción de incumplimiento que acogen las dos Propuestas, ya que la misma abre el recurso a los mecanismos de tutela del acreedor y ayuda a entender la función asignada al cumplimiento en forma específica. A continuación, se estudiará la interrelación entre el cumplimiento y otros remedios, especialmente con la indemnización de daños y perjuicios, en la que quedan absorbidos el denominado cumplimiento por equivalente y la operación de reemplazo. Finalmente, se analizará el régimen jurídico de la acción o pretensión de cumplimiento, principalmente sus límites y las dos modalidades de cumplimiento a las que aluden las propuestas: la reparación y la sustitución de la prestación defectuosa.

2. La noción de incumplimiento

*Sonia Martín Santisteban (sonia.martin@unican.es). Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español», PID2022- 138909NB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Madrid, 2009. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, LXIII, enero 2009, Suplemento. Disponible en https://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/propuesta_de_modernizacion_del_codigo_civil.pdf y Propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, Madrid, 2023. Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>.

² COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York 2011. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf>

³ UNIDROIT Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, 2016. Disponible en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>

⁴ BARRES BENLLOCH/EMBED IRUJO/MARTÍNEZ SANZ (ed.), *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Partes I y II, Colegios Notariales de España, 2003.

⁵ VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008. Disponible en https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf

Son muchos los estudios doctrinales que han dado cuenta del modelo de incumplimiento que acoge la PMCC 2009⁶, inspirado en la CISG (art. 45 y concordantes). De acuerdo con el art. 1188 de dicha Propuesta, «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten»⁷. A este modelo responden también los Principios UNIDROIT (art. 7.1.1) y los principales textos de derecho europeo de contratos (arts. 1:301 y 8:101 PECL- y art. III.1:102 DCFR), la normativa española sobre venta de consumo (art. 117 LGDCU, fruto de la transposición de las directivas 1999/44 y 2019/771 del Parlamento Europeo), así como los ordenamientos que han procedido a reformar su derecho de obligaciones y contratos en los últimos años (Países Bajos en 1992, Alemania en 2001, Francia en 2016 o Bélgica en 2023).

La PMCC 2023 acoge el mismo concepto unitario, amplio y objetivo que arranca de la falta de conformidad entre la prestación proyectada y la ejecutada: «Hay incumplimiento cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a ésta» (art. 1171.1 PMCC 2023). El incumplimiento es independiente de cuál sea su origen y de a quien le sea imputable y se extiende al incumplimiento de las obligaciones consideradas parte integrante de la relación contractual. Tal y como indica la Exposición de Motivos de la PMCC 2023, esta noción unitaria conlleva la desaparición de figuras como la imposibilidad inicial, la mora o el cumplimiento defectuoso, que quedan ahora embebidas en la más general del incumplimiento⁸. Cualquier forma de discrepancia entre la prestación proyecta y la ejecutada constituye incumplimiento del contrato, y siempre que concurren los respectivos presupuestos, permite a quien lo padece activar los mecanismos para remediar el mismo y satisfacer el interés del acreedor.

Pero la PMCC 2023 aporta alguna precisión más respecto del texto de 2009.

1) Por una parte, se incorpora a la definición de incumplimiento el elemento de la falta de satisfacción del interés del acreedor (art. 1171). La doctrina más autorizada venía sosteniendo que la noción de incumplimiento de la PMCC 2009 se caracteriza por que el mismo implica la insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato⁹. Afirma MORALES MORENO que, frente al enfoque tradicional, en que la vinculación contractual se construye sobre el deber de conducta del deudor, «lo más adecuado en el nuevo derecho de contratos, es entender la vinculación contractual, no como un deber de conducta del deudor sino como la garantía del

⁶ Entre otros, VIDAL OLIVARES, «La noción de incumplimiento esencial en el código civil», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº 32, 2009, p. 233. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722011000100007; FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, vol.LXIII, fasc.I, 2010, pp. 47-136; MORALES MORENO, «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en GONZALEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 27 y *Claves de la modernización del Derecho de Contratos*, Ibañez, 2016, pp. 90-96; GARCÍA PÉREZ, «Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho privado europeo», en ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011, pp. 330-368.

⁷ Definición que ya había proporcionado DíPEZ-PICAZO en su obra *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, II, 6ªed., 2008, p. 654: «hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que en virtud de la relación obligatoria le incumben».

⁸ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN SECCIÓN DE DERECHO CIVIL Propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, Madrid, 2023. Exposición de Motivos, op. cit., p. 29

⁹ En este sentido: FENOY PICÓN, *ADC*, vol.LXIII, fasc. I, 2010, p. 70 y GARCÍA PÉREZ, en ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011, p. 362.

resultado de satisfacción del interés del acreedor. El deudor está obligado a satisfacer el interés del acreedor, en la medida en que resulta del contrato (del fin de protección del contrato). El contenido de la relación obligatoria contractual traspasa los límites del mero cumplimiento del deber de prestación. Por eso, existe vinculación contractual, aunque sea imposible el deber de prestación (imposibilidad inicial)¹⁰.

Pero, si a través del contrato el deudor se obliga a satisfacer el interés del acreedor incorporado al mismo, lo lógico habría sido incluir dicha satisfacción entre las funciones del cumplimiento en el art. 1132 PMCC 2023¹¹, que sólo menciona como tales la extinción de la obligación y la liberación del deudor. Y tampoco se indica claramente si para que haya incumplimiento es preciso, además de que el deudor no ejecute exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria, que el acreedor no satisfaga su interés conforme a esta. De ser la insatisfacción del interés del acreedor una condición suplementaria, no habrá incumplimiento cuando, a pesar de no haberse ejecutado la prestación debida, no se ve frustrado su interés. Pongamos como ejemplo un supuesto que aparece en los PECL para ilustrar los límites al cumplimiento en forma específica y que, de acuerdo con la redacción propuesta por la PMCC 2023, obligaría a plantear, antes de determinar si el deudor puede oponer al acreedor la excepción por excesiva onerosidad o si el acreedor puede pedir la indemnización de daños, si hay o no incumplimiento. Un sujeto arrienda un terreno para llevar a cabo una operación de minería y se obliga a restituirlo debidamente nivelado. Llegada la fecha de vencimiento del contrato, el cumplimiento de dicha obligación ya no es de utilidad al arrendador porque éste ha vuelto a arrendar el mismo terreno, para después que le sea restituido, con el objetivo de ser utilizado como área de entrenamiento para tanques¹². A no ser que el arrendador demuestre que el incumplimiento le ha causado un perjuicio con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo contrato (por ejemplo, porque no ha podido usar el terreno), no habrá incumplimiento puesto que no se ha visto insatisfecho su interés.

El papel central que pasa a desempeñar en el incumplimiento la satisfacción del interés del acreedor se manifiesta en el ámbito de los remedios. Como vamos a ver, no sólo el acreedor tiene la facultad de optar por aquel remedio que mejor satisfaga su interés, sino que las Propuestas positivizan nuevos mecanismos (la reducción del precio, la operación de reemplazo, la resolución del contrato ante un riesgo patente de incumplimiento esencial o ante un incumplimiento no

¹⁰ Añade MORALES MORENO, *Claves de la modernización del derecho de contratos*, Ibañez, 2006, pp. 83-84, que «Esta nueva concepción tiene importantes consecuencias: 1. Los estados de la realidad (hechos) pueden formar parte del contenido de la vinculación contractual. Aunque el deudor no esté obligado a transformar la realidad por medio de su prestación, por ser imposible, sí puede estar obligado a garantizar al otro contratante la satisfacción del interés que tiene en que la realidad sea tal y como la ha presupuesto el contrato; en la medida en que, conforme al contrato, ese riesgo incumbe al deudor (se trate de una presuposición garantizada (...)). 2. La nueva construcción de la vinculación contractual no solo supone la redefinición del contenido del derecho de crédito (siendo entendido como garantía de satisfacción del interés del acreedor), sino también una reasignación de la función de la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria. (...) Esa reasignación de funciones tiene las siguientes consecuencias: la pretensión de cumplimiento ensancha su cometido. No se limita a la imposición coactiva del cumplimiento de la obligación (de la conducta debida, por ej: entregar la cosa debida). Puede traspasar el contenido estricto del deber de prestación. Por ejemplo: estando el vendedor obligado a entregar una cosa conforme al contrato, si no cumple esa obligación, el acreedor puede exigirle (bajo ciertos presupuestos) la reparación o sustitución de la cosa entregada. (...). El remedio de la indemnización de daños también se transforma, profundamente, en la vinculación contractual, propia del nuevo Derecho de obligaciones. Deja de ser un remedio secundario, que solo surge en casos de incumplimiento del deber de prestación del deudor, y se transforma en un remedio primario. Su función es satisfacer el interés del acreedor, garantizado por el contrato (fin de protección del contrato), así como la indemnización de otros posibles daños, canalizada a través de la responsabilidad contractual (interés de integridad)».

¹¹ En este sentido VERDERA SERVER, Conferencia «El incumplimiento y sus remedios», en *Jornada: Estudio sobre la Propuesta de Modernización del CC en de obligaciones y contratos de 2023*, Colegio Notarial de Madrid, jueves 25 abril 2024. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=EAdz4LiALOQ>

¹² Ver epígrafe 6.2.3. Razonabilidad de la pretensión de cumplimiento. Relación con la operación de reemplazo.

esencial por retraso o prestación defectuosa, y la reparación o la sustitución de la prestación defectuosa) dirigidos a proteger ese interés.

2) Siguiendo otros textos de derecho europeo¹³, el art. 1171.2 PMCC 2023 explicita el carácter objetivo del incumplimiento, al añadir que «existe incumplimiento, aunque éste no sea imputable al deudor». Aunque estamos ante una aclaración que nadie discutía en la PMCC 2009¹⁴.

3) Al igual que el art. 1188 PMCC 2009, el art. 1171.1 PMCC 2023 comienza situando el incumplimiento en la esfera del deudor¹⁵, pero el art. 1171.3 PMCC 2023 añade que «también constituye incumplimiento la falta de la necesaria colaboración del acreedor en la ejecución de la prestación». De ahí que el art. 1173 PMCC 2023 enumere los remedios que, ante el incumplimiento del contrato, puede ejercer «el contratante insatisfecho» y no ya «el acreedor», y que en sede de indemnización de daños se precise que «El deudor tiene derecho a ser indemnizado por los daños que le cause el incumplimiento del deber de colaboración del acreedor» (art. 1187.2 PMCC 2023)¹⁶.

Cuando el incumplimiento del deudor se debe en exclusiva a la falta de la necesaria colaboración del acreedor, no podrá invocar éste el incumplimiento causado por su acción u omisión (art. 1188 PMCC 2009 y art. 1171.4 PMCC 2023). Luego no sólo pierde el acreedor su derecho a invocar los remedios frente al incumplimiento del deudor, sino que el deudor podrá ejercer los remedios pertinentes frente al acreedor (la indemnización de daños a la que alude el art. 1187.2 PMCC 2023, pero también los demás remedios frente al incumplimiento). Cuando la falta de colaboración ha interferido solo parcialmente en el incumplimiento del deudor, estaremos ante un supuesto de concurrencia de culpas, al que se refiere la PMCC 2023 -no así la PMCC 2009¹⁷-

¹³ También aluden al carácter justificado o no del incumplimiento los PECL (art. 1:301(4) y el DCFR (art. III. 1:102(3)). No lo hace el texto de los Principios UNIDROIT (art. 7.1.1), pero sí sus comentarios. Acerca de la noción de incumplimiento y los remedios frente al mismo en los Principios UNIDROIT, los PECL y el DCFR: PÉREZ VELÁZQUEZ, *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, 2016; VAQUER ALOY, «Incumplimiento del contrato y remedios», CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo*, 2003, pp. 525-554; MORÁN BOVIO (coord.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, 2ª ed., Thomson Aranzadi, 2003, p. 323 ss.; GÓMEZ CALLE, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *ADC.*, t. LXV, fasc. I, 2012, pp. 36-42; PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Aranzadi, 2014; MALO VALENZUELA, *Remedios frente al incumplimiento contractual. Derecho español, derecho inglés y draft common frame of reference*, Navarra, 2016.

¹⁴ Ver nota 1.

¹⁵ Los Principios UNIDROIT (art. 7.1.1), y los comentarios a los PECL (arts. 1:301 y 8:101) predicen el incumplimiento de «una parte», es decir, tanto del deudor como del acreedor.

¹⁶ A la necesaria colaboración o cooperación se refieren también los tres textos (Principios UNIDROIT: art. 5.1.3 PECL: arts 1:202 y 1:301(4); y DCFR: art. III.1.104) aclarando que no cualquier falta de cooperación constituye incumplimiento. El comentario al art. 1:202 PECL afirma que el deber de colaborar se limita a aspectos del cumplimiento en los que la otra parte tenga un interés, y los Principios UNIDROIT y el DCFR recogen la obligación de cooperar con la otra parte, cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de sus obligaciones. Los comentarios al art. 1:202 PECL y al art. III.1:101(4) DCFR añaden además que dicho incumplimiento constituye la quiebra de una obligación contractual que permite aplicar los diversos medios de tutela previstos para caso de incumplimiento.

¹⁷ Entiende FENOY PICÓN, *ADC.*, vol.LXIII, fasc. I, 2010, p. 94, que puede entenderse que este supuesto está en el espíritu del art. 1188.II PMCC 2009, siendo el aplicador del Derecho quien haya de determinar en cada caso concreto las oportunas consecuencias jurídicas en cuanto a los remedios. En el mismo sentido GÓMEZ CALLE, *ADC.*, t. LXV, fasc. I, 2012, p. 42, para quien, aunque el art. 1188.2 PMCC solo contempla directamente el incumplimiento debido en su totalidad al deudor, no parece haber inconveniente alguno en adaptarlo al caso en que le es debido sólo en parte. El art. 1188.2 justificaría así la rebaja de la indemnización que pueda pretender el acreedor.

en sede de resarcimiento: «El deudor no responderá del daño en la medida en que el acreedor hubiera concurrido a causarlo» (art. 1192.1 PMCC 2023)¹⁸.

En nuestro derecho no existe ninguna regla general que atribuya a la falta de colaboración del acreedor carácter de incumplimiento contractual, con el consiguiente recurso a los remedios por incumplimiento. Sólo existen ejemplos de esta falta de colaboración, a los que la ley atribuye consecuencias adversas -por ejemplo, el riesgo de pérdida de la cosa o imposibilidad de la prestación (arts. 1185, 1452, 1589, 1590 CC)- y a los que la jurisprudencia atribuye el efecto de purgar la previa mora del deudor, si existía, y evitar la producción de la mora del deudor, si la del acreedor es previa (SSTS 7 de julio de 1987, 10 de junio de 1996 y 30 de diciembre de 1998¹⁹ y Autos 3 de octubre 2018 y 23 de noviembre 2022²⁰). Lo habitual es que el deudor haga valer la falta de colaboración en el momento en que se le exige el cumplimiento o la resolución (por ejemplo, cuando la parte vendedora hace valer la resolución del contrato de compraventa inmobiliaria, la compradora alega la previa oferta de pago). Pero nuestros tribunales también han tenido la ocasión de pronunciarse sobre la falta de colaboración cuando se solapan la *mora creditoris* y la *mora debitoris* (la misma parte contractual se niega a recibir la oferta, en calidad de acreedor, y a pagar lo que debe en calidad de deudor), y la contraparte es quien demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación de colaborar, los daños derivados de la falta de colaboración y el cumplimiento de lo debido en concepto de deudor (ST de 18 de octubre de 2007)²¹.

4) El art. 1171.3 PMCC 2023 añade que «los remedios previstos para el incumplimiento del contrato son aplicables al de otras relaciones obligatorias, en la medida en que resulten adecuados a la naturaleza de cada una de ellas». De esta manera, la PMCC 2023 reconoce el papel central que ha ido asumiendo el contrato, relación bilateral, frente a la obligación, relación

¹⁸ En el mismo sentido los Principios UNIDROIT (art. 7.4.7), los PECL (art. 9:504) y el DCFR (art. III. 3:704), que distinguen entre cuando la conducta del acreedor fue causa parcial del incumplimiento y cuando no lo fue, pero agravó o contribuyó a los efectos perjudiciales del incumplimiento.

¹⁹ En las SSTS 445/1987, Civil, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:1987:8493), 480/1996, Civil, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:1996:3505) y 1247/1998, Civil, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:8020), la parte vendedora ejerce la resolución contractual por falta de pago del precio acordado. El Tribunal Supremo entiende que no procede el requerimiento tendente a resolver el contrato, y en su caso a indemnizar daños, por haberse verificado el requerimiento notarial después de que se hubiera ofrecido el pago de lo adeudado a la vendedora. En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, con ocasión de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal de 22 de abril de 2000 (ECLI:ES:TSJNA:2000:785), entiende que el válido ofrecimiento de pago por el optante evita por sí la caducidad o resolución de los derechos que afecten a las partes.

²⁰ En los Autos de 3 de octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:10192A) y 23 de noviembre 2022 (ECLI:ES:TS:2022:16594A), el Tribunal Supremo declara que la facturación tardía del suministro eléctrico o la desidia del arrendador en el cobro de la renta no extinguen, per se, el derecho de cobro de la renta por parte del arrendador ni la obligación de su pago por parte del inquilino, «por más que tenga algunos efectos jurídicos como excluir la mora del deudor o imposibilitar una resolución del contrato por culpa del obligado» (Auto de 3 de octubre 2018) o que implique «la posibilidad del arrendatario de resolver el contrato por incumplimiento (...) y facultarle (si quería quedar liberado de su obligación de pago) a realizar la consignación judicial de las rentas» (Auto de 23 de noviembre 2022).

²¹ STS 1092/2007, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6436): La empresa fabricante de unos termos demanda a la compradora solicitando a la vez, el cumplimiento de la colaboración debida (recibir la cantidad completa respecto de la que se había celebrado el contrato, pues solo fueron recibidos 28.400 de 60.000 termos), el pago de la cantidad pendiente y los daños producidos por la no recepción de la mercancía. El alto tribunal confirma las sentencias de instancia que acogieron la demanda, ordenando a la compradora hacerse cargo de los 31.600 termos restantes, abonar la cantidad reclamada en la demanda por los mismos, junto a los intereses moratorios, e indemnizar a la demandante vendedora por los perjuicios ocasionados por el almacenaje y comunicaciones a la compradora dirigidas al cumplimiento de la obligación de entrega. Entre los fundamentos jurídicos de la sentencia del juzgado de instancia núm 9 de León: «la cuestión planteada pasa necesariamente por resolver en qué momento preciso, o bien dentro de qué plazo debía la demandada Caja España dirigir a Bacab Marketing, SL, la obligada comunicación, manifestándole el lugar y momento de la entrega de los 31 600 termos “restantes”; pues en tal momento incurrió Caja España en la situación de “mora creditoris”, con la doble consecuencia de excluir, por un lado, la “mora debitoris” o mora del deudor, y por otra parte, de responder de los daños que el retraso en el ordenado desenvolvimiento del contrato, haya ocasionado a la contraparte».

unilateral, en nuestro derecho patrimonial²². La regulación del incumplimiento de la obligación, contenida en el Código Civil, queda desplazada hacia el incumplimiento del contrato, dando cabida a una concepción sinalagmática de la relación obligatoria²³. Ello permite generalizar remedios como la reducción del precio, ahora prevista en la compraventa, o la suspensión de la propia prestación, que también se encuentra prevista en casos concretos (arts. 1466, 1467 y 1502CC).

3. Los remedios y su interrelación

Ambas Propuestas cubren la ausencia, en nuestro ordenamiento, de una regulación general de los mecanismos de defensa ante el incumplimiento, que aparecen enumerados de forma fragmentaria y dispersa en el Código Civil y la LEC.

La PMCC 2009 pone a disposición de quien padece el incumplimiento un sistema de «instrumentos adecuados para restablecer el orden jurídico»²⁴, regulados en los arts. 1190 y ss., y que, de acuerdo con el art. 1190 PMCC 2009, consisten en exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, la posibilidad de exigir además la indemnización de los daños y perjuicios producidos²⁵. La PMCC 2009 dedica un precepto separado, tratándose de relaciones obligatorias sinalagmáticas, al remedio de la suspensión total o parcial del cumplimiento de la propia prestación (art. 1191PMCC 2009). La facultad del acreedor de elegir entre los distintos remedios -siempre que concurren los requisitos legales exigidos para articular cada uno- se encuentra implícita en el uso de la conjunción alternativa «o», por parte del art. 1190 PMCC 2009, y en la ausencia de un precepto similar al art. 1485 PMCC 2009 que, en el caso del contrato de compraventa, jerarquiza claramente los remedios a disposición del comprador en caso de incumplimiento consistente en la entrega de la cosa no conforme con el contrato.

La PMCC 2023 no aporta novedades sustanciales a estas dos disposiciones de carácter introductorio, refundidas ahora en un solo artículo (art. 1173 PMCC 2023), aunque sí existe alguna diferencia terminológica y de sistemática.

1) En primer lugar, acuña en el articulado el término de origen anglosajón «remedios» para referirse a las consecuencias del incumplimiento del contrato. Dicho término ya venía siendo utilizado por la doctrina y aparece en la Exposición de Motivos de la Propuesta de 2009 en diferentes ocasiones, aunque no lo hace en su articulado. Afirma MORALES MORENO que el término es más adecuado y más flexible que el de «acción», ya que no califica la naturaleza de la medida, que en ocasiones puede ejercerse extrajudicialmente, a pesar de la oposición injustificada del

²² Recordemos que los Principios UNIDROIT y los PECL son textos limitados a las obligaciones contractuales.

²³ En este sentido, DEL OLMO, «Remedios por el incumplimiento: el Código civil, entre ayer y mañana» en MORALES MORENO (dir.) *Estudios de derecho de contratos*, BOE, 2022, p. 856 ss., afirma que «Es lógico que así sea, si se tiene en cuenta que los sistemas anglosajones de common law (a los que también se dirigen los textos de la CISG o de los PECL) no cuentan con una teoría general de las obligaciones, que sí existe en los CC europeos continentales, por lo que mal se podía basar en la idea de obligación (unilateral) una visión del incumplimiento que fuera capaz de servir como mínimo común denominador del Derecho Privado, tanto de los sistemas de common law como de los sistemas de Derecho Civil codificado».

²⁴ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Madrid, 2009, op. cit., Exposición de Motivos, p. 20.

²⁵ Ningunos de los textos de derecho europeo prevé un artículo análogo que enumere, con carácter general, los remedios por incumplimiento contractual, aunque todos ellos recogen los mismos mecanismos, así como la compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios con los restantes remedios: art. 7.4.1 UNIDROIT; arts. 8:102 y 9:501 PECL y art. III.3:102 DCFR. Asimismo, arts. 45.1 y 61.1 CISG.

deudor, mediante declaración de voluntad del acreedor (resolución, reducción del precio o suspensión del cumplimiento de la propia obligación)²⁶.

2) En segundo lugar, la PMCC 2023 reconoce al contratante insatisfecho, según las circunstancias en que se ha producido el incumplimiento, la posibilidad de: 1º. Exigir el cumplimiento de la obligación, 2º. Reducir el precio, 3º. Suspender el cumplimiento de su obligación, 4º. Resolver el contrato 5º. Exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le hubiera producido (art. 1173). El mismo precepto introductorio añade que la indemnización de daños es siempre compatible con los demás remedios y que los remedios que no sean incompatibles podrán ser acumulados.

La referencia a la posibilidad de acumular los remedios compatibles²⁷ no resulta desacertada, al haberse enumerado la suspensión del cumplimiento de la obligación junto a los demás remedios. Nada impide, por ejemplo, suspender el cumplimiento de la propia prestación y a la vez exigir el cumplimiento a la otra parte²⁸. Por lo que respecta a la ordenación de los remedios, la redacción del art. 1173 PMCC 2023 los enumera mediante el uso de número ordinales (1º, 2º, 3, 4º, 5º), pero no usa ya la conjunción alternativa «o». Esto podría llevar a pensar que, concurriendo los requisitos legales necesarios para el ejercicio de más de un remedio, el acreedor deberá seguir el orden anunciado en el precepto y no elegir el que más satisfaga su interés, pero nada en la Exposición de Motivos hace pensar que se haya introducido un cambio tan importante entre ambas Propuestas²⁹. Tal vez sería conveniente expresar con mayor claridad la horizontalidad de los remedios, añadiendo la conjunción «o» antes de la referencia a la indemnización de daños. Pero, en cualquier caso, ya no se da la falta de coherencia interna que algunos achacaron al sistema horizontal del art. 1190 PMCC 2009, frente al sistema jerarquizado del art. 1485 PMCC 2009³⁰, puesto que la PMCC 2023 no contiene una regulación específica de las consecuencias ante el incumplimiento del contrato de compraventa. Otra cosa es la falta de coordinación entre la regulación de los remedios previstos ante el incumplimiento en la PMCC 2023 y la prevista en materia de compraventa por nuestro Código Civil (art. 1484CC y ss.), o en materia de consumo por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (arts. 118 y 119).

²⁶ MORALES MORENO, Claves de la modernización del Derecho de Contratos, Ibañez, 2006, p. 98.

La reforma francesa (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) optó no obstante por el término «sanción» (arts. 1217 a 1231-7CC francés) frente al de «remedio», utilizado por el Anteproyecto, que parte de la doctrina consideró un anglicismo innecesario: LAITHIER, «Les règles relatives à l'exécution des obligations contractuelles», *La Semaine Juridique*. Édition Générale. Ejemplar dedicado a: Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Observations et propositions de modifications Supplément au n° 21, 25 mayo 2015, p. 50.

²⁷ También se pronuncian en este sentido los PECL (art. 8:102) y el DCFR (art. III. 3:102).

²⁸ Así lo señala FENOY PICÓN, («La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, t. LXIV, fasc.IV, 2011, p. 1493).

²⁹ En contra de la opinión mayoritaria, entiende TUR FAÚNDEZ, «Los remedios ante el incumplimiento en la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023», *Revista de Derecho privado*, n° 4, 2024, pp. 16 y 17, que el art. 1176 PMCC 2023 (entendemos que el mismo razonamiento podría aplicarse respecto del art. 1194 PMCC 2009) establece un sistema jerarquizado de remedios ante el incumplimiento: «el acreedor debe intentar la subsanación y en caso de que no se consiga el cumplimiento podrá ejercitar los demás remedios previstos en el art. 1173 PMR: la reducción del precio, la suspensión del cumplimiento de la obligación y la resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en la regulación de dichos remedios en la PMR», aunque posteriormente matiza dicha afirmación.

³⁰ VERDERA SERVER, «Remedios contra el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil. Una visión general», en GONZALEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, 2014, p. 79.

4. La pretensión de cumplimiento específico y la pretensión al valor económico del cumplimiento

Aunque ambas Propuestas (arts. 1190 y 1205 PMCC 2009 y art. 1173.2 PMCC 2023) reconocen la compatibilidad entre la indemnización y los demás remedios, ninguna de ellas supedita el ejercicio del remedio resarcitorio a su concurrencia con alguno de los demás. Si el incumplimiento es imputable al deudor a efectos resarcitorios (art. 1209.1 PMCC 2009), han entendido los comentaristas a la PMCC 2009 que cabe su ejercicio de forma autónoma y excluyente³¹. Es indudable que la indemnización de daños puede ejercitarse como remedio único cuando no tiene cabida la pretensión de cumplimiento por excesiva onerosidad o por resultar imposible el cumplimiento de la prestación (arts. 1192 y 1196 PMCC 2009 y art. 1174 PMCC 2023), por un retraso en el pago de una prestación pecuniaria (art. 1206 PMCC 2009 y art. 1189.1 PMCC 2023) o cuando se dan las condiciones para recurrir a la operación de reemplazo, regulada por el art. 1194 PMCC 2023 en la sección dedicada a la indemnización de daños. Pero ninguna de las dos Propuestas indica claramente si, dándose simultáneamente los presupuestos para recurrir a la pretensión de cumplimiento en forma específica y a la indemnización de daños, y no a la resolución del contrato, podrá el acreedor optar exclusivamente por el remedio resarcitorio por haber perdido interés en el cumplimiento in natura³². ¿Cabe reclamar, ante el incumplimiento de una obligación de entrega de cosa específica o de una obligación de hacer, el valor económico de la prestación debida (*aestimatio rei*)? En otros términos, no siendo posible recurrir a un negocio de reemplazo, ¿Está limitada la pretensión indemnizatoria por el derecho del deudor a cumplir el contrato en los términos pactados? No olvidemos que, a diferencia de los Principios UNIDROIT (art.7.1.4) y de los textos de derecho europeo (art. 8:104 PECL, arts. III.3:201 a III.3:205 DCFR), las Propuestas españolas no reconocen al deudor, en general, el derecho a subsanar su propio incumplimiento. Sólo podrá hacerlo cuando el acreedor solicita la resolución del contrato ante un retraso o una prestación defectuosa no esencial o un riesgo patente de incumplimiento esencial (art. 1200 PMCC 2009 y art. 1181 PMCC 2023), o cuando ese mismo acreedor desea acudir a una operación de reemplazo (art. 194 PMCC 2023).

³¹ FENOY PICÓN, ADC, t. LXIV, fasc.IV, 2011, pp. 1492-1493, con cita de VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos español», *Revista de Derecho Privado*, núm 16, 2011, pp. 274-275, afirma que «aunque en muchos casos el ejercicio aislado de la indemnización de daños presupondrá el ejercicio implícito de alguno de los demás remedios, también es posible ejercitar el remedio indemnizatorio de modo aislado y excluyente de los otros remedios». VERDERA SERVER, en GONZALEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 82, con cita de NIEVES FENOY, entiende que, además, «ésta es la solución que, con toda claridad, se desprende del art. 1101 CC». VIDAL OLIVARES, *Revista chilena de Derecho Privado*, núm 16, 2011, p. 275. Disponible en Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722011000100007, afirma que «Hay poca claridad sobre el punto y hace falta corregirlo, precisando el contenido de la indemnización de daños, en orden a si ella comprende plenamente el interés en la obtención de la prestación, incluso, su valor, o no lo considera, para luego determinar la relación existente entre este remedio y los restantes». No obstante, añade el autor que, aunque la indemnización actúe, por regla general, como complemento de los otros remedios, habría casos en los que procedería su ejercicio exclusivo sin mediar la resolución del contrato: «De este modo, tratándose de la falta de cumplimiento si la prestación fuere imposible de ejecutar, el acreedor podría acceder a la indemnización o a la cesión de acciones contra terceros, sin resolver el contrato, salvo que así lo desee. En cambio, en materia de cumplimientos no conformes con el contrato, la regla parece ser diversa: el acreedor sí puede optar entre cualquiera de los remedios y la indemnización plena: menor valor más otros perjuicios indemnizables, según el artículo 1208 de la Propuesta».

³² El comentario 2 al art. 7.4.1. Principios UNIDROIT, indica que la indemnización puede ejercitarse como remedio único o en unión de otros y que opera como remedio único, por ejemplo, en la reparación por mora en el cumplimiento, en la prestación defectuosa aceptada por la parte perjudicada, o cuando hay cumplimiento imposible del que sea responsable la parte incumplidora. Pero no se pronuncia acerca de la posibilidad de optar por dicho remedio cuando el acreedor ha perdido interés en el cumplimiento, aunque éste siga siendo posible. También omiten esta cuestión los PECL y el DCFR.

Las Propuestas no hacen referencia expresa al denominado «cumplimiento por equivalente», al que la doctrina española atribuye mayoritariamente naturaleza resarcitoria³³. Sin duda, el art. 1194 PMCC 2023 habría sido el lugar adecuado para referirse al mismo (Indemnización en lugar del incumplimiento), pero éste se limita a regular los requisitos para recurrir a la operación de reemplazo. Con todo, algunos autores entienden que los criterios que subyacen en las Propuestas permiten considerar que la *aestimatio rei* se encauza en la indemnización de daños³⁴. Es cierto que, con la regulación de las excepciones a la obligación de indemnizar previstas en las dos Propuestas, esta cuestión pierde gran parte de su relevancia práctica ya que no será suficiente con que el deudor acredite la no culpa para quedar exento de responsabilidad, sino que será preciso probar la concurrencia de las circunstancias de exoneración previstas en los arts. 1209 PMCC 2009 y 1191 PMCC 2023. Pero seguirán corriendo distinta suerte, según se considere la pretensión pecuniaria como acción de cumplimiento o como acción resarcitoria, la prueba y cuantificación del daño, que no tiene por qué coincidir con el valor de la cosa en el momento del incumplimiento.

Estemos ante una acción resarcitoria o no, y aunque las Propuestas no indiquen expresamente que la indemnización de daños tiene carácter subsidiario respecto del cumplimiento en forma específica (tampoco lo hacen el Código Civil ni la LEC³⁵ y sin embargo la doctrina mayoritaria entiende que, dándose los presupuestos para recurrir a la pretensión de cumplimiento en forma específica y a la indemnización de daños, el cumplimiento por equivalente es subsidiario del

³³ Consideran el cumplimiento por equivalente como una pretensión integrada en la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento: VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Real Colegio de España, 1995, pp. 208-213; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, vol. 44, fasc.III, 1991, p. 1053 ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, II, 6ª ed. Civitas, p. 781; LACRUZ BERDEJO, y otros., *Elementos de Derecho Civil, t.II. Derecho de obligaciones*, vol. 1, 2ª. ed., Dykinson, 2000, p. 165; MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Aranzadi, 2006, pp. 47-51 e «Indemnización en lugar de la prestación y desjudicialización de los remedios del incumplimiento del contrato», en ATAZ LÓPEX/COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, vol. 3, 2021, p. 467; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en derecho español», *Indret*, 3/2007, p. 15; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, 4ª ed., 2024, pp. 1305 y 1306; SÁNCHEZ CASTRO, «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?», *ADC*, t. LXIII, fasc. IV, 2010, pp. 1725 a 1787. Atribuyen sin embargo al cumplimiento por equivalente, carácter distinto e independiente de la reclamación de daños y perjuicios: LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, 1999, p. 315; TORRALBA SORIANO, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *ADC*, t. XXIV, fasc. IV, 1971, pp. 1.155-1.156 e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, p. 119.

³⁴ Así lo entienden FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, nota 70 y p. 1660, de acuerdo con lo previsto en los arts. 1196 y 1210 PMCC 2009 y VERDERA SERVER, en GONZÁLEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 69 y 70, sobre la base de los arts. 1192.2, 1194 y 1196 PMCC 2009.

³⁵ En este sentido: DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario del art. 1106 CC», en *Comentario del Código Civil*, t.II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 46: «Con todo, es menester observar que nuestro CC no formula claramente la regla de que el acreedor tenga que acudir al cumplimiento por equivalente sólo en el caso de que el cumplimiento in natura no sea posible. Como veremos, la jurisprudencia se inclina por entender que, salvo el caso del art. 1124 (v. su com.), la indemnización de daños presupone que no sea posible obtener la ejecución exacta de la prestación in natura (criterio que también adopta la doctrina; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1, Bosch, 1989, p. 209 y LACRUZ BERDEJO y otros., *Elementos de Derecho Civil, t. II. Derecho de obligaciones*, vol.1, Dykinson, 2000, p. 228, ponen de relieve que el art. 1096 I CC faculta al acreedor de cosa determinada para reclamar su entrega, pero no parece obligarle a ello; criterio que los mismos autores señalan no es el del art. 1098 -de marcado tono imperativo- y siempre con la advertencia, que los mismos autores destacan con todo acierto, de que los cit. arts. LEC no sirven para dilucidar la cuestión, pues se ocupan de la ejecución de sentencias una vez deducidas las pretensiones en el pleito, siendo así que lo que interesa es saber si puede el acreedor formular la pretensión de cumplimiento por equivalente en lugar de la de cumplimiento específico o in natura de la obligación». GÓMEZ POMAR, *Indret*, 3/2007, p. 16: «Dígame lo que se diga, y pese a algunas manifestaciones retóricas del Tribunal Supremo a estos efectos, la verdad es que el cumplimiento forzoso no aparece con claridad en el Derecho español del contrato como el remedio general y preferente frente al incumplimiento contractual. Es general, sí, pero no necesariamente preferente frente a, pongamos, la indemnización de daños y perjuicios en todas las manifestaciones y modalidades del incumplimiento contractual».

específico³⁶), la coherencia del sistema así parece exigirlo si tenemos en cuenta que la resolución del contrato, para alcanzar el mismo resultado (el valor económico de la prestación) ante un retraso o falta de conformidad no esencial, exige haber otorgado previamente al deudor un plazo razonable para subsanar el incumplimiento (art. 1200 PMCC 2009 y art. 1181.1 PMCC 2023)³⁷. Sólo el incumplimiento esencial permite al acreedor que ha perdido interés en el cumplimiento in natura pedir directamente la resolución, junto a la indemnización de daños. Luego todo parece indicar que, de querer mantener el contrato pese al incumplimiento (por ejemplo, por estar ante un contrato de ejecución sucesiva y no extenderse el incumplimiento a toda la relación contractual), el acreedor no podrá acudir directamente al remedio resarcitorio. Lo contrario podría además ocasionar un coste excesivo al deudor, que se preparó para el cumplimiento y no para una condena pecuniaria.

Nuestra jurisprudencia ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en materia de responsabilidad contractual por vicios ruinógenos del edificio y, por extensión, en materia de compraventa inmobiliaria. Poniendo en relación los arts. 1098 y 1591.1 CC (hoy art. 17 LOE) -y con cierta falta de rigor al confundir pretensión de cumplimiento específico y acción de reparación (que puede ser in natura)-, el alto tribunal ha sostenido que, ante tales vicios, procede la ejecución de las obras de subsanación in natura, ya sea como consecuencia de la pretensión de cumplimiento del contrato de obra o compraventa o como garantía legal fundada en el art. 1591.1 CC. Pero, con carácter excepcional, ha reconocido al acreedor la posibilidad de optar por la indemnización de daños -el coste de la ejecución o reparación sustitutorias de la prestación defectuosa- si previamente éste ha solicitado de forma fehaciente el cumplimiento en forma específica y el deudor ha omitido la sustitución o reparación (SSTS 601/2005, Civil, de 13 de julio

³⁶DÍEZ PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, t.II, 9ªed., Tecnos, 2004, p. 209; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, II, 6ªed. Civitas, p. 775; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1, Bosch, 1989, pp. 206 y 207; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. II. *Derecho de obligaciones*, vol.1, 2ª ed., Dykinson, p. 164; PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, t.XLIV, fasc.III, 1991, pp. 1049-1050; LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del acreedor*, Trivium, 1999, p. 53; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983, p. 469; LLAMAS POMBO, en MORALES MORENO (dir.), *Estudios de Derecho de contratos*, BOE, 2022, pp. 610-611, o DEL OLMO, en MORALES MORENO (dir.) *Estudios de derecho de contratos*, BOE, 2022, p. 861. Aunque, tal y como señala SEVERÍN FUSTER, «El cumplimiento específico de los contratos de servicio en el derecho español: perspectivas sustantiva y procesal», *Revista de Derecho privado*, nº 30, enero-junio, 2016, p. 184, «parece posible afirmar que ha perdido fuerza la idea de que el remedio del cumplimiento específico sea el remedio preferente, frente a la satisfacción por vía sustitutiva» y apunta como razones que «en la doctrina se ha propuesto que, aun cuando la prestación sea todavía posible, el acreedor puede optar por la indemnización de daños, si ha perdido el interés en la prestación» (con cita de F. Pantaleón Prieto), «porque se abre la puerta a la posibilidad de que el acreedor pueda realizar una operación de reemplazo, y que pueda luego repercutir la diferencia», porque «el acreedor puede, en caso de un incumplimiento de cierta entidad, optar entre el cumplimiento y la resolución del contrato (art. 1124.II c.c.) Y hoy –entiende la doctrina– se abre paso la idea de que la indemnización de perjuicios que puede acompañar a esa resolución no se limita al interés negativo, sino que puede considerar el interés positivo», «Y, en definitiva, porque hoy parece rechazarse la idea de que, en el régimen general del código civil, los remedios frente al incumplimiento estén organizados de forma jerárquica» (con cita de Fenoy Picón y Bech Serrat).

³⁷ En este sentido, respecto del derecho actualmente vigente: CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, 4ªed., 2024, Aranzadi, pp. 1307 y 1308.

³⁸, 707/2005, Civil, de 27 de septiembre³⁹, 704/2005, de 10 de octubre⁴⁰ o 601/2014, de 30 de octubre⁴¹, citadas en fecha más reciente por la SAP de Madrid, Sección 14^a, de 21 de febrero 2022⁴²) o si es manifiesta su intención de no cumplir (STS 410/2002, Civil, de 7 de mayo)⁴³. Los

³⁸ STS 601/2005, Civil, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2005:4759): «Ciertamente el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato de obra da derecho al perjudicado a pedir al contratista la reparación. Se trata de una obligación de hacer y, en consecuencia, se le debe aplicar la regla contenida en el artículo 1098 CC (LEG 1889, 27) , de manera que «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa». Por ello una ya larga jurisprudencia considera que el derecho del perjudicado a obtener la reparación in natura es preferente sobre la indemnizatoria, siempre que ello sea posible y el perjudicado la prefiera (sentencias de 2 diciembre 1994 [RJ 1994, 9394] y 13 mayo 1996 [RJ 1996, 3876]). Sin embargo, esto no ha impedido que la misma jurisprudencia haya considerado que en el caso de que el perjudicado haya pretendido infructuosamente la reparación de los defectos constatados, haya que considerar que se ha efectuado la reparación incorrectamente o bien, que habiéndose requerido el cumplimiento de la obligación, el obligado no lo ha realizado, por lo que el principio indemnizatorio está también presente en el artículo 1591 CC (Sentencia de 7 de mayo de 2002 [RJ 2002, 3678]), ya que responde a la protección del interés más fundado en derecho. De esta manera, el derecho a pedir el cumplimiento in natura no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar. Pero esta es una excepción a la regla general del artículo 1098 CC y para ello se requiere: a) que el demandante haya requerido por cualquier medio que debe ser probado la realización de las reparaciones exigidas según el estado de la obra; b) que el demandado haya incumplido la obligación voluntariamente «por haber incurrido en dolo o culpa o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (artículo 1101 CC)» (sentencias de 3 de julio de 1989 [RJ 1989, 5281] y 12 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9999]), y c) que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales. Estas condiciones se han cumplido en la presente reclamación, a lo que se añade que algunos de los propietarios afectados han realizado a su costa la reparación de los deterioros que afectaban a sus viviendas, debido al tiempo transcurrido sin respuesta por parte de la constructora, porque nadie puede ser obligado a vivir constantemente con las incomodidades derivadas de los defectos en la construcción que produce una defectuosa ejecución del contrato de obra, razón que amplía las que hasta ahora se vienen considerando».

³⁹ STS 707/2005, Civil, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5579): En este caso de vicios constructivos, e invocando la misma doctrina que la sentencia de 13 de julio de 2005, el tribunal consideró que se daban las condiciones necesarias para la indemnización, «no sólo porque el primer requerimiento es ya de hace más de 10 años (15 de diciembre de 1995), lo que demuestra ya la dificultad de que las partes acepten esa ejecución “in natura”, y por la existencia también, en el presente caso (que podría prolongarse, en ejecución, con el incidente de los arts. 928 y sigs. LECiv [LEG 1881, 1]), de un interés actual y exigible de liquidación de las respectivas deudas por ambas partes, siendo el método más útil el de la “compensación” de deudas entre ellas (arts. 1195 y 1196 CC [LEG 1889, 27]), dado que, desde aquél requerimiento está económicamente fijada la obligación de hacer sustituida, y consolidada a través de la prueba en el pleito, mientras que la deuda de los compradores quedará agravada, en el tiempo, con el pago de los intereses de demora pactados».

⁴⁰ STS 704/2005, Civil, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6003): El tribunal de apelación había condenado a los demandados a pagar la suma de dinero equivalente al coste de las obras de eliminación de los defectos, que había llevado a cabo la demandante durante la tramitación del proceso. El Tribunal Supremo declara que «(...) la regla general a que se refiere la sentencia de 17 de marzo de 1995 y la norma del artículo 924 de la Ley procesal citada (hoy, los artículos 705 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892] , que, como la derogada, regulan la ejecución de sentencias que contienen una condena a realizar prestaciones de hacer) no impiden que, en determinadas circunstancias, el acreedor, sin esperar a dicha condena (y su ineficacia), pueda realizar por sí o por otro la reparación de lo mal ejecutado por el deudor y reclamar al mismo el coste de tal prestación. Ello sucede cuando resulte evidente que el obligado no va a cumplir, correctamente, la prestación de hacer que debe o cuando haya sido requerido a ejecutarla sin resultado positivo (sentencias de 7 de mayo de 2002 [RJ 2002, 3678] y 13 de julio de 2005). La realidad de este requerimiento a la promotora, suficiente a estos efectos, y la oposición procesal de los demandados a asumir sus responsabilidades (sentencia de 10 de marzo de 2004 [RJ 2004, 898]), unidas al legítimo interés de la demandada en no vivir permanentemente con las incomodidades derivadas de los defectos en la construcción (en términos de la repetida sentencia de 13 de julio de 2005), justifican que, en el funcionamiento del contrato de ejecución de obra, la demandante, tras reparar por sí las deficiencias, reclame a los demandados el coste de la reparación».

⁴¹ STS 601/2014, Civil, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4254): Frente a la pretensión de la recurrente en casación, que denunció infracción de los artículos 1098 y 1101C.C, así como de los arts. 17.1 y 19.6LOE, al no respetarse el carácter preferente de la reparación in natura y el carácter subsidiario del pago de una indemnización, el Tribunal declara que no concurre tal violación «dado que la parte demandante solicitó en la demanda la indemnización correspondiente derivada del incumplimiento contractual, lo que le permitía solicitar el correspondiente resarcimiento por equivalencia, como fórmula adecuada para conseguir la indemnidad, máxime cuando constan requerimientos previos e infructuosos para conseguir el cumplimiento y en este sentido las sentencias de esta Sala de 22 de diciembre de 2010, 15 de febrero de 2011».

⁴² SAP de Madrid, Sección 14, de 21 de febrero de 2022 (ECLI: ES:APM:2022:2614): el tribunal reconoce el derecho a la condena dineraria ya que «la condena al importe de las obras es la acción que con carácter principal se solicita en la demanda (...) y, a su vez, debemos de tener en cuenta que las demandadas no han dado cumplimiento a sus obligaciones, pese a haberse efectuado reclamaciones por la demandante, baste señalar el acto de conciliación sin avenencia, y la condena a la cantidad presupuestada para la reparación de los defectos constructivos se ha venido permitiendo por la jurisprudencia, por todas STS 30 de octubre de 2014».

⁴³ STS 410/2002, Civil, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:2002:3201): «El hecho de que el actor haya invocado el artículo 1591 del Código Civil no puede entenderse que conceda a la recurrente [la empresa contratista, a la que se condenó al pago de una suma de dinero] el privilegio de llevar a cabo por sus propios medios unos importantes trabajos de reparación los cuales

tribunales han acordado igualmente relevancia, a estos efectos, al carácter urgente de las obras o la reparación SSTS 949/2003, Civil, de 17 de octubre⁴⁴ y 1275/2007, Civil, de 27 de noviembre⁴⁵, y SAP de Barcelona 14 de julio 1994⁴⁶ y a si ha quedado rota la relación de confianza entre las partes (STS 720/2007, Civil, de 20 de junio⁴⁷ y SAP Madrid, Sección 10ª, de 16 de diciembre 2014⁴⁸). Entre los modos de reparar los vicios ruinógenos, el Tribunal Supremo reconoce, junto a las obras de subsanación y reparación in natura, el derecho al reintegro de las cantidades invertidas en obras restauradoras de los vicios constructivos y el derecho a la fijación de una cantidad determinada para que el acreedor pueda afrontar y atender por sí mismo el costo de los trabajos y actividades necesarias de consolidación, refuerzo y reparaciones en general⁴⁹.

Las Propuestas darían cabida a esta postura jurisprudencial, aunque extendiéndola al incumplimiento de cualquier obligación. El acreedor no interesado en el cumplimiento puede, al amparo de su derecho a optar por el remedio que mejor satisface su interés, solicitar la indemnización de daños plena si el deudor se muestra recalcitrante al cumplimiento tras habérsele conferido un plazo razonable para ejecutar la prestación. Pero no podrá recurrir directamente al remedio resarcitorio, siendo aún posible el cumplimiento específico, sin haber requerido previamente al deudor a que cumpla en los términos pactados. No lo permite la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de vicios ruinógenos y, aunque nada dicen

aparentemente sobrepasan la mitad del precio de venta de la vivienda dado que dicha entidad se había abstenido de realizarlos eficazmente en los tres años transcurridos hasta la interposición de la demanda pese a los compromisos manifestados».

⁴⁴ STS 949/2003, Civil, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:6390): «El hecho de que por razones de urgencia, y ante la conducta pasiva de dicha entidad, haya tenido que realizarse la reparación durante el proceso, justifica plenamente la transformación, en ejecución, del cumplimiento específico -resarcimiento “in natura”- por el de naturaleza genérica -coste de la reparación».

⁴⁵ STS 1275/2007, Civil, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7775): «en el presente caso, el dato fundamental a tomar en cuenta a la hora de confirmar la procedencia de la reclamación indemnizatoria formulada, verdadera “quaestio facti” expresada en la resolución recurrida y que no ha sido desvirtuada en casación, es el carácter de necesidad y urgencia de las obras de reparación acometidas por la actora [...] [La Alcaldía] requirió a la actora para que, en el breve plazo de quince días, acometiese una serie de reparaciones urgentes previa presentación al Ayuntamiento, para su aprobación, de un proyecto redactado por arquitecto superior. Tal urgencia y necesidad estaría en todo caso justificada, vista la entidad de las deficiencias ruinógenas aparecidas, por el hecho de aquejar las mismas a un centro escolar, con consiguiente riesgo para la integridad de los menores que acudían al mismo».

⁴⁶ SAP Barcelona de 14 de julio 1994 (AC\1994\1467): «La jurisprudencia ha tenido ocasión de afrontar el tema de los reembolsos de reparaciones ya efectuadas y puede concluirse que tal reembolso de obras ya realizadas se acepta comúnmente como procedente en aquellas ocasiones en las que: 1) el defecto es indubitado, 2) su reparación requiere de una razonable urgencia, 3) se recurrió previamente al demandado para obtener la reparación satisfactoria, y 4) no hay exceso o abuso en lo efectuado».

⁴⁷ STS 720/2007, Civil, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2007:4286): «se suscita en los presentes autos la posible prevalencia de la reparación “in natura” respecto de la reclamación directa de la indemnización sustitutoria, en aquellos casos en que aquella forma resarcitoria se presenta y se propugna como posible. Pues bien, atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala, no puede otorgarse, como regla general, rango preferente a aquélla frente a ésta, en supuestos, como el presente, so pena de conceder a los demandados, como decía la Sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2002, “el privilegio de llevar a cabo por sus propios medios unos trabajos de reparación que previamente se han abstenido de realizar eficazmente”. (...) ya desde la demanda resultó patente la ruptura entre los litigantes de la relación de confianza precisa para acometer la demandada las obras de reparación con ciertas garantías de solvencia, por lo que la ejecución “in natura” podría dar lugar a nuevas dilaciones y conflictos, máxime tomando en consideración que alguna de las obligaciones de hacer que quiere asumir la demandada (las relativas a la mudanza de enseres y realojo de las familias afectadas) exceden ciertamente de su ámbito de atribuciones profesionales, por lo que resulta comprensible el recelo de los aquí recurridos a que sea ella quien las acometa».

⁴⁸ La SAP de Madrid, Sección 10ª, de 16 de diciembre 2014 (ECLI:ES:APM:2014:17528) invoca la jurisprudencia del TS anteriormente citada para resolver la acción de daños por incumplimiento contractual de arrendamiento urbano. Considera acreditado que la arrendadora había comunicado a la arrendataria la necesidad de reparar los defectos existente en nave objeto de arrendamiento: «(...) Ha existido, por tanto, requerimiento, conversaciones entre las partes y ruptura de éstas, sin asumir la demandada las labores de reparación interesadas, por lo que concurren los presupuestos jurisprudenciales para el incumplimiento por equivalente, faltando, tras el fracaso de las negociaciones, la necesaria confianza en la contraparte para interesar de ella las labores de reparación».

⁴⁹ STS 601/2005, Civil, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2005:4759).

expresamente las Propuestas, por las razones anteriormente indicadas nos inclinamos por entender que no cabe tal posibilidad.

5. La pretensión de cumplimiento específico y la operación de reemplazo

Una de las principales novedades de la PMCC 2023, en lo que a los remedios por incumplimiento se refiere, ha sido la regulación de la conocida como operación de reemplazo o negocio de cobertura, silenciada por la PMCC 2009. La PMCC 2023 hace referencia a esta figura en sede de indemnización de daños, bajo el título de «Indemnización en lugar del cumplimiento», donde reconoce al acreedor la posibilidad de obtener el cumplimiento de un tercero, con cargo al deudor, siempre que se den una serie de condiciones: la conservación de la pretensión del cumplimiento, la sustitución de la actuación del deudor por la del tercero en condiciones razonables y la fijación de un plazo razonable al deudor para cumplir, advirtiéndole de las consecuencias de no atender a este requerimiento. Este último requisito no es necesario si el deudor ha puesto de manifiesto su intención de no cumplir⁵⁰.

No es nuestro propósito detenernos en la operación de reemplazo, no regulada en nuestro Código Civil, aunque habitual en la práctica mercantil y sobre la que han tenido la ocasión de pronunciarse nuestros tribunales (SSTS 667/2000, Civil, de 4 de julio⁵¹, 368/2005, Civil, de 23 de mayo⁵² y 707/2005, Civil, de 27 de septiembre⁵³ y SAP de Valencia, Sección 6ª, de 7 de junio 2003⁵⁴). Pero en lo que respecta a la relación de esta figura, en la PMCC 2023, con el cumplimiento en forma específica, queremos indicar lo siguiente:

El mismo título del art. 1194 PMCC 2023 y su ubicación en sede de indemnización de daños parecen zanjar la discusión doctrinal acerca de la naturaleza de la operación de reemplazo. Tal y como entiende una parte importante de nuestra doctrina, no estaríamos ante un modo de ejercitar la pretensión de cumplimiento, sino ante una vía alternativa de satisfacción del interés del acreedor, in natura y a través de tercero, que tiene cabida en el plano meramente resarcitorio⁵⁵. Por lo tanto, a la operación de reemplazo se le aplicarían los requisitos de la

⁵⁰ La regla de la operación de reemplazo también aparece recogida en la CSGI (art. 75), los Principios UNIDROIT (art. 7.4.5), los PECL (art. 9:506) y el DCFR (art. III.3:706), que conceden, como daño mínimo, la diferencia desfavorable entre el contrato incumplido y el de reemplazo. En todos estos textos, la operación de reemplazo ha de haberse celebrado de manera razonable y en un periodo de tiempo razonable, tras la declaración de la resolución del contrato.

⁵¹ STS 667/2000, Civil, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2000:5480): El Tribunal consideró acreditado que la compradora incumplió parcialmente el contrato de compraventa al dejar de entregar la cantidad de quinientos siete mil setecientos cincuenta kilos de aceite de girasol crudo, «con lo que ha producido un perjuicio a la parte compradora que tuvo que adquirirlo en el mercado a un precio superior, por lo que de conformidad con lo establecido en los arts. 1.101 y 1.124 del Código Civil procede declarar resuelto el contrato y condenar a la parte vendedora a indemnizar el daño causado. La cuantificación de éste habrá de hacerse en ejecución de sentencia, tomando como bases la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el precio medio del mercado durante los meses de septiembre a diciembre de 1.993, y el tipo de producto cuyas características se especifican en el documento contractual».

⁵² STS 368/2005, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2005:3273): el Tribunal admitió en favor del vendedor-acreedor los daños causados a la compradora por las ventas de reemplazo celebradas con terceros, a menor precio, pero no los costes de transporte del contrato incumplido, dado que el comprador avisó mucho antes al vendedor de no embarcarse las mercancías: «no se dio la relación causal exigida por la jurisprudencia para la responsabilidad del deudor por tales gastos (SSTS 2-4-86 y 10-7-03) ni el requisito de que éstos fueran consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento».

⁵³ STS 707/2005, Civil, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5579).

⁵⁴ SAP de Valencia, Sección 6ª, de 7 de junio 2003 (ECLI:ES:APV:2003:3707). En relación a un contrato de suministro de mosto sometido a la CSGI, el tribunal declara que para que el vendedor pueda obtener una indemnización por el lucro cesante dejado de obtener con la venta de reemplazo debe probar el destino dado a la mercancía.

⁵⁵ En este sentido: MORALES MORENO, en ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños*, t. III, Thomson Reuter, 2021, p. 456: «el derecho al cumplimiento in natura del acreedor se transforma en el de una indemnización de daños, por el coste que le ha supuesto haber obtenido de un tercero la prestación»; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed. Civitas, 2008, pp. 789-790; GÓMEZ POMAR, *Indret*, 3/2007, p. 15; VARGAS

indemnización de daños y perjuicios (arts. 1187 y ss. PMCC 2023), que difieren de los de la pretensión de cumplimiento, aunque exista cierta tendencia a la objetivación (art. 1191 PMCC).

Esta forma de canalizar la operación de reemplazo aleja su naturaleza jurídica del «cumplimiento a expensas del deudor (art. 1096 CC) o la «ejecución a costa de tercero» (arts. 1098 y 1099CC), a la que aluden algunos de los preceptos del Código Civil llamados a desaparecer y de la «ejecución a costa del ejecutado», a la que se refiere la LEC cuando la prestación tiene por objeto la entrega de cosas genéricas o indeterminadas (art. 702 LEC) o una obligación de hacer de carácter no personalísimo (art. 706 LEC). Aunque para algunos autores, «allí donde hay remedio basado en la conducta del deudor, hay cumplimiento en forma específica» y «allí donde el remedio se basa en el dinero, nos hallamos en el campo indemnizatorio»⁵⁶, son muchos quienes entienden que la condena al cumplimiento por tercero, a costa del deudor-ejecutado, es auténtico cumplimiento y no indemnización⁵⁷.

Son indiscutibles las diferencias entre ambos supuestos. La sustitución del deudor para satisfacer el interés del acreedor en los términos del título ejecutivo es una medida impuesta en un procedimiento de ejecución, donde el tercero sustituye al deudor-ejecutado en la conducta descrita en la obligación incumplida, obteniendo de él los fondos necesarios por vía coactiva. Antes de adquirir cosas genéricas o indeterminadas, a costa del deudor-ejecutado, el acreedor-ejecutante debe contar con autorización judicial, pudiendo ordenarse el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición (art. 702.1 LEC). Y antes de encargar a tercero la realización de la prestación de hacer, debe valorarse su coste por un perito tasador designado por el tribunal. Si el ejecutado no deposita o afianza el pago de la cantidad aprobada por el tribunal, se procede al embargo de sus bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma necesaria (art.

BRAND, *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (Influencia del modelo norteamericano)*, BOE, 2023. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2023-289, pp. 275-276. En sentido contrario, entre otros, ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo. Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en el derecho español*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2013, pp. 267-362. Disponible en https://www.academia.edu/84395194/Incumplimiento_y_reemplazo_bases_para_una_teor%C3%ADa_general_de_la_operaci%C3%B3n_de_reemplazo_en_derecho_espa%C3%B1ol, quien considera la operación de reemplazo una forma particular de ejecución del contrato incumplido.

⁵⁶ GÓMEZ POMAR, *Indret*, 3/2007, p. 15.

⁵⁷ VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Real Colegio de España, 1995, pp. 288-289; MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Aranzadi, 2006, p. 90; Claves de la modernización del derecho de contratos, Ibañez, 2006, p. 1079; GONZALEZ CARRASCO, «Eficacia del contrato», en BERCOVITZ-CANO (dir.) *Tratado de Contratos*, 4ªed., Tirant lo Blanch, 2024, pp. 1498-1500; CARRASCO PERERA, *Tratado de Contratos*, 4ªed., Aranzadi, 2024, p. 1316; TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias (ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Ensayos Facultad de Derecho Palma de Mallorca, 1984, p. 110; PARDO IRANZO, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 190-191; BERMUDEZ REQUENA, «Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles», en *Diario La Ley*, n. 6967 (Sección doctrina), 13 jun. 2008, año 29, p. 4, con cita de la STS 055/2006, Civil, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6595), en la que, interpuesto recurso de casación contra el auto dictado en ejecución de sentencia que acordó que el actor tenía derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios por privación de la posesión de los locales litigiosos, el Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al mismo y ordena reemplazar la expresión «indemnización por daños y perjuicios», por componente económico por sustitución, a efectos de hacer ejecutiva la sentencia firme de que se trata: «A lo que ha de atenderse, por tanto, es a la ejecución de la sentencia y proceder a su cumplimiento por equivalencia mediante sustitución, como queda dicho, traducido en un componente económico que no es precisamente ni representa efectiva indemnización de daños y perjuicios, ya que no se decretó culpa alguna de las demandadas que permitiera la aplicación del artículo 1.101 y concordantes del Código Civil. Entenderlo así supondría rebasar el ámbito procesal de la concreta ejecución de que se trata, por lo que en este sentido no es acertada la decisión de la Sala sentenciadora que incorpora a la parte dispositiva del auto en recurso el derecho del actor a percibir una indemnización de daños y perjuicios por privación de los locales litigiosos, que ha de ser reemplazada como correspondiente a indemnización por sustitución a fin de que la ejecución de la sentencia firme tenga efectividad y resulte realmente cumplida, trocándose el deber de entrega en deber de indemnización (sentencias de 12-6-1991, 28-11-1994, 4-12-1995, 2-7-1998 y 17-2-2005)».

706.2.1.LEC). Aunque hay quien defiende la posibilidad de que el ejecutante financie la sustitución y cobre la deuda que conste en las facturas abonadas al tercero, en vía ejecutiva⁵⁸.

En el supuesto previsto por el art. 1194 PMCC 2023, estamos en cambio ante una medida extrajudicial, donde el acreedor tiene que anticipar en todo caso los fondos para sustituir al deudor en una conducta que trae causa del contrato anterior, pero que está descrita en el segundo contrato. Ante la negativa del deudor a que el acreedor pueda ser indemnizado del coste que le supone la operación de reemplazo, éste deberá probar que la misma se efectuó en condiciones razonables. La PMCC no especifica qué ha de entenderse por tal, pero, si nos atenemos a los PECL y el DCFR⁵⁹, la sustitución no será razonable cuando exista una gran diferencia de valor o clase con la prestación prevista en el contrato original.

Pero también existen importantes similitudes⁶⁰. En ambos supuestos estamos ante medidas de satisfacción in natura, a expensas del deudor-ejecutado, que permiten al acreedor-ejecutante elegir directamente al tercero que ha de sustituir al deudor-ejecutado. Y ambas obligan a conceder al deudor-ejecutado, antes de proceder a la sustitución, un plazo «razonable» (art. 1194.2.3 PMCC 2023), «adecuado» (arts. 699 LEC) o «acorde a la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurren» (art. 705 LEC), para subsanar su incumplimiento, advirtiéndole de las consecuencias de no cumplir. La regulación propuesta por la PMCC 2023 prevé que este requerimiento no es necesario si el deudor ha puesto de manifiesto su intención de no cumplir. Pero también se ha defendido la posibilidad de prescindir del plazo establecido en el auto que despacha la ejecución, cuando consta la intención del ejecutado de no realizar la conducta descrita en el título⁶¹. Luego ambos textos otorgan al obligado una segunda oportunidad para que cumpla con su prestación y en ambos casos la sustitución por parte del tercero cumple con el sentido original de la prestación. Auguramos interesantes debates doctrinales acerca de la naturaleza de cada una de estas medidas.

A diferencia de la regulación de la operación de reemplazo prevista en el art. 417-4 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 y en los respectivos preceptos de los textos de derecho europeo (arts. 7.4.5 Principios UNIDROIT, art. 9:506 PECL y art. III-3:706 DCFR), la contemplada por la PMCC 2023 no exige la previa resolución del contrato, sino que, por el contrario, requiere que se conserve la pretensión de cumplimiento. De este modo, cabe recurrir a la operación de reemplazo cuando estemos ante contratos de ejecución sucesiva y el incumplimiento no se extiende a toda la relación contractual (por ejemplo, ante el cumplimiento parcial de un contrato de suministro) o cuando estamos ante un cumplimiento tardío y siendo

⁵⁸ PARDO IRANZO, Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer, Tirant lo Blanch, 2001, p. 187 y ORTELLS RAMOS, La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil, La Ley, 2005, p. 263 ss. y «Propuesta de reforma y mejora de la ejecución no dineraria en la Ley de enjuiciamiento civil de 2000», Revista xuridica galega, n.º 59, 2008, pp. 35-36 y 41-47. Disponible en <http://www.rexurga.es/pdf/COL258.pdf>, quien entiende que, en estos casos, deberá procederse del mismo modo que cuando se han obtenido previamente por vía ejecutiva, sobre el patrimonio del ejecutado, los fondos necesarios y el coste definitivo del hacer excede de la cantidad previamente fijada con arreglo al art. 706.2 LEC. En general, sobre la ejecución forzosa mediante dar o hacer a costa del ejecutado: XIOL RÍOS (coord.), Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia, Sepi, 2008, pp. 4107-4129 y 4128-4132; PARDO IRANZO, Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer, Tirant lo Blanch, 2001, p. 179 ss.; ORTELLS RAMOS, La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil, La Ley, 2005, pp. 249-281 y Revista xuridica galega, n.º 59, 2008, pp. 29-58.

⁵⁹ Comentarios al art. 9:506PECL y art. III.3:706 DCFR.

⁶⁰ MORALES MORENO, en ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, t.III, Thomson Reuters, 2021, pp. 451-479 afirma incluso que los requisitos necesarios a la operación de reemplazo se pueden extraer de la jurisprudencia, de la regulación de la operación de reemplazo en caso de resolución del contrato y del modo de proceder en la ejecución judicial.

⁶¹ SEVERÍN FUSTER, El cumplimiento específico de los contratos de servicio en el derecho español: perspectivas sustantiva y procesal», *Revista de derecho privado*, enero-junio 2016, n.º 30, p. 200.

posible el cumplimiento, el acreedor mantiene interés en el mismo (recorrir a un reemplazo temporal). No por ello queda desprotegido el interés del deudor ya que, a pesar de no exigirse una resolución previa, el acreedor debe reconocer previamente al deudor un plazo razonable para cumplir y debe efectuar un reemplazo en condiciones razonables.

Aunque en términos distintos a la CSGI y a los textos de derecho europeo, el art. 1194 PMCC 2023 aplica el criterio del reemplazo, frente a la regla del mercado, ya que afirma que, «En caso de incumplimiento del deudor, el acreedor podrá obtener el cumplimiento de un tercero, con cargo al deudor». El fundamento de la obligación de reemplazo no sólo está en la satisfacción del interés del acreedor sino también en su obligación de mitigar los daños -prevista en el art. 1192 PMCC 2023-, en virtud de la cual «el deudor deberá asumir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas» (art. 1192.2 PMCC 2023). El acreedor podrá reclamar el reintegro de la diferencia entre lo acordado en el contrato inicial y el de sustitución puesto que se ahorra la contraprestación prevista para el primer contrato. Pero también puede recurrir a la resolución, ya sea porque el pago ya se ha realizado o porque la resolución le resulta más favorable. Por ejemplo, en el momento de realizarse la operación de reemplazo, el precio de la prestación es inferior al que se pactó bajo el primer contrato.

6. El régimen jurídico de la pretensión de cumplimiento específico

La PMCC 2009 regula el remedio del cumplimiento en la Sección Segunda del Capítulo VII, bajo el nombre «De la acción de cumplimiento», a la que dedica seis preceptos. De forma más acertada para una norma de derecho sustantivo, la PMCC 2023 lo hace bajo la rúbrica «Derecho al cumplimiento»⁶², al que dedica cuatro preceptos -el art. 1195 PMCC 2009, que remite la pretensión de emisión de una declaración de voluntad a lo dispuesto en la LEC, a no ser que se hubiese pactado una pena para el caso de incumplimiento, ha sido eliminado en la PMCC 2023-. Lo previsto en esta sección debe completarse con los correspondientes preceptos de la LEC, ya que, en el caso de que la pretensión de cumplimiento no fuera voluntariamente satisfecha por el deudor, es preciso recabar el auxilio judicial para dar cumplimiento al título ejecutivo. Desaparecidos los arts. 1096, 1098 y 1099 CC, las medidas de ejecución en las ejecuciones dinerarias son las previstas por los arts. 571 y ss. LEC y en las ejecuciones no dinerarias, las contempladas en los arts. 609 y ss. LEC.

Ambas propuestas reconocen al acreedor el derecho a pretender el cumplimiento específico del contrato, independientemente de la naturaleza del objeto de la prestación (obligación de dar, hacer o no hacer) y de que se trate de un incumplimiento excusable o no (art. 1192 PMCC 2009 y art. 1174 PMCC 2023). Luego, por una parte, las Propuestas se alejan de la regla general del *common law*, donde el cumplimiento es remedio discrecional del juez, por medio del *adequacy test*⁶³, para recoger la regla del Código civil (art. 1096.1 y 2 y art. 1098, 1 y 2), «en todo caso»

⁶² Al igual que los Principios UNIDROIT (Capítulo 7. Sección 2: Derecho a reclamar el cumplimiento), los PECL (Capítulo 9. Remedios específicos en caso de incumplimiento. Sección 1: Derecho a exigir el cumplimiento) y el DCFR (Libro III. Capítulo 3. Derecho a exigir el cumplimiento).

⁶³ PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15ª ed., Sweet & Maxwell, 2015, p. 1247 s.; ADAME-MARTÍNEZ, *Specific Performance as the Preferred Remedy in Comparative Law and CISG*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 34-37; SEVERÍN FUSTER, «Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el common law. Perspectiva histórica y aproximación actual», *Revista chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1, 2016, pp. 7-37. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5598304.pdf>; BAHAMONDES OYARZÚN/PIZARRO WILSON, «Fundamento, jerarquía y límites del cumplimiento específico. ¿Una tensión entre dos modelos?» en *Revista de Derecho*, 2018, vol.31, núm.2, pp. 29-51.

tratándose de obligaciones pecuniarias y con ciertos límites cuando estamos ante obligaciones no pecuniarias⁶⁴. Y, por otra parte, se alejan de los Principios UNIDROIT (art. 7.1.7(4)) y de los textos europeos -PECL (art. 8:101(2) y DCFR (art. III. 3:101(2))-, que no reconocen al acreedor la pretensión resarcitoria ni la de cumplimiento en forma específica, si el incumplimiento es inexcusable⁶⁵.

6.1. Obligaciones pecuniarias

La PMCC 2023 se ha decantado por el término obligación «pecuniaria», frente al de obligación «dineraria» que utiliza la PMCC 2009, pero en ambos casos el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento en forma específica de aquella obligación que consista en el pago de una suma de dinero⁶⁶. Si resultare imposible cumplir la obligación en la moneda exigible, se pagará en la que tenga curso legal en el momento y lugar del pago. Cuando la imposibilidad provenga de la sustitución de la moneda, se utilizará la que legalmente la haya sustituido (art. 1100 PMCC 2009 y 1144.2 PMCC 2023).

6.2. Obligaciones no pecuniarias. Límites al cumplimiento en forma específica

En el caso de las obligaciones no pecuniarias, ambas Propuestas se mantienen fieles a la tradición continental, pero recogen, junto al derecho del acreedor al cumplimiento, una serie de limitaciones o excepciones al ejercicio del mismo, que tal y como precisa ahora la PMCC 2023, el deudor podrá hacer valer frente al acreedor.

a. Imposibilidad física o jurídica de la prestación y derecho a los subrogados de la cosa

La imposibilidad física o jurídica de la prestación, como límite a la pretensión de cumplimiento del acreedor, es recogida por ambas propuestas (art. 1192.1 PMCC 2009 y art. 1174.2 PMCC 2023), al igual que lo hacen los textos de derecho europeo⁶⁷. Y ambas reconocen también al acreedor, cuando la obligación cuyo cumplimiento resulta imposible consiste en la entrega de una cosa específica, el derecho a subrogarse en las acciones -los derechos dice la PMCC 2023- que el deudor tuviere contra terceros por razón de la causa que provocó la imposibilidad (el *commodum representationis*). Aunque con alguna diferencia en sus términos, ambas Propuestas añaden que, de ejercitarse estas acciones (PMCC 2009) o derechos (PMCC 2023), de la indemnización de daños que le pueda corresponder al acreedor por el incumplimiento, se deducirá el valor de lo que hubiera percibido (art. 1196 PMCC 2009 y 1177 PMCC 2023).

⁶⁴ El derecho del acreedor al cumplimiento específico es reconocido igualmente por la CISG (art. 46), los Principios UNIDROIT (art. 7.2.2), los PECL (art. 9:102) y el DCFR (art. III. 3:101). Pero el art. 28 CISG deja a salvo la posibilidad del juez de no ordenar el cumplimiento específico «a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención».

⁶⁵ No exige en cambio la imputabilidad del incumplimiento al deudor como condición necesaria al ejercicio de la pretensión de cumplimiento la CISG (art. 79.5).

⁶⁶ En el mismo sentido, los Principios UNIDROIT (art. 7.2.1) y los PECL (art. 9:101). Si bien parte de la misma regla, el DCFR (art. III. 3:301) añade que, en aquellos casos en que el acreedor de la obligación pecuniaria, en una obligación sinalagmática, aún no ha cumplido con su propia obligación y resulta evidente que el deudor no quiere ya recibir la prestación por la que tendría que pagar, se exceptúa la pretensión de cumplimiento, siempre que (a) el acreedor pueda realizar una transacción sustitutiva razonable sin esfuerzo o gasto significativo; o (b) el cumplimiento no sea razonable dadas las circunstancias. Los comentarios a los PECL y el DCFR precisan que queda incluida en la obligación pecuniaria la obligación accesoria de pago de intereses o de un concepto fijo en concepto de indemnización pero que, en cualquier caso, la obligación debe ser debida por el deudor antes de poder exigir su cumplimiento.

⁶⁷ Los comentarios a los Principios UNIDROIT (art. 7.2.2 a) contemplan la posibilidad de una imposibilidad por ilicitud parcial del contrato, en la medida en que la ilicitud alcance sólo a alguna de sus cláusulas. Los comentarios a los PECL (art. 9:102 (2) a) y al DCFR (art. III.3:302 (3) (a)) prevén expresamente la figura de la imposibilidad temporal.

En nuestro derecho, a la imposibilidad como causa de extinción de la obligación se refieren los arts. 1182, 1184 y 1156 CC y la STS 383/2002, Civil, de 30 de abril, que ha desarrollado lo que debe entenderse por imposibilidad a estos efectos⁶⁸. En las Propuestas, la imposibilidad no opera como causa de extinción de la obligación sino como excepción o límite a la pretensión de cumplimiento, independientemente de que dicha imposibilidad sea o no imputable al deudor, aunque habrá que ver si la jurisprudencia mantiene la misma postura restrictiva acerca de las demás características de la imposibilidad como límite a la pretensión de cumplimiento. En todo caso, la imposibilidad no impide al acreedor recurrir al remedio resarcitorio, tal y como lo prevé expresamente el art. 9:103 PECL.

En lo referente al derecho del acreedor a subrogarse en los derechos que el deudor tuviere frente a terceros, existe alguna diferencia entre ambas Propuestas.

1) Por una parte, el art. 1177 PMCC 2023 condiciona la subrogación a que, siendo obligaciones recíprocas, el acreedor no haya optado por la resolución. Matización que puede considerarse implícita en el art. 1196 PMCC 2009, que indica que la deducción del *commodum* de la indemnización de daños y perjuicios tendrá lugar «si se ejercitan» las acciones que el deudor tuviere contra terceros. Luego se reconoce la posibilidad de que el acreedor opte por otro remedio, como el resarcimiento o la resolución, con la cual el ejercicio del *commodum representationis* resulta incompatible.

2) Por otra parte, el art. 1177 PMCC 2023 añade que «El deudor debe facilitar al acreedor el ejercicio de ese derecho», lo que refuerza la teoría de la obligación del deudor de ceder al acreedor los derechos que le asisten por razón de la pérdida de la cosa, frente a terceros, frente a la teoría de la adquisición automática de estos derechos o acciones por el acreedor⁶⁹.

En nuestro derecho, el art. 1186 CC se refiere al derecho del acreedor a aquello que el deudor hubiere obtenido de terceros, por razón de la pérdida de la cosa (*commodum ex re*). Pero son muchas las dudas que ha suscitado entre la doctrina el ámbito de aplicación de dicho precepto (si incluye exclusivamente los casos de pérdida fortuita o también los casos de pérdida imputable al deudor, si se limita a las obligaciones de entrega de cosa específica o incluye también las de entrega de cosa genérica e incluso las obligaciones de hacer, si opera exclusivamente cuando se trata de la extinción de obligaciones de dar cosa determinada con función traslativa de la propiedad o también cuando la entrega opera con función restitutoria, o si se aplica o no a las obligaciones sinalagmáticas)⁷⁰ y su alcance (si tiene exclusivamente por objeto el *commodum ex*

⁶⁸ STS 383/2002, Civil, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2002:3107): «Esta Sala, en profusa jurisprudencia, ha abordado las cuestiones de mayor interés que suscita la aplicación de los artículos cuya infracción se denuncia en el recurso, y tiene declarado: (...) no cabe confundir dificultad con imposibilidad (...), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica), de ahí que se siga un criterio objetivo (...). La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (que solo tiene efectos suspensivos), y la derivada de una situación accidental del deudor. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (...).»

⁶⁹ En este sentido ya se pronunciaba PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, t. XLVI, fasc.IV, 1993, p. 1737.

⁷⁰ CRISTOBAL MONTES, «El *commodum representationis* del art. 1186 CC», en *ADC*, vol.40, núm 2, 1987, pp. 607-613. Disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5601/5601>; SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, pp. 151 y 152.

re o también el *commodum ex negotiatione*, es decir la contraprestación debida por el tercero o lo ya satisfecho por razón de dicha cosa)⁷¹.

Las Propuestas resuelven gran parte de dichas dudas ya que la imposibilidad de entregar cosa determinada, imputable o no al deudor, otorga al acreedor el derecho a todo lo que obtenga el deudor como consecuencia del hecho causante de la imposibilidad. Si además el incumplimiento es imputable al deudor, el acreedor podrá optar entre 1) ejercer en exclusiva el remedio resarcitorio, que incluirá entre otros daños el valor de la cosa que debió entregarse (*aestimatio rei*), 2) solicitar la resolución del contrato y en su caso la indemnización de daños, o 3) hacer valer su derecho al *commodum ex negotiatione*, acompañado en su caso de una indemnización de daños. En este último caso, de dicha indemnización se deducirá el valor de lo percibido de terceros en concepto de *commodum*.

b. Excesiva onerosidad. Relación con la alteración sobrevenida de circunstancias

La PMCC 2009 recoge, como segundo límite a la acción de cumplimiento, o en su caso, como límite a la ejecución forzosa, el de la excesiva onerosidad del cumplimiento para el deudor (art. 1192.2). De acuerdo con los precedentes que encontramos en los textos de derecho europeo (arts. 7.2.2 (b) Principios UNIDROIT, art. 9:102(2)(b) PECL) la excesiva onerosidad del cumplimiento se ha interpretado, por quienes han estudiado la PMCC 2009, como una desproporción entre el coste o esfuerzo que representa el cumplimiento para el deudor y la utilidad que proporciona al acreedor⁷². Tal y como recogen los comentarios a los Principios UNIDROIT, «En casos excepcionales, particularmente cuando hubo un cambio drástico de las circunstancias después de la celebración del contrato, el cumplimiento podría ser todavía posible, pero tan oneroso que reclamarlo en forma específica atentaría contra el principio general de buena fe y lealtad comercial». Y ponen como ejemplo el de un buque petrolero que naufraga en aguas costeras durante una fuerte tempestad. Aunque sería posible recuperar el buque del fondo del mar, el cargador no podría reclamar el cumplimiento del contrato de transporte si esto fuese a ocasionar al naviero gastos muy por encima del valor del petróleo.

La PMCC 2009 acoge así la postura que habían mantenido ya, en alguna ocasión, nuestro Tribunal Constitucional (STC 194/1991, de 17 de octubre)⁷³ y Tribunal Supremo (STS 649/1998, Civil, de 2

⁷¹ Acerca de las posibles interpretaciones del art. 1186 CC al respecto: BASOZABAL ARRUE, «Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiationem* en el art. 1186 CC » *ADC*, t. LXXIII, fasc. IV, 2020, pp. 1508-1516. Disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/6324/6252>

⁷² FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc.IV, 2011, p. 1513.

⁷³ STC 194/1991, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:1991:194): el TC confirmó las sentencias de instancia que habían fallado en favor de la imposibilidad de ejecutar la Sentencia en sus propios términos (el demandado había sido condenado por sentencia a dejar libre de todo depósito de materiales la propiedad del demandante), «(...) toda vez que de la prueba pericial practicada y del reconocimiento judicial se desprendía que levantar el carbón depositado en la finca, construir unos muros de contención y otras operaciones supondría un coste superior a 50.000.000 de pesetas, lo que resultaba desproporcionado y excesivamente oneroso para los demandados, puesto que la finca, de secano y sita al lado de unas escombreras, solo podía valorarse en 116.025 ptas». El TC estimó que «la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1 de la Constitución comprende el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos sin el cual carecerían precisamente de efectividad las resoluciones judiciales; que, no obstante ese principio general, hay casos en los que, en trámite de ejecución de sentencia, la transformación de una condena establecida en su parte dispositiva por su equivalente pecuniario, podrá ser más o menos acertada en el plano de la legalidad ordinaria, o, si se quiere, contrario a la misma, pero ello, por sí solo, no vulnera el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 de la Constitución (...); que, en principio, corresponde al órgano judicial competente deducir las exigencias que impone la ejecución de la Sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuáles deben ser éstos y actuando en consecuencia, sin que sea función del Tribunal Constitucional sustituir a la autoridad judicial en este cometido (...), y, en definitiva, que tan constitucional es una ejecución de Sentencia que cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario (...). el Juez, cuyo criterio confirmó la Audiencia, estimó que configuraba un

de julio)⁷⁴, en fase de ejecución de sentencia, al amparo de la doctrina del abuso del derecho o el ejercicio antisocial del derecho de propiedad: representa un ejercicio abusivo del derecho reclamar el cumplimiento específico cuando el mismo supone un costo o gravamen excesivo para el deudor, habida cuenta la desproporción entre el coste del cumplimiento y el valor de la prestación. En ambas resoluciones el tribunal interpretó la desproporción en clave monetaria, comparando el coste económico del cumplimiento con el valor económico de la prestación, aunque el término «costo» o «gravamen» desproporcionado -al igual que el de prestación excesivamente «onerosa» empleado por la PMCC 2009- tienen un contenido más amplio.

El límite al cumplimiento por excesiva onerosidad presupone que estamos en fase de incumplimiento, incluso que se haya dictado una sentencia de condena al cumplimiento específico, y que el deudor se oponga al mismo. Pero el deudor también puede oponerse al cumplimiento, tal y como se había acordado, sin esperar a que éste le sea exigido por el acreedor, por entender que una alteración sobrevenida de las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato hace que su ejecución resulte excesivamente onerosa (art. 1213 PMCC 2009 y 1238 PMCC 2023)⁷⁵. Ni el ámbito temporal ni los supuestos de hecho de ambas figuras son plenamente coincidentes. En el caso del art. 1213 estamos ante una excesiva onerosidad (o frustración del fin del contrato) para una de las partes, por alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias básicas del contrato, acaecida en fase de cumplimiento. En el caso del art. 1192.2, estamos ante una excesiva onerosidad para el deudor, independientemente de cuál sea su causa, acaecida en fase de incumplimiento y representada por una desproporción entre el coste del cumplimiento en forma específica y la utilidad que el mismo proporciona al acreedor. No obstante, cabe la posibilidad de que concurren a la vez los supuestos de hecho contemplados por ambos preceptos: el cumplimiento ha devenido oneroso por una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias básicas del contrato, pero el deudor no solicita la revisión (PMCC 2009) o renegociación (PMCC 2023) hasta que no le es exigido el cumplimiento⁷⁶. Ni la PMCC 2009 ni la PMCC 2023 -pese a contener una regulación más detallada

abuso de derecho, o un ejercicio antisocial del derecho de propiedad, la pretensión del recurrente de que la Sentencia se ejecutara en sus propios términos por sus desproporcionadas consecuencias; y ante la imposibilidad de esa modalidad de cumplimiento, estableció una ejecución por sustitución o equivalente pecuniario mediante el pago de una indemnización en vez de la entrega de la finca». En el mismo sentido: Auto AP Palencia, de 25 de febrero 1999 (AC\1999\3533), que declaró: «También es de hacer notar que en determinados casos de ejecución de sentencia, la sustitución de su cumplimiento por su equivalente, viene dado por otras razones, como es la desproporción que puede darse entre el perjuicio que la misma ocasione a los ejecutados o a terceros y la utilidad que pueda reportar al ejecutante, que de ser acusada, por ser mayor aquél (el perjuicio) que ésta (la utilidad), puede justificar tal sustitución, conforme se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (...)». Aunque esta doctrina se utilizó para rechazar la pretensión de la recurrente de ejecución de la sentencia en sus propios términos, por entenderse que dicha ejecución perjudicaría al resto del edificio y requeriría la afectación sustancial de elementos comunes cuando la Comunidad de Propietarios no había sido parte en el procedimiento.

⁷⁴ STS 649/1998, Civil, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:1998:4434): el TS, en aplicación de la doctrina constitucional anteriormente citada (STC 17 de octubre de 1991) desestimó el recurso de casación y la demanda de cumplimiento al considerar que, si bien la ejecución no era «técnicamente imposible de llevar a cabo, sí su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado, sino que, además, (...) significaría un gravamen desproporcionado». Se confirma la sustitución de la ejecución material por la indemnización de la pérdida de valor experimentado por la finca, como consecuencia de la destrucción del canal de riego objeto de la litis, además del valor actualizado de dicho aprovechamiento acuifero destruido, ya que «una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar».

⁷⁵ Acerca de la delimitación entre el costo excesivo que impone al deudor la corrección de su incumplimiento —realización específica del interés del acreedor— y la excesiva onerosidad sobrevenida del cumplimiento como excusa del mismo: MOMBEG URIBE/VIDAL OLIVARES, «El límite económico al cumplimiento del contrato. Desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico», *Universitas*, núm. 137, 2018, pp. 1-23.

⁷⁶ Entiende FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta española de Modernización del Código Civil de 2009», en DE LA MAZA GARMURI (coord.), *Incumplimiento contractual y nuevas perspectivas*, Cuadernos de Análisis Jurídico, VII, 2011, p. 34, siguiendo a Reinhard Zimmermann, que la excepción al cumplimiento del art. 1192.II.2 PMCC tiene un campo operativo distinto del art. 1213 PMCC: en el art. 1213 PMCC el cumplimiento es oneroso para el deudor, pero, hay proporción con el interés del acreedor en el cumplimiento.

de la alteración sobrevenida de circunstancias (art. 1238 PMCC 2023)- indican cómo se articula el deber de revisar o renegociar el contrato con la posibilidad del acreedor de ejercer los demás remedios por incumplimiento⁷⁷. Parece que habrá que entender, en modo análogo a lo que prevén los comentarios a los PECL, que, en tanto que regla especial, el régimen jurídico de la excesiva onerosidad por cambio de circunstancias prevalece frente a los remedios del acreedor por falta de cumplimiento. La parte perjudicada podrá pedir la modificación del contrato, paralizando la facultad del acreedor de ejercer los demás remedios por incumplimiento.

c. Razonabilidad de la pretensión de cumplimiento. Relación con la operación de reemplazo

La PMCC 2023 ha sustituido la referencia a la excesiva onerosidad, como límite al cumplimiento y a la ejecución forzosa, por la referencia a un cumplimiento no razonable conforme a la relación obligatoria, como límite a la pretensión de cumplimiento. Por lo tanto,

1) Ya no se hace referencia expresa a la posibilidad de que opere dicho límite cuando la sentencia de condena no es ejecutada voluntariamente por el deudor, sino solamente en caso de ejercicio judicial o extrajudicial del cumplimiento. Con ello, desaparece la contradicción con el art. 18.2 de la Ley orgánica del poder judicial, según el cual las sentencias de ejecutarán en sus propios términos y solamente si la ejecución resultare imposible, el juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria y fijará la indemnización procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento. No obstante, debemos recordar la doctrina constitucional anteriormente citada conforme a la cual, la desproporción que puede darse entre el perjuicio que la ejecución específica ocasione a los ejecutados o a terceros y la utilidad que pueda reportar al ejecutante, puede justificar la sustitución por el equivalente pecuniario, sin que ello vulnere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁷⁸.

2) Aunque la PMCC 2023 no lo especifica, si tenemos en cuenta la PMCC 2009 y los textos de derecho europeo que sirven de fuente de inspiración a ambas Propuestas, hay que entender que el cumplimiento no es razonable cuando resulta excesivamente oneroso o costoso para el deudor. El art. 9:102 (2) (b) PECL se refiere expresamente a «esfuerzos o gastos irrazonables» y los comentarios añaden que «No se puede definir normativamente cuándo un esfuerzo o gasto es desproporcionado», asociando así lo irrazonable con lo desproporcionado. Por otra parte, los ejemplos que prevén los PECL son de desproporción económica entre el coste del cumplimiento y el valor de la prestación (ejemplo 1) y entre el coste del cumplimiento y la utilidad del mismo para el acreedor, concretada dicha utilidad en el incremento de valor que habría experimentado el bien en caso de cumplimiento (ejemplo 2)⁷⁹.

⁷⁷ Sobre la resolución de esta cuestión en los PECL, los Principios UNIDROIT y el Código Civil alemán: SAN MIGUEL PRADERA, «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *ADC*, t. LV, fasc. III, 2002, pp. 1125-1128, que considera que la solución del derecho alemán, donde el derecho del deudor a pedir la renegociación del contrato sólo entra en juego cuando el deudor no ha quedado liberado de su obligación de cumplir por onerosidad excesiva, es la que mejor pondera los intereses de ambas partes contratantes (p. 1128).

⁷⁸ STC (Pleno) 194/1991, de 17 de octubre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1991). Dicha doctrina ha admitido la sustitución de la condena en forma específica por el equivalente pecuniario cuando existen “razones atendibles”, lo que se ha concretado en la mencionada desproporción económica y en la dificultad extraordinaria de la ejecución en sus propios términos.

⁷⁹ Ejemplo 1: A ha venido su yate «Eliza», prometiendo entregarlo en el domicilio de B. En ruta para ser entregado, otro barco choca con el «Eliza» y se hunde. El coste de reflotar el «Eliza» es cuarenta veces superior a su valor. El coste de obligar a A a cumplir su prestación es irrazonable. Ejemplo 2: A arrienda su granja por cinco años a una compañía minera; B promete restaurar el terreno tras completar la operación de minería; entretanto, A decide arrendar el terreno (para después que B se lo

El art. III.3:302 (3) (b) DCFR se refiere a una ejecución «irrazonablemente onerosa o costosa», y los comentarios a dicho apartado precisan que «Onerosa no significa económicamente onerosa. Es más amplio que eso. Puede alcanzar a algo que implica un esfuerzo desproporcionado, incluso algo capaz de causar gran angustia, vejación o molestia». Luego los comentarios al DCFR vuelven a asociar lo irrazonable con lo desproporcionado y, a pesar de precisar que lo oneroso no se reduce al ámbito económico, utilizan los mismos ejemplos que los PECL y vuelven a comparar el coste económico del cumplimiento con la utilidad que el mismo reportaría al acreedor, determinado éste en función del valor económico de la prestación o el incremento de valor que experimentaría el bien. Pero más allá de los ejemplos proporcionados por los comentarios a ambos textos y sin perjuicio de la necesidad de traducir el esfuerzo o gasto (para el deudor) y la utilidad o interés (para el acreedor), a una misma base monetaria, los términos utilizados por ambos textos son lo suficientemente amplios como para recoger aspectos de naturaleza no estrictamente patrimonial.

El art. 1:302 PECL añade que «Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera». Y el Anexo 1 del DCFR indica que «lo razonable debe determinarse objetivamente, teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de lo que se hace, las circunstancias del caso y los usos y costumbres pertinentes». Por lo tanto, la remisión a lo «razonable» obliga a ponderar los intereses en juego, de acuerdo con la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas, pero la valoración deberá hacerse de forma objetiva: hay que atender al esfuerzo que ocasionaría y la utilidad que reportaría, a cualquier persona de buena fe, en esas mismas circunstancias, el cumplimiento de la prestación.

Aplaudimos la oportunidad de positivar este límite en el proyecto de reforma español (ya sea en aplicación del principio general de buena fe y lealtad negocial -como indican los Principios UNIDROIT- de la doctrina del abuso del derecho -como ha mantenido nuestra jurisprudencia en fase de ejecución de sentencia- o de un criterio de eficiencia económica⁸⁰), pero es indudable que la redacción propuesta atribuye gran libertad al órgano judicial -tal vez excesiva- para valorar, ante la oposición del deudor a la pretensión de cumplimiento, cuando excluir la misma. A diferencia de los textos europeos, no contamos con ninguna pauta acerca de lo que se entiende por pretensión de cumplimiento «no razonable», por lo que la propuesta remite la concreción del alcance y contenido de la excepción a la doctrina de los autores y tribunales. Podría ser útil estudiar la experiencia del derecho francés, donde la versión definitiva del Código Civil⁸¹ se ha

restituya) a la Armada, para ser utilizado como área de entrenamiento para tanques; si B ha de gastar 29.000 dólares para restaurar e terreno y su valor se incrementaría sólo 300 dólares, la restauración es irrazonable.

⁸⁰ MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Aranzadi, 2006, p. 67: «El nuevo derecho de la contratación, aunque reconozca al acreedor la pretensión de cumplimiento, que le permite satisfacer in natura su derecho, establece en ocasiones límites a su ejercicio, no fundados en la imposibilidad, sino en otras causas, en las que sin duda están presentes los criterios económicos: la ponderación del coste que la ejecución supone para el deudor con el beneficio que puede obtener el acreedor, la mejora del funcionamiento del mercado, etc.». Puede consultarse un riguroso análisis de esta cuestión, en derecho francés, en CORMIER, «Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil», Tesis, Universidad Panthéon-Assas, 2022, p. 173 ss. Disponible en 6736ef04-4130-4003-a2b8-79d5badd88b5.

⁸¹ Art. 1221 Code Civil: «El acreedor de una obligación puede, previo requerimiento, exigir el cumplimiento en especie, a menos que dicho cumplimiento sea imposible o exista una desproporción manifiesta entre el coste para el deudor de buena fe y el beneficio para el acreedor».

alejado del texto del Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones de 2015⁸², que contemplaba precisamente como excepción al cumplimiento en forma específica el de un cumplimiento «cuyo coste es manifiestamente no razonable». Una parte importante de la doctrina francesa discutió la oportunidad del término «razonable», que atribuía, entendían, un poder excesivo al juez y ponía en jaque el carácter preferente del cumplimiento en forma específica⁸³.

A diferencia de los Principios UNIDROIT (art. 7.2.2.c) y los PECL (art. 9:102.2.d)⁸⁴, ninguna de las Propuestas incluye expresamente, entre los límites al cumplimiento, la posibilidad de que el perjudicado pueda razonablemente obtener la prestación por otras vías (por ejemplo, a través de la denominada «operación de reemplazo»). Algunos autores han reconducido la existencia de esta posibilidad del acreedor a la obligación de mitigar los daños (art. 1211 PMCC 2009): si el acreedor no actúa razonablemente en la elección de los remedios e insiste en un mecanismo de tutela que incrementa las pérdidas del deudor, incumple su obligación de mitigar los daños⁸⁵. La viabilidad de la operación de reemplazo no actuaría como límite al cumplimiento, pero repercutiría sobre el montante indemnizatorio: el acreedor no puede reclamar el incremento de daño no evitado por no recurrir a la operación de reemplazo⁸⁶. Ésta es la postura que ha venido manteniendo igualmente nuestra jurisprudencia, donde la operación de reemplazo se ha mostrado como una de las medidas mitigadoras exigibles al acreedor, frente a las consecuencias desfavorables del incumplimiento (SSTS 186/2010, Civil, de 18 de marzo y 221/2012, Civil, de 9 de abril)⁸⁷, pero no como límite al cumplimiento. El ejercicio de la pretensión de cumplimiento por el acreedor no permite al deudor oponerse al pago, alegando la posibilidad del acreedor de celebrar una operación de reemplazo (STS 183/2016, Civil, de 18 de marzo)⁸⁸.

⁸² Puede consultarse el Anteproyecto en La Semaine Juridique. Édition Générale. Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Observations et propositions de modifications. Supplément au n° 21, 25 Mayo 2015. Disponible en <https://www.tendancedroit.fr/wp-content/uploads/2017/04/25-mai-2015-Projet-droit-des-contrats.pdf>

⁸³ Nota de GENICON, «Contre l'introduction du «coût manifestement déraisonnable» comme exception à l'exécution forcée en nature», *Droit et Patrimoine*, n° 240, 2014, p. 63; TOURNAFOND, «Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats. Commentaire raisonné et critique», *Droit et Patrimoine*, n° 240, 2014, p. 26; MAINGUY, «L'exécution forcée, du coût manifestement déraisonnable à la reconnaissance d'un droit d'option», *Droit et Patrimoine*, n° 240, 2014, p. 44.

⁸⁴ Principios UNIDROIT (art. 7.2.2.c), PECL (art. 9:102.2d). El DCFR (art. III.-3:302. Comentario F) únicamente prevé que dicha posibilidad puede ser tenida en consideración para determinar si el cumplimiento resulta irrazonablemente oneroso.

⁸⁵ VIDAL-OLIVARES, *Revista chilena de Derecho Privado*, n° 16, julio 2011, p. 278: «si el acreedor insiste en el cumplimiento específico siendo razonable para la satisfacción de su interés resolver el contrato y celebrar una operación de reemplazo o demandar la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico incrementa las pérdidas, el deudor, pese a quedar obligado a la ejecución podrá invocar la infracción de la carga de mitigar las pérdidas y solicitar la reducción de la indemnización ex artículo 1208». FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1540-1541; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas Thomson-Reuters, 2010, p. 182.

⁸⁶ La carga de mitigar el daño está prevista en la CSGI (art. 77), los Principios UNIDROIT (art. 7.4.8), los PECL (art. 9:505) y el DCFR (art. III. 3: 302 (5) y III.3:705).

⁸⁷ SSTS 186/2010, Civil, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1137) y 221/2012, Civil, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2012:6120). En ambos casos, ante el incumplimiento de un contrato de arrendamiento de local, resuelto unilateralmente por la parte arrendataria, la parte arrendadora solicita la resolución e indemnización de los daños y perjuicios por lucro cesante, consistente en el monto de las rentas que faltaban por pagar. El tribunal estima que debe moderarse la indemnización solicitada ante la posibilidad del arrendador (acreedor) de concertar un nuevo arrendamiento, tras el incumplimiento del arrendatario.

⁸⁸ STS 183/2016, Civil, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1210): El arrendador había demandado a su arrendatario por incumplimiento anticipado del contrato de arrendamiento de local comercial, exigiéndole el pago de las rentas pendientes hasta el vencimiento del contrato. El arrendatario alegó resolución unilateral del contrato, antes de producirse el vencimiento y la posibilidad del arrendatario de recurrir a una operación de reemplazo desde entonces. Al no existir una cláusula que otorgue al arrendatario la facultad de resolver unilateralmente, no haber aceptado el arrendador la voluntad del arrendatario del terminar el arriendo y haberle solicitado el pago de las rentas vencidas, el tribunal entiende que estamos ante una acción de cumplimiento dirigida a obtener el pago de las rentas pendientes y no ante una acción de responsabilidad contractual dirigida a obtener los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento de la otra parte, por lo que no procede una moderación en

De haberse incluido esta excepción, perdería gran parte de su eficacia el principio de fuerza obligatoria del contrato y el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento en forma específica. Éste quedaría limitado a las obligaciones de dar cosa determinada ya que le bastaría al deudor con demostrar que el acreedor tiene a su alcance otra forma de obtener la prestación (lo que será así siempre que se trate de obligaciones de hacer no personales o bienes fungibles que pueden ser proporcionados en el mercado por un tercero) para excluir el derecho al cumplimiento⁸⁹.

Otra cosa es que, para apreciar el carácter razonable de la pretensión de cumplimiento, haya que valorar, junto al coste que representa para el deudor, cuál es el interés del acreedor en el cumplimiento y, para determinar dicho interés, pueda tenerse en cuenta, como otro elemento más, la posibilidad de satisfacerse recurriendo a otros remedios, ya se trate de una operación de reemplazo o de cualquier otro remedio⁹⁰. En este sentido, los comentarios al DCFR indican que «para determinar si el cumplimiento es irrazonablemente oneroso o costoso puede ser relevante tener en cuenta si el acreedor puede obtener el cumplimiento de otra fuente y reclamar el coste al deudor»⁹¹.

d. Otros límites al cumplimiento en forma específica

La PMCC 2009 recoge otros dos límites al cumplimiento en forma específica que no han sido incluidos en la PMCC 2023: el ejercicio de buena fe de la pretensión de cumplimiento y el carácter personal de la prestación.

la indemnización de daños y perjuicios («debemos convenir con el recurrido y con la resolución recurrida que no procede moderación en la indemnización de daños y perjuicios, pues lo solicitado y concedido no fue una indemnización sino el pago de las rentas adeudadas, al promover el demandante (hoy recurrido), exclusivamente, el cumplimiento del contrato (art. 1124 CC), unido a que no se aceptó la resolución ni se pactó cláusula penal que permitiese la moderación»). No obstante, añade el tribunal que «el arrendatario no probó que el arrendador volviese a arrendar el local (como se declara en la sentencia recurrida) o que obstruyese la posibilidad de hacerlo». Sentencia comentada por Rodríguez Rosado. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=C-OM-D-2016-2

⁸⁹ Se muestran expresamente contrarios a la posibilidad de incluir el recurso al negocio de reemplazo en el ámbito de aplicación del art. 1192.II. 3 PMCC 2009: FENYO PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, p. 1540: «Esta construcción supone extraer, a la regla de que el acreedor puede exigir el cumplimiento específico y forzoso (art. 1192. II PC), un importante campo de actuación» y ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo. Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en el derecho español*, tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2013, p. 312. Disponible en https://www.academia.edu/84395194/Incumplimiento_y_reemplazo_bases_para_una_teor%C3%ADa_general_de_la_operaci%C3%B3n_de_reemplazo_en_derecho_espa%C3%B1ol

⁹⁰ En este sentido PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, t. XLIV, fasc. IV, 1993, p. 1730: «No es necesario codificar los casos en que el ejercicio de la pretensión de cumplimiento será abusivo: básicamente, cuando el muy elevado coste del cumplimiento resulte desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor en comparación con otros posibles remedios». MOMBERG-URIBE/VIDAL-OLIVARES, «El límite económico al cumplimiento de contrato. Desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico», *Universitas*, núm. 137, 2018, p. 8., entienden que «el límite a la pretensión de cumplimiento obliga, ante todo, a prestar atención al interés del acreedor, al que solo se le privará de ella cuando imponga al deudor costos excesivos, disponiendo de otra opción razonable y, menos costosa, igualmente apta para la realización de su propósito frustrado por el incumplimiento. Entonces, desde esta óptica, es insuficiente tomar en cuenta solo el costo económico —si este supera o no el valor de la prestación, o si tal costo no redundará en un beneficio económico significativo para el acreedor—, sino que hace falta, también, considerar la efectiva posibilidad de satisfacción del interés del acreedor».

⁹¹ Se pone este ejemplo: A vende y entrega una máquina a B. Entregada, B descubre el carácter defectuoso de un ajuste de la máquina que fácilmente puede subsanarlo un competidor. A no dispone de ingenieros en 300 kilómetros alrededor del lugar de negocios de B, por lo que tendría gastos irrazonables si tuviera que enviar un ingeniero para hacer algo que puede hacerse a nivel local. A ofrece pagar el ajuste que haga un ingeniero local. Si B puede lograr que una firma local lo haga, B no podrá exigir que lo lleve a cabo A.

El límite de la buena fe no ha sido expresamente previsto por ninguno de los textos de derecho europeo como excepción a la pretensión de cumplimiento. Su inclusión en la PMCC 2009 fue considerada por algunos autores como superflua, por constituir una aplicación específica del art. 7CC para la cual bastaría dicho precepto⁹², e incluso desafortunada, en la medida en que pudiera intentar encajarse en ella, como exclusión del cumplimiento específico, la posibilidad de llevar a cabo una operación de reemplazo⁹³. Otros autores entienden, al contrario, que cabe incluir en este límite supuestos que los textos europeos reconducen a un cumplimiento irrazonablemente oneroso o costoso (como aquellos en los que el cumplimiento específico ha dejado de ser útil para el acreedor o cuando éste puede ver fácilmente satisfecho su interés recurriendo a una operación de reemplazo)⁹⁴, o que no han sido expresamente contemplados en las Propuestas. Este sería por ejemplo el caso de la pérdida de la pretensión de cumplimiento cuando el acreedor no la hace valer tempestivamente⁹⁵. Efectivamente, a diferencia de la CSGI (art. 46.3), los Principios UNIDROIT (art. 7.2.2(e)), los PECL (art. 9:102 (3), o el DCFR (art. III. 3:302.4), ninguna de las dos Propuestas recoge el derecho del deudor a oponerse a la pretensión de cumplimiento en forma específica cuando el acreedor no ejerce su pretensión en un plazo razonable. Las Propuestas si contemplan dicho plazo, en cambio, desde que se conoció o debió conocer el incumplimiento, para poder ejercer la pretensión de resolución contractual ante una oferta tardía de cumplimiento o de cumplimiento no conforme (art. 1200.1 PMCC 2009, art. 1183 PMCC 2023) o para pedir la reducción del precio, que en la PMCC 2009 tiene un plazo de caducidad de seis meses desde que la prestación se ejecutó (art. 1197.III PMCC 2009).

Con todo, el ejercicio tardío de la pretensión de cumplimiento podría reconducirse en nuestro derecho a la figura del retraso desleal, entendido como contravención del principio de buena fe consagrado en el art. 7.1 CC, siempre que se den los requisitos para ello: omisión en el ejercicio del derecho o acción, inactividad o dilatado transcurso del tiempo y confianza suscitada en el deudor nacida, necesariamente, de actos propios del acreedor que delatan una objetiva deslealtad (SSTS 243/2019, Civil, de 24 de abril y 162/2024, Civil, de 7 de febrero⁹⁶. En aplicación de la CSGI: SAP Navarra, Sección 3ª, 27 de marzo 2000⁹⁷, y con invocación de los PECL: STSJ

⁹² De esta opinión: FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1530-1531 y 1540-1541. También se mostraban favorables a su supresión BAHAMONDES OYARZÚN, en DE LA MAZA GAZMURI (coord.), *Cuadernos de análisis jurídicos*, vol. VII: *Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, 2011, p. 36 y VERDERA SERVER, en GONZALEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ (coords), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, p. 88.

⁹³ FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1530-1531.

⁹⁴ GÓMEZ CALLE, *ADC*, t. LXV, fasc. I, 2012, p. 53.

⁹⁵ GÓMEZ CALLE, *ADC*, t. LXV, fasc. I, 2012, p. 55; VIDAL OLIVARES, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 16, julio 2011, p. 278: «tratándose de una petición intempestiva, podría invocar el límite general del N° 3 del párrafo segundo del artículo 1192».

⁹⁶ STS 243/2019, Civil, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1316) en aplicación de la doctrina del retraso desleal, las sentencias de instancia desestimaron la acción de reclamación de cantidades indebidamente cobradas en base a un contrato de arrendamiento financiero suscrito por las partes litigantes. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandante y condena a la entidad financiera demandada al pago de la cantidad reclamada: «Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibles es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (...)». En aplicación de la misma doctrina, la STS 162/2024, Civil, de 7 de febrero (ECLI: ES:TS:2024:474) desestima el recurso de casación promovido por la comunidad de propietarios demandada, contra la sentencia de la Audiencia Provincial. Esta había revocado la de instancia y la había condenado a pagar las cantidades reclamadas no prescritas, en concepto de cuota de servicio y mantenimiento de contador.

⁹⁷ SAP Navarra, Sección 3ª, de 27 de marzo 2000 (ECLI:ES:APNA:2000:346). La AP Navarra estima el recurso interpuesto y deja sin efecto la condena que el fallo efectúa respecto de la vendedora: «Conforme al núm. 3 del

Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 6 de octubre 2003⁹⁸). Incurrir en retraso desleal el acreedor que no ejerce la pretensión de cumplimiento durante un largo trascurso de tiempo y realiza actos que generan en el deudor la confianza de que la reclamación no se producirá.

Por lo que respecta al límite de la prestación personal del deudor, los Comentarios a la PMCC 2009 señalaron la contradicción entre esta excepción y el art. 709 LEC, que contempla la posibilidad del acreedor de recurrir a multas coercitivas mensuales que induzcan al cumplimiento (compulsión indirecta al cumplimiento)⁹⁹. Su supresión en la PMCC 2023 soluciona esta incoherencia.

6.3. Reparación y sustitución

Ambas Propuestas incluyen, como modalidades de cumplimiento, la reparación y la sustitución de la prestación disconforme con el contrato, condicionando su ejercicio a los límites ya mencionados. Mientras que el art. 1193 PMCC 2009 prevé que el derecho del acreedor al cumplimiento comprende, la reparación, la rectificación de los defectos o la sustitución de la prestación ejecutada por otra conforme a lo pactado, cuando su naturaleza no lo impide, el art. 1175 PMCC 2023 se expresa en términos más amplios, incluyendo la reparación o cualquier otra forma de subsanación de la prestación ejecutada y su sustitución, cuando la naturaleza de la obligación no lo impida. Subsanar es sustituir, reparar y rectificar, pero también caben otras modalidades de subsanación, como los supuestos a los que se refieren los Principios UNIDROIT: obtener la remoción de los derechos de un tercero que afectan las mercaderías u obtener una autorización administrativa¹⁰⁰.

En nuestro derecho positivo no se ha reconocido tradicionalmente al acreedor la facultad de pedir la reparación de la prestación defectuosa (sí lo ha hecho nuestra jurisprudencia, especialmente en el ámbito de la compraventa inmobiliaria)¹⁰¹. Pero la CSGI primero (art. 46) y las Directivas 1999/44 (art. 3) y 2019/771 (art. 13) después, han recogido, en sus ámbitos respectivos, el derecho del comprador a exigir la reparación y la sustitución de la cosa no conforme (arts. 118 y ss.TRLGDCU). Las Propuestas dan un paso más y generalizan la pretensión de reparación o sustitución a toda prestación, cuando la naturaleza de la obligación no lo impida. MORALES

art. 46 de la Convención el comprador puede exigir la reparación de la mercadería, siempre que se comunique tal circunstancia al vendedor dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya descubierto. Si las primeras averías se descubren, según contestación de la demanda en otoño de 1.997, ninguna comunicación se hace, sobre los aparatos defectuosos, salvo sobre uno ya aludido mediante fax de 5 Feb. 1997, hasta la reconvención judicial, el 11 May. 1998, este lapso de tiempo en modo alguno es razonable, no solo en sí, sino por la mala imagen que en el mercado nacional causa a Bell Nature el proporcionar unos aparatos defectuosos a sus clientes»,

⁹⁸ STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 6 de octubre 2003 (ECLI:ES:TSJNA:2003:1335). El TSJ de Navarra declara haber lugar a los recursos interpuestos por las dos partes litigantes y declara inadmisibles, por antijurídica y contraria a las exigencias de la buena fe, la pretensión de cumplimiento deducida con desleal retraso en la demanda principal y extinguido o resuelto el vínculo contractual constituido: «Constituye una exigencia comúnmente compartida en el ámbito jurídico y social, hoy recogida junto a otras en los conocidos como Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), el que la pretensión de cumplimiento específico de una obligación contractual se ejercite tempestivamente en un “tiempo razonable”, a fin de evitar que el deudor tenga que estar preparado para cumplir, por si lo exige el acreedor, todo el tiempo que éste tenga por conveniente. La superación de este tiempo prudencial y razonable, atendidas las previsiones contractuales y los usos jurídicos, hace inatendible, por sorpresiva e inesperada, la reclamación de cumplimiento intempestivamente formulada».

⁹⁹ FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1532-1535; GÓMEZ CALLE, *ADC*, t. LXV, fasc. I, 2012, p. 54; VERDERA SERVER, en GONZÁLEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, p. 59.

¹⁰⁰ Comentarios al art. 7.2.3 de los Principios UNIDROIT.

¹⁰¹ Ver las sentencias citadas en el epígrafe 4. La pretensión de cumplimiento específico y la pretensión al valor económico del cumplimiento.

MORENO entiende que este «ensanchamiento» del cometido de la pretensión de cumplimiento, que no coincide con el cumplimiento del contenido originario de la prestación, obedece a la redefinición del papel de los remedios, encaminados a garantizar la satisfacción del interés del acreedor y no ya el deber de prestación¹⁰².

A pesar de esta referencia a las distintas modalidades del cumplimiento, las Propuestas dejan numerosas cuestiones sin resolver. Nada se dice, por ejemplo, acerca de la relación entre ambas variantes. ¿Hay alguna preferencia entre reparación y sustitución? El uso de la conjunción «o», parece indicar que no existe jerarquía, pero al estar éstas sujetas a las limitaciones antes estudiadas, la elección del acreedor deberá ser razonable. Como hemos visto, no lo será cuando resulte excesivamente onerosa para el deudor en proporción con la utilidad que proporciona al acreedor, la cual viene determinada, entre otros aspectos, por la existencia de otras vías de satisfacción de su interés. Tampoco indican las Propuestas si cabe acudir a la sustitución si fracasa la reparación. Es decir, si las «restantes acciones», a las que se refiere el art. 1194 PMCC 2009, o los «restantes remedios», a los que se refiere el art. 1176 PMCC 2023, incluyen también las distintas modalidades de cumplimiento, de modo que ejercitada una de ellas sin éxito puede recurrirse a la otra¹⁰³. O si es preciso que el incumplimiento sea esencial o revista cierta entidad para poder recurrir a la sustitución, como lo exige la CSGI (art. 46)¹⁰⁴. No olvidemos que, a diferencia de lo previsto en la CSGI (art. 39), no es preciso conceder al deudor un plazo para corregir su incumplimiento, antes de pretender la sustitución.

6.4. *Ius variandi* del acreedor

Los arts. 1194 PMCC 2009 y 1176 PMCC 2023 regulan el *ius variandi*, que podrá ejercer el acreedor después de haber optado, sin éxito, por la pretensión de cumplimiento de una obligación no dineraria. Así como la PMCC 2009 condiciona su ejercicio a que la satisfacción del interés del acreedor no se haya obtenido de forma oportuna, la PMCC 2023 especifica que también podrá optarse por otro remedio cuando el interés del acreedor no se haya satisfecho en el plazo razonable que le hubiera fijado al deudor. De esta manera, no sólo se protege el interés del acreedor, que no se ve obligado a insistir en un remedio que no conduce a ningún resultado, sino también el derecho del deudor al cumplimiento: el acreedor no podrá cambiar intempestivamente de opinión, sino que, una vez concedido al deudor un nuevo plazo para cumplir, tendrá que esperar a que finalice el mismo¹⁰⁵. En este sentido, las Propuestas se alejan del derecho actual, donde el art. 1124 CC sólo permite al acreedor pedir la resolución cuando el cumplimiento resulte imposible (art. 1124 CC)¹⁰⁶.

¹⁰² MORALES MORENO, *Claves de la modernización del Derecho de Contratos*, Ibañez, 2006, pp. 101-102: «(...) este contenido secundario, añadido a posteriori, que permite al acreedor exigir una actuación complementaria del deudor orientada a la reparación o a la sustitución, pone de manifiesto la importancia que adquiere en el nuevo derecho de contratos la satisfacción del interés del acreedor».

¹⁰³ FENOY PICÓN, *ADC*, LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1547 y 1548 entiende que la expresión «restantes acciones» hace pensar en que el ejercicio de una determinada modalidad de cumplimiento agota las otras modalidades, pero cree que es solución más adecuada permitir al acreedor, que no ha obtenido oportunamente satisfacción ejercitando una de ellas, desistir y ejercitar la otra.

¹⁰⁴ VIDAL OLIVARES, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 16, julio 2011, p. 277 nota 96, echa en falta la limitación prevista por el artículo 46 de la Convención de Viena, en orden a que el incumplimiento deba ser esencial para acudir a la sustitución. Entiende que «de mantenerse el texto, los esfuerzos deberán orientarse a aplicar el límite del numeral 3 del artículo 1192, por estimarse contraria a la buena fe la pretensión de sustitución de la prestación en casos de incumplimientos no esenciales».

¹⁰⁵ El *ius variandi* es reconocido igualmente por los Principios UNIDROIT (art. 7.2.5) y los comentarios al DCFR (art. III, 3:102).

¹⁰⁶ Aunque hay quien entiende que debe hacerse una interpretación amplia del art. 1124 CC., incluyendo los casos en que el acreedor pidió el cumplimiento, pero no obtuvo satisfacción en un plazo razonable: CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*,

Al igual que en el derecho actual, las Propuestas optan por un *ius variandi* limitado, ya que se contempla la posibilidad de su ejercicio tras ejercitar la pretensión de cumplimiento, pero no después de haber pedido la resolución o la reducción del precio (STS 18 de noviembre de 1983)¹⁰⁷. Los comentarios al art. III.-3:102 DCFR, que tampoco permiten pedir la resolución tras el incumplimiento, mientras no se haya cumplido el plazo concedido al deudor, ni pedir el cumplimiento después de haber optado por la resolución, afirman que «La norma se ajusta al principio ampliamente aceptado de que cuando una parte ha hecho una declaración de intención que ha llevado a la otra parte a actuar basándose en tal declaración, no se permitirá a la parte que la hizo actuar de forma incompatible con ella. Esto se desprende del principio general de ejercer los derechos y remedios de acuerdo con la buena fe y lealtad negocial».

7. Conclusiones

Las dos Propuestas formuladas por la Comisión General de Codificación acogen la noción de incumplimiento plasmada en la CSGI, los Principios UNIDROIT y los textos de derecho europeo. La redacción propuesta por la PMCC 2023 amplía aún más si cabe el ámbito de aplicación de dicha noción, al incluir en el incumplimiento contractual la falta de la necesaria colaboración del acreedor en la ejecución de la prestación. Sería no obstante deseable precisar el papel que juega la satisfacción del interés del acreedor en dicho concepto, ya que no queda claro si estamos ante una condición suplementaria a la no ejecución de la prestación debida o, como indica el tenor literal del art. 1171 PMCC 2023, ante una consecuencia derivada de ésta.

La facultad del acreedor de elegir entre los distintos remedios a su disposición, siempre que se cumplan las condiciones para ello, responde a la solución adoptada por los textos de derecho europeo, así como a la relevancia que adquiere el elemento de la satisfacción del interés del acreedor en las Propuestas. En ocasiones, este interés se ve mejor satisfecho reclamando el equivalente pecuniario de la prestación incumplida, acudiendo al mercado y obteniendo la prestación incumplida por otras vías (operación de reemplazo) o resolviendo el contrato y compensando los daños causados por el incumplimiento, que a través de la pretensión de cumplimiento en forma específica. Las Propuestas se acercan así al modelo del *common law*, donde la indemnización es el remedio por excelencia, aunque sin que el cumplimiento en forma específica llegue a perder su protagonismo. Por una parte, porque el acreedor es libre de recurrir a él, con las limitadas excepciones previstas en las Propuestas, y por otra parte porque, para

4ª ed., Aranzadi, 2024, pp. 1390-1391. En este sentido se pronuncia la STS 149/1983, Civil, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:1983:1635): «(...) esa noción de imposibilidad no hace referencia, sin más y únicamente, a la física, objetiva o de hecho, sino también a la jurídico-económica, es decir, a la frustración (no a la mera conveniencia) del acreedor por la deficiencia, anormalidad, tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor en un cumplimiento que ya no será purgativo por la desaparición del interés en la contraprestación originariamente pactada, convertida en inútil o perjudicial por esa conducta o resistencia a cumplir, auténtico quebrantamiento de la mutua y buena fe contractual (“frangenti fides, fides non est servanda”) y del principio y norma que obliga a estar a lo pactado (art. 1091 del C. Civ.)».

¹⁰⁷ STS 149/1983, Civil, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:1983:1635): «(...) el hecho de instar el cumplimiento -supuesto su auténtico ejercicio- no veda después pedir la resolución (“ius variandi”), posibilidad que en la interpretación más razonable del art. 1124 del C. Civ., en cuanto a la opción que concede, permite concluir que si bien instada la resolución no cabe variarla por el cumplimiento (y aquí sí rige el aforismo “una vía electa non datur recursus ad alteram”), pues ambas partes, de hecho, admiten así la extinción contractual, una por no cumplir y la otra por resolver, por el contrario si es dable la facultad o posibilidad inversa, es decir, la de optar por la resolución después de ejercitar la acción de cumplimiento, bien que sólo cuando éste resultare imposible». Otra cosa es que, ejercitada judicialmente la pretensión de resolución y desestimada ésta, se pueda ejercitar después la pretensión de cumplimiento (STS 431/2000, Civil, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2000:3423). Entre la doctrina: DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil*, 6ª ed., Civitas, 2008, p. 808 y SAN MIGUEL PRADERA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, p. 1695.

recurrir a otros remedios -como la resolución o la indemnización de daños- deben darse condiciones específicas (imputación del daño, incumplimiento esencial, otorgamiento de plazo razonable para cumplir, ejercicio razonable de la sustitución, etc...) que no exige la pretensión de cumplimiento.

Los presupuestos necesarios para acudir al cumplimiento por equivalente, cuando el cumplimiento tardío es aún de utilidad al acreedor, no son del todo claros. No obstante, del conjunto del sistema se puede deducir que no cabe recurrir a la indemnización plena sin haber reclamado previamente el cumplimiento al deudor. Y la necesidad de encontrar un equilibrio entre los intereses de ambas partes así lo exige ya que, de lo contrario, el remedio resarcitorio podría ocasionar un coste excesivo al deudor, que se preparó para el cumplimiento y no para una condena pecuniaria.

La PMCC 2023 ha cubierto una laguna de la PMCC 2009 al regular la operación de reemplazo y fijar los criterios para que el acreedor pueda optar a la misma. Su regulación dota de mayor seguridad al acreedor que, no solo cuenta con una forma rápida de satisfacer su interés, sino que conoce los términos en los que se espera que cumpla con su obligación de mitigar el daño derivado del incumplimiento de una prestación fungible. A pesar de no exigirse la previa resolución del contrato, la regulación propuesta garantiza la protección del deudor, que conserva el derecho a subsanar el cumplimiento durante un plazo razonable. No obstante, su articulación como remedio resarcitorio debería fundamentarse con mayor claridad ya que de la misma derivan aspectos prácticos relevantes, como la imputabilidad y la prueba del daño. Y la profusa referencia a lo «razonable» - tanto en ésta como en otras ocasiones- otorga un amplio margen de libertad al órgano judicial, en caso de discrepancia del deudor, en la concreción ex post de los términos en que cabía recurrir al reemplazo.

La pretensión de cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias viene atemperada por sus límites (prestación imposible y cumplimiento no razonable por onerosidad excesiva) y por el deber de mitigar el daño, ya que la elección de un remedio no razonable repercutirá en el montante de la indemnización. Entre los límites, auguramos que el del cumplimiento no razonable será el que suscitará mayor litigiosidad. Parece que hay que entender que el cumplimiento no es razonable cuando resulta excesivamente oneroso o costoso para el deudor, en relación con la utilidad que proporciona al acreedor, y entendemos que, para determinar dicha utilidad, deberá tenerse en cuenta, entre otros factores, la posibilidad del acreedor de satisfacerse recurriendo a otros remedios.

El cumplimiento en forma específica, a la vez que pierde protagonismo frente a otros remedios (ante la horizontalidad de los remedios, la existencia de límites al cumplimiento, la regulación de la operación de reemplazo, la inexistencia de un derecho general a subsanar el incumplimiento o el mismo reconocimiento del interés contractual positivo en la indemnización de daños por resolución del contrato), nutre su contenido con las figuras de la reparación y la sustitución de la prestación disconforme. Aunque estas modalidades de cumplimiento nos son familiares gracias a la ratificación de la CSGI y la transposición de las directivas europeas en materia de consumo, la regulación de ambas Propuestas, por escueta, deja interrogantes sin resolver.

8. Bibliografía

ADAME-MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Specific performance as the preferred remedy in comparative law and CISG*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil II-1*, Bosch, 1989.

ALCALDE SILVA, JAIME, *Incumplimiento y reemplazo. Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en el derecho español*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2013. Disponible en https://www.academia.edu/84395194/Incumplimiento_y_reemplazo_bases_para_una_teor%C3%ADa_general_de_la_operaci%C3%B3n_de_reemplazo_en_derecho_espa%C3%B1ol

BAHAMONDES OYARZÚN, CLAUDIA, «Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual» en DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (coord), *Cuadernos de análisis jurídicos, vol. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, ed. Universidad Diego Portales, 2011.

BAHAMONDES OYARZÚN, CLAUDIA/PIZARRO WILSON, CARLOS, «Fundamento, jerarquía y límites del cumplimiento específico. ¿Una tensión entre dos modelos?» en *Revista de Derecho*, vol.31, núm.2, 2018, pp. 29-51.

BARRES BENLLOCH, PILAR/EMBED IRUJO, JOSÉ MIGUEL/MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO (ed.), *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Partes I y II, Colegios Notariales de España, 2003.

BASOZABAL ARRUE, XABIER, «Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiationem* en el art. 1186 CC», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXIII, fasc. IV, 2020, pp. 1501-1542. Disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/6324/6252>

BERMUDEZ REQUENA, JUAN MANUEL, «Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles», en *Diario La Ley*, n. 6967 (Sección doctrina), 13 jun. 2008, año 29, pp. 1-10.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL, *Derecho de contratos*, 4ªed., Aranzadi, 2024.

CORMIER, MAXIME, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, tesis, Universidad Panthéon-Assas, 2022. Disponible en [6736ef04-4130-4003-a2b8-79d5badd88b5](https://theses.univ-paris1.fr/theses/document/6736ef04-4130-4003-a2b8-79d5badd88b5)

CRISTOBAL MONTES, ÁNGEL, «El *commodum representationis* del art. 1186 CC», en *ADC*, vol.40, núm 2., 1987, pp. 601-613. Disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5601/5601>

DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, «Comentario del art.1106 CC», en *Comentario del Código Civil*, t.II, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 3-62.

DEL OLMO, PEDRO, «Remedios por el incumplimiento: el Código civil, entre ayer y mañana» en MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL (dir.) *Estudios de derecho de contratos*, BOE, 2022, pp. 853-892.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, II, 6ªed., Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO, LUIS/GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, t.II, 9ªed, Tecnos, 2004.

FENOY PICÓN, NIEVES, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, fasc. I, 2010, pp. 47-136.

FENOY PICÓN, NIEVES, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1684.

FENOY PICÓN, NIEVES, «El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta española de Modernización del Código Civil de 2009», en DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (coord.), *Incumplimiento contractual y nuevas perspectivas*, Cuadernos de Análisis Jurídico, VII, 2011, pp. 27-46.

GARCÍA PÉREZ, ROSA MARÍA, «Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho privado europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011, pp. 330-368.

GENICON, THOMAS, «Contre l'introduction du «coût manifestement déraisonnable» comme exception à l'exécution forcée en nature», *Droit. et Patrimoine*, n° 240, 2014, pp. 63-66.

GÓMEZ CALLE, ESTHER, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, fasc. I, 2012, pp. 29-102.

GÓMEZ POMAR, FERNANDO, «El incumplimiento contractual en derecho español», *Indret*, 3/2007, pp. 1-49.

GONZALEZ CARRASCO, CARMEN, «Eficacia del contrato», en BERCOVITZ-CANO, RODRIGO (dir.) *Tratado de Contratos*, 4ªed, Tirant lo blanch, 2024, pp. 1465-1520.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983.

LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil, t.II. Derecho de obligaciones*, vol.1, 2ª. Ed., Dykinson, 2000.

LAITHIER, YVES-MARIE, «Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles», *La Semaine Juridique. Édition Générale*. Ejemplar dedicado a : Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Observations et propositions de modifications Supplément au n° 21, 25 mayo 2015, pp. 47-59.

LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del acreedor*, ed. Trivium, 1999.

LLAMAS POMBO, EUGENIO, «La pretensión de cumplimiento y sus límites», en MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL (dir.), *Estudios de Derecho de contratos*, BOE, 2022, pp. 599-622.

MAINGUY, DANIEL, «L'exécution forcée, du coût manifestement déraisonnable à la reconnaissance d'un droit d'option», *Droit et Patrimoine*, n° 240, 2014, p. 60.

Malo Valenzuela, MIGUEL ÁNGEL, *Remedios frente al incumplimiento contractual. Derecho español, derecho inglés y draft common frame of reference*, Navarra, 2016.

MOMNERG URIBE, RODRIGO/VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, «El límite económico al cumplimiento del contrato. Desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico», *Universitas*, núm. 137, 2018, pp. 1-23.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *Claves de la modernización del derecho de contratos*, Ibañez, 2006.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *La modernización del derecho de obligaciones*, Aranzadi, 2006.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas Thomson-Reuters, 2010.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en GONZALEZ PACANOWSKA, ISABEL/ GARCÍA PÉREZ, CARMEN LEONOR, *Estudios sobre incumplimiento y resolución Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, vol. 3, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 23-46.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «Indemnización en lugar de la prestación y desjudicialización de los remedios del incumplimiento del contrato», en ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN/COBACHO GÓMEZ, JOSE ANTONIO (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños*, t. III, Thomson Reuter, 2021, pp. 451-479.

MORÁN BOVIO (coord.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, 2ªed., Thomson Aranzadi, 2003.

ORTELLS RAMOS, MANUEL, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, 2005.

ORTELLS RAMOS, MANUEL, «Propuesta de reforma y mejora de la ejecución no dineraria en la Ley de enjuiciamiento civil de 2000», *Revista xuridica galega*, n.º 59, 2008, pp. 29-58. Disponible en <http://www.rexurga.es/pdf/COL258.pdf>.

PALAZÓN GARRIDO, MARÍA LUISA, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Aranzadi, 2014.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, nº 3, 1991, pp. 1019-1091.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, t.XLIV, fasc.IV, 1993, pp. 1719-1746.

Pardo Iranzo, VIRGINIA, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, Tirant lo Blanch, 2001.

PEEL, EDWIN, *Treitel on the Law of Contract*, 15 ed., Sweet & Maxwell, 2015.

PÉREZ VELAZQUEZ, JUAN PABLO, *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, 2016

SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *Anuario de Derecho Civil*, t. LV, fasc. III, 2002, pp. 1115-1132.

SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1685-1724.

SÁNCHEZ CASTRO, JUAN DAVID, «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, fasc. IV, 2010, pp. 1725 a 1787.

SEVERÍN FUSTER, GONZALO, «Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el common law. Perspectiva histórica y aproximación actual», *Revista chilena de Derecho*, vol. 43, núm.1, 2016, pp. 7-37. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5598304.pdf>.

SEVERÍN FUSTER, GONZALO, «El cumplimiento específico de los contratos de servicio en el derecho español: perspectivas sustantiva y procesal», *Revista de Derecho privado*, n° 30, enero-junio, 2016, pp. 171-219.

TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, *Las condenas no pecuniarias (ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Ensayos Facultad de Derecho Palma de Mallorca, 1984.

TORRALBA SORIANO, ORENCIO VICENTE, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXIV, fasc. IV, 1971, pp. 1143-1166.

TOURNAFOND, OLIVIER, «Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats. Commentaire raisonné et critique», *Droit et Patrimoine*, n° 240, 2014, pp. 26-41.

TUR FAÚNDEZ, MARÍA NÉLIDA, «Los remedios ante el incumplimiento en la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023», *Revista de Derecho privado*, n° 4, 2024, pp. 3-26.

VARGAS BRAND, INÉS NATALIA, *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (Influencia del modelo norteamericano)*, BOE, 2023. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2023-289

VAQUER ALOY, ANTONI, «Incumplimiento del contrato y remedios», en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, *Derecho privado europeo*, 2003, pp. 525-554.

VERDERA SERVER, RAFAEL, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Real Colegio de España, 1995.

VERDERA SERVER, RAFAEL, «Remedios contra el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil. Una visión general», en GONZALEZ PACANOWSKA, ISABEL/GARCÍA PÉREZ, CARMEN LEONOR (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, 2014, pp. 47-94.

VERDERA SERVER, RAFAEL, Conferencia «El incumplimiento y sus remedios», en Jornada: *Estudio sobre la Propuesta de Modernización del CC en de obligaciones y contratos de 2023*, Colegio Notarial

de Madrid, jueves 25 abril 2024. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=EAdz4LiALOQ>

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO R., «La noción de incumplimiento esencial en el código civil», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº 32, 2009, pp. 221-258. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100006&script=sci_abstract

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO R., «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de Modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», *Revista chilena de Derecho Privado*, nº 16, julio 2011, pp. 243-302. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722011000100007

VON BAR, CHRISTIAN/CLIVE, ERIC/SCHULTE-NÖLKE, HANS (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008. Disponible en https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf

XIOL RÍOS, JUAN ANTONIO (coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, Sepí, 2008.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2011.

9. Resoluciones judiciales

STC (Pleno) 194/1991, de 17 de octubre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1991)

STS 149/1983, Civil, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:1983:1635)
 STS 445/1987, Civil, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:1987:8493)
 STS 480/1996, Civil, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:1996:3505)
 STS 649/1998, Civil, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:1998:4434)
 STS 1247/1998, Civil, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:8020)
 STS 431/2000, Civil, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2000:3423)
 STS 667/2000, Civil, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2000:5480)
 STS 383/2002, Civil, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2002:3107)
 STS 410/2002, Civil, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:2002:3201)
 STS 949/2003, Civil, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:6390)
 STS 368/2005, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2005:3273)
 STS 601/2005, Civil, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2005:4759)
 STS 707/2005, Civil, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5579)
 STS 704/2005, Civil, de 10 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6003)
 STS 055/2006, Civil, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6595)
 STS 720/2007, Civil, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2007:4286)
 STS 1092/2007, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6436)
 STS 1275/2007, Civil, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7775)
 STS 186/2010, Civil, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1137)
 STS 221/2012, Civil, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2012:6120)
 STS 601/2014, Civil, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4254)
 STS 183/2016, Civil, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1210)
 Auto TS, Civil, de 3 de octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:10192A)
 STS 243/2019, Civil, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1316)
 Auto TS, Civil, de 23 de noviembre 2022 (ECLI:ES:TS:2022:16594A)

STS 162/2024, Civil, de 7 de febrero 2024 (ECLI: ES:TS:2024:474)

SAP de Barcelona, de 14 de julio 1994 (AC\1994\1467)

Auto AP de Palencia, de 25 de febrero 1999 (AC\1999\3533)

SAP de Navarra, Sección 3ª, de 27 de marzo 2000 (ECLI:ES:APNA:2000:346)

SAP de Valencia, Sección 6ª, de 7 de junio 2003 (ECLI:ES:APV:2003:3707)

SAP de Madrid, Sección 10ª, de 16 de diciembre 2014 (ECLI:ES:APM:2014:17528)

SAP de Madrid, Sección 14, de 21 de febrero 2022 (ECLI: ES:APM:2022:2614)

STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 6 de octubre 2003 (ECLI:ES:TSJNA:2003:1335)

Una geometría del fenómeno jurídico total: la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen

Sumario

-
Este artículo examina la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen, en particular, su rigor metodológico y sus presupuestos epistemológicos. Se cuestionan críticamente tanto la radical separación que Kelsen establece entre el ser y el deber ser, como su rechazo del Derecho natural en favor de una concepción estrictamente normativa del Derecho. El trabajo demuestra que el intento de Kelsen por separar la voluntad del pensamiento no resulta plausible. Asimismo, se evidencia que su cientificismo, basado en un ideal de objetividad influido exclusivamente por las ciencias naturales, conduce a una problemática reducción del Derecho a una “geometría del fenómeno jurídico total”. También su propósito crítico-ideológico de liberar a la ciencia del Derecho de influencias políticas y valorativas se revela como ambivalente. Aunque Kelsen aboga por un análisis estrictamente formal del orden jurídico, su modelo acaba respondiendo a un tipo histórico específico del Estado de Derecho burocrático moderno. Dado su rigor metodológico, la comprensión kelseniana de la normatividad y la positividad del Derecho corre el riesgo de excederse en su propósito y dejar la aplicación concreta del Derecho en manos de la “arbitrariedad de la empiria”.

Abstract

-
This article examines Hans Kelsen's Reine Rechtslehre, focusing on its methodological rigorism and underlying epistemological assumptions. Kelsen's strict separation of being and ought, along with his rejection of natural law in favor of a purely normative conception of law, is critically examined. The analysis highlights the difficulties in his attempt to separate willing from thinking, particularly from a Hegelian perspective. Furthermore, his commitment to scientism—characterized by an ideal of objectivity modeled on the natural sciences—reduces law to a rigid formal structure, akin to a «geometry of legal appearance.» His effort to free jurisprudence from political and evaluative influences is also ambivalent: while he advocates a strictly formal analysis of legal order, his model remains closely tied to the historical context of the modern bureaucratic constitutional state. Ultimately, Kelsen's emphasis on normativity and positivity risks undermining the practical application of law, potentially exposing it to the «arbitrariness of empiricism».

Zusammenfassung

-
Die Arbeit untersucht Hans Kelsens Reine Rechtslehre unter besonderer Berücksichtigung ihres methodischen Rigorismus und ihrer erkenntnistheoretischen Grundannahmen. Kelsens radikale Trennung von Sein und Sollen sowie seine Ablehnung des Naturrechts zugunsten einer strikt normativen Rechtsauffassung werden kritisch hinterfragt. Die Untersuchung zeigt, dass Kelsens Versuch, das Wollen vom Denken zu trennen, sich schwerlich halten lässt. Zudem wird gezeigt, dass Kelsens Szientismus, dem ein einseitig naturwissenschaftlich geprägtes Objektivitätsideal zugrunde liegt, zu einer problematischen Reduktion des Rechts auf eine „Geometrie der totalen Rechtserscheinung“ führt. Auch sein ideologiekritisches Anliegen, die Rechtswissenschaft von politischen und wertenden Einflüssen zu befreien, erweist sich als ambivalent. Obwohl Kelsen eine strikt formale Analyse der Rechtsordnung fordert, bleibt sein Modell letztlich auf einen spezifischen historischen Typus des modernen bürokratischen Rechtsstaats zugeschnitten. Kelsens Verständnis von

Normativität und Positivität des Rechts droht in seiner methodischen Strenge über das Ziel hinauszuschießen und die konkrete Rechtsanwendung in problematischer Weise der „Willkür der Empirie“ auszuliefern.

Title: *A Geometry of the Total Appearance of Law: Hans Kelsen's Pure Theory of Law*

Titel: *Eine Geometrie der totalen Rechtserscheinung: Hans Kelsens Reine Rechtslehre*

-

Palabras clave: Kelsen, Teoría pura del Derecho, Ciencia del Derecho, Positivismo, Política, Injusto, Sanción.

Keywords: Kelsen, *The Pure Theory of Law*, *Legal Doctrine*, *Positivism*, *Politics*, *Wrong*, *Sanction*.

Stichwörter: Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *Rechtswissenschaft*, *Positivismus*, *Politik*, *Unrecht*, *Sanktion*.

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i2.03

-

2.2025

Recepción
10/12/2024

-

Aceptación
14/01/2025

-

Índice

-

- 1. *El cientificismo de Kelsen***
- 2. *El planteamiento de crítica de la ideología de Kelsen***
- 3. *Positividad y normatividad como características del Derecho moderno***
- 4. *La relación entre el injusto y la sanción***
- 5. *Bibliografía***

-

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

1. El cientificismo de Kelsen*

La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen constituye una reacción a la crisis de pretensión científica de la filosofía y teoría del Derecho tradicionales. Se trata, bien mirado, de un intento extraordinariamente riguroso de redefinir los límites de aquello que puede afirmar la ciencia del Derecho. Para Kelsen, la teoría del Derecho, en tanto que disciplina sucesora de la «así llamada filosofía del Derecho»¹ habría de renunciar a sus ambiciones de legitimación y ceñirse en consecuencia a una función cognoscitiva (*erkennende Rolle*)². «Legitimación significa valoración; las valoraciones, que siempre tienen una naturaleza subjetiva, son cosa de la ética y de la política, pero impropias del conocimiento objetivo. Solo a este ha de servir la ciencia del Derecho, si es que quiere ser ciencia y no política»³. En buena lógica, Kelsen no quiere saber nada del Derecho natural en ninguna de sus variantes. «El Derecho natural no es otra cosa que política revestida de terminología jurídica»⁴. Así pues, nuestro autor se aparta de forma radical de la tradición propia de la filosofía práctica al negar a la ética y al Derecho natural el carácter de disciplinas – susceptibles de ser consideradas como– científicas. Querer y pensar serían «dos funciones esencialmente distintas», por lo que al querer no le sería inmanente el pensar⁵. La función de la razón sería, pues, tan solo el reconocer, no el querer, pero el dictado de normas sería un acto de la voluntad. El concepto de una razón práctica que dicta normas sería, en suma, insostenible⁶, con lo que la doctrina kantiana quedaría privada de su sustrato⁷.

Bien mirado, como Hegel ya había defendido⁸, lo que es insostenible es la separación radical que propone Kelsen entre el querer y el pensar. Lo que quiero debo determinarlo a través del pensamiento, al igual que los medios a los que pretendo recurrir para conseguir aquello que quiero. El concepto de una voluntad que hace abstracción de tales factores de determinación es, literalmente, impensable. Ahora bien, ¿por qué habría Kelsen de pasar por alto un dato relativamente banal como este? La principal razón se halla en su orientación unilateral a un ideal de objetividad propio de las ciencias naturales⁹. Es este el que conduce a Kelsen a un cientificismo que desconoce tanto lo peculiar de la praxis humana como el potencial de racionalidad de la argumentación práctica.

* Autor de contacto: Michael Pawlik (michael.pawlik@jura.uni-freiburg.de). Título original (inédito): «Eine Geometrie der totalen Rechtserscheinung: Hans Kelsens Reine Rechtslehre», presentado en el seminario organizado por el Área de Derecho Penal (iuscrim-bcn.com) de la Universidad Pompeu Fabra el día 17 de enero de 2025. Traducción a cargo de Ivó Coca Vila (ivo.coca@upf.edu).

¹ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 44.

² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 71.

³ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2008 (reimp. de la 1ª ed., 1934), p. 137.

⁴ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 40.

⁵ Kelsen, «Justiz und Verwaltung», en Klecatsky/Marcic/Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*, t. II, 1968, p. 1472.

⁶ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 198.

⁷ Cf. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 52; EL MISMO, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, p. 63.

⁸ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts: Werke*, t. VII, 1820, § 4 Z (pp. 46 s.).

⁹ Carrino, *Die Normenordnung: Staat und Recht in der Lehre Kelsens*, 1997, pp. 31, 134 s.; Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 104 s.; Neumann, *Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit*, 2021, pp. 107 s.; Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, pp. 50, 54 s., 94, 121, 246 s.; Sandkühler, «Natur des Rechts und Relativismus im Recht», en Alexy/Meyer et al. (ed.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, p. 149.

A su vez, la referida unilateralidad trae causa de la comprensión extraordinariamente rígida de la distinción entre ser y deber ser asumida por Kelsen¹⁰. Esta distinción no es problemática mientras se limite a afirmar que de las constataciones de hechos, como tales, no pueden derivarse de forma inmediata, esto es, sin incorporación de al menos una premisa normativa, consecuencias normativas¹¹. Sin embargo, las cosas se complican tan pronto la distinción (*Unterscheidung*) entre el ser y el deber deviene una separación (*Trennung*) cargada de contenido epistemológico u ontológico. Y esto es precisamente lo que hace Kelsen. Divide la vida social y, por lo tanto, también el Derecho, por un lado, en un «acto sensiblemente perceptible que de por sí acaece en el tiempo y en el espacio» (como «contracciones musculares», que dan lugar a una multitud de formas negras en una hoja de papel), esto es, un suceder externo idéntico a cualquier otro proceso natural y, por el otro, en la «significación» («*Bedeutung*») (por ejemplo, como contrato) que se atribuye a ese acontecimiento natural en virtud de una norma (por ejemplo, un precepto del Código Civil) que opera como un «esquema de explicitación conceptual»¹² (*Deutungsschema*)¹³. A falta de tal acto de explicitación (*Deutungsakt*), que según Kelsen subyace a la decisión de cualquier intérprete, el mundo se presenta como la suma de una serie de procesos naturales sin referencia de sentido o de valor¹⁴.

Estas aserciones pueden interpretarse en un doble sentido¹⁵. Por un lado, pueden comprenderse en un sentido neokantiano. En tal caso, de acuerdo con la premisa del poder generador de objetos del método, se asume que tanto la interpretación naturalista como la basada en la significación (*sinnbezogen*) son, en principio, interpretaciones igualmente válidas. Ahora bien, en tal caso, no puede dejarse de presuponer una «circunstancia»¹⁶ conceptualmente inaprensible, que –para usar el término de Kelsen– sirve como «sustrato» de ambas interpretaciones¹⁷. O bien, por el otro lado, puede comprenderse el suceder natural como la auténtica realidad, siendo entonces la interpretación normativa una mera deformación; lo que conduce a una comprensión del ser positivista. Sea como fuere, con independencia de cuál de estos dos planteamientos interpretativos se acoja, ambos conducen a una profunda distorsión de la esencia misma de las prácticas sociales¹⁸. La lengua no es en un primer momento una suma de fenómenos sonoros o una acumulación de tinta negra a la que posteriormente se le confiere algún sentido desde algún lugar. Más bien, aquella se expresa y se comprende desde el principio como una objetivación de sentido o, en palabras de Hegel, una objetivación del espíritu¹⁹.

¹⁰ De entre la literatura de su época, vid. Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 1931, p. 41. De entre la actual Neumann, *Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit*, 2021, p. 111.

¹¹ En este sentido Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 5.

¹² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 3.

¹³ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 2.

¹⁴ Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, p. 84.

¹⁵ En profundidad, Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, pp. 89 ss., 107 ss., 126 s.

¹⁶ Kelsen, en Klecatsky/Marcic/Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, t. I, 1968, p. 96.

¹⁷ Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2ª ed., 1928, p. 99. Crítico ya al respecto Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, p. 53; Thierfelder, *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage*, 1934, pp. 29 s.

¹⁸ Lübke, *Legitimität kraft Legalität*, 1991, p. 61; Neumann, *Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit*, 2021, p. 111; Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, pp. 54 s.

¹⁹ Cassirer, «Zur Logik des Symbolbegriffs», en Recki (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XXII, 2006, p. 127; Scheler, *Schriften zur Anthropologie*, 1994, p. 38; Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, p. 55.

Al resto de neokantianos también les resulta difícil lidiar conceptualmente con este problema. Para los alemanes del sudoeste es el concepto de cultura, al que Kelsen se opuso ferozmente²⁰, el que habría de mediar entre el ser y el deber o –en su propia terminología– entre la realidad y el valor. Desde esta perspectiva, la cultura no es un mero hecho ni un «valor puro»²¹, sino una realidad referida a valores. Ahora bien, esta realidad no es el epítome de la praxis humana vivida, sino el resultado de una prestación de interpretación científica que, como objetan los neohegelianos Julius BINDER y Karl LARENZ, traslada por completo su propia dinámica interna (*Eigengesetzlichkeit*) al sujeto juzgador²². Es cierto que tanto LASK como RADBRUCH se aventuran cautelosamente más allá de esta frontera, hasta el punto de llegar incluso a reconocer la preformación social del material procesado por la ciencia del Derecho. Esta idea, sin embargo, no solo es inaceptable en el modelo de Kelsen²³, sino que tensa asimismo en exceso las premisas metodológicas de los alemanes del sudoeste. Sus esfuerzos de mediación también están plagados de considerables ambigüedades teóricas, que se glosan metafóricamente, pero no se resuelven discursivamente.

En cambio, sí ha sido elaborado con mayor profundidad teórica el concepto de símbolo, que Ernst CASSIRER, el último vástago de los neokantianos de Marburgo, situara en el centro de su filosofía de la cultura. En lugar de «algunos postulados abstractos», CASSIRER quiere partir de la «forma básica concreta de la vida intelectual»²⁴. En ella, solo se manifiesta el contenido del espíritu en sus expresiones sensiblemente perceptibles, sus objetivaciones²⁵. Según CASSIRER, estas objetivaciones son los símbolos²⁶. La «energía del espíritu [...], a través de la cual un contenido de significado espiritual se vincula a un signo perceptible concreto y se asigna interiormente a este signo», constituiría las formas simbólicas como el lenguaje, la religión, el arte, la ciencia, pero también el Derecho²⁷. A diferencia del idealismo abstracto²⁸, la filosofía de las formas simbólicas de CASSIRER admite por tanto explícitamente que «todo aquello a lo que llamamos “espiritual” debe encontrar en última instancia su realización concreta en una cosa sensible»²⁹. Pero –y esto es decisivo según CASSIRER– esta realidad sensible «no es una materia prima de simples “cualidades”, sino que siempre está ya impregnada y, por así decirlo, animada por ciertos actos de atribución de sentido»³⁰. Dicho de otro modo: los signos simbólicos no «existen» primeramente y solo a posteriori, más allá de este ser, obtienen un determinado significado. Su

²⁰ AYDIN, Gustav Radbruch, Hans Kelsen und der Nationalsozialismus, 2020, pp. 72 ss.; NEUMANN, Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit, 2021, pp. 98 ss., 114; WIEGAND, Unrichtiges Recht, 2004, p. 122; WISCHMEYER, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, p. 122.

²¹ RADBRUCH, «Rechtsphilosophie II», en KAUFMANN (ed.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, t. II, 1993 (reimp. de la 3ª ed., 1932), p. 222.

²² BINDER, «Der autoritäre Staat», *Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, (22), 1933, pp. 126 s.; LARENZ, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1931, pp. 68 s.

²³ AYDIN, Gustav Radbruch, Hans Kelsen und der Nationalsozialismus, 2020, pp. 82 ss.; DREIER, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 1986, p. 83; NEUMANN, Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit, 2021, pp. 106, 111.

²⁴ CASSIRER, «Philosophie der symbolischen Formen, 1. Teil», en RECKI (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XI, 2001, p. 45.

²⁵ CASSIRER, en RECKI (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XI, 2001, p. 16.

²⁶ CASSIRER, «Der Begriff der symbolischen Form im Aufbau der Geisteswissenschaften», en RECKI (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XVI, 2003, p. 78.

²⁷ CASSIRER, en RECKI (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XVI, 2003, p. 79.

²⁸ En contra, *vid.* CASSIRER, en RECKI (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XI, 2001, p. 45.

²⁹ CASSIRER, en RECKI (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XXII, 2006, p. 119.

³⁰ CASSIRER, en RECKI (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XXII, 2006, p. 123.

contenido, más bien, se disuelve «pura y totalmente en la función de significar»³¹. Aunque Kelsen se muestra partidario de la sustitución propuesta por Cassirer del pensamiento convencional de la sustancia por el pensamiento funcional, su concepto de símbolo, aunque constituye el fundamento sistemático de esta sustitución, no encontrará ninguna resonancia en Kelsen. Esto, claro está, no puede sorprender. No existe ningún puente que conecte el dualismo esquemático de Kelsen y su cientificismo con el pensamiento de la corporeidad de Cassirer, quien se sitúa con ello en los límites del hegelianismo.

A la tesis de Kelsen según la cual no existiría ningún procedimiento científico para decidir cuestiones valorativas con base en un «conocimiento objetivo»³², subyace asimismo una fijación unilateral por un ideal de objetividad propio de las ciencias naturales³³. Esta actitud lleva a Kelsen a entender los juicios de valor como la expresión de meros sentimientos o actitudes emocionales y, en consecuencia, como no susceptibles de verdad³⁴. Kelsen equipara así todas las diferencias concebibles entre distintos valores y excluye del ámbito de la razón cualquier debate sobre la fuerza de convicción material y legitimación de las normas³⁵. Así pues, el inmoderado ideal científico de exactitud kelseniano conduce a «la irracionalidad desnuda del decisionismo»³⁶. Para la teoría de la democracia de Kelsen, el partir de la «irracionalidad de lo político»³⁷ supone en última instancia asumir que las figuras normativas presupuestas, a saber, la igualdad recíproca y la tolerancia, no son más que creencias infundadas³⁸. Por último, en lo que se refiere a la teoría de la interpretación, este no cognitivismo normativo radical lleva a Kelsen a exigir que la ciencia del Derecho se limite a la yuxtaposición de los posibles significados de una norma jurídica, sin poder tomar partido por uno de los varios significados posibles³⁹. Así las cosas, resulta que justamente allí donde comienzan los problemas específicos de la interpretación jurídica, termina la teoría pura del Derecho⁴⁰, la cual acepta que la aplicación concreta de la ley se deje al «arbitrio

³¹ Cassirer, en Recki (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XI, 2001, p. 40.

³² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 137.

³³ Gutmann, «Kelsens Begriff normativer Begründung», en Özmen (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, 2017, pp. 56 ss. Sin embargo, Kelsen comparte este estrechamiento de miras y del espacio argumental con otro autor aún mayor, a saber, Max Weber, y con otro menor, a saber, Gustav Radbruch.

³⁴ Gutmann, en Özmen (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, 2017, pp. 58 s., con ulteriores referencias.

³⁵ Gutmann, en Özmen (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, 2017, p. 60.

³⁶ Gutmann, en Özmen (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, 2017, p. 61.

³⁷ Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, p. 286. Ya Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 1931, p. 50, advierte en Kelsen un «nihilismo político». La dirección de su crítica es, claro está, muy distinta a la de los críticos contemporáneos de Kelsen. Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 1931, pp. 49 s., reprueba esencialmente el hecho de que Kelsen «niega toda sustancia ética y espiritual del Derecho y del Estado», por lo que su teoría se habría mostrado como una expresión genuinamente filosófica de la «descomposición política», «que había alcanzado su punto álgido durante la democracia liberal de la posguerra».

³⁸ Gutmann, en Özmen (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, 2017, pp. 73 ss.; Pawlik, «Rechtsstaat und Demokratie in der Perspektive der Reinen Rechtslehre», en Brugger (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, p. 186; Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, p. 158; próximo Korb, *Kelsens Kritiker*, 2010, p. 195.

³⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 353. Crítico Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 147 ss.; Pawlik, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie* H. L. A. Harts, 1993, pp. 50 ss.; Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, pp. 156 s.; Somek, «Ermächtigung und Verpflichtung», en Paulson/Stolleis (eds.), *Hans Kelsen*, 2005, pp. 75 ss. Por el contrario, defendiendo a Kelsen Lippold, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, 1989, pp. 170 ss.

⁴⁰ Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, p. 148, Lembecke, «Staats(rechts)lehre oder Rechts(staats)lehre? Zum Rechtspositivismus bei Jellinek und Kelsen», en Schmidt (ed.), *Rechtspositivismus: Ursprung und Kritik*, 2014, p. 115.

de lo empírico»⁴¹. «Hoy en día, se puede afirmar con seguridad que alguien ha seguido un enfoque teórico equivocado»⁴².

2. El planteamiento de crítica de la ideología de Kelsen

Sin embargo, el cientificismo de KELSEN no se basa en última instancia en ninguna teoría científica, sino fundamentalmente en un planteamiento de crítica de la ideología⁴³. Al igual que prácticamente todos los juristas contemporáneos, KELSEN está convencido de que las diferencias entre las teorías jurídicas nunca son de naturaleza puramente técnico-dogmática, sino que tienen su raíz última en conflictos de cosmovisión⁴⁴. De hecho, llega incluso a suponer una conexión (no necesaria, pero sí típica) entre el carácter de una persona, su posición epistemológica y su posicionamiento de filosofía del Estado⁴⁵. Al tipo de carácter democrático, en lo que a la dimensión epistemológica se refiere, le corresponde el empirismo y, en un sentido práctico, una posición relativista en lo valorativo y positivista en lo jurídico. Por el contrario, el tipo autocrático se corresponde con una tendencia al absolutismo epistemológico, a la absolutización del Estado –tal y como KELSEN cree advertir en HEGEL–⁴⁶, y al Derecho natural⁴⁷. Como contemporáneo atento a lo político, Kelsen recalca de forma consecuente que el pleito que mantiene con sus rivales no se limita al lugar que habría de ocupar la jurisprudencia en el marco de la ciencia, y a las consecuencias resultantes, «como pareciera ser el caso, sino que se trata de la relación de la ciencia del Derecho con la política, de la nítida separación entre ambas; de la renuncia a la arraigada costumbre de defender demandas políticas en nombre de la ciencia del Derecho invocando, pues, una instancia objetiva; exigencias políticas que, en realidad, solo poseen un carácter subjetivo»⁴⁸. Se trata esta, pues, de una posición inequívocamente próxima al postulado de la libertad valorativa de Max WEBER⁴⁹.

KELSEN aspira poder ofrecer con su teoría pura del Derecho una teoría del Derecho «estrictamente jurídica, sin matiz político alguno»⁵⁰. No se trata de una teoría del Derecho, sino más bien de una teoría de la ciencia del Derecho⁵¹. Precisamente porque KELSEN –por cierto, en sorprendente sintonía con NIETZSCHE– advierte con claridad que ninguna norma superior puede determinar plenamente el contenido de su acto jurídico subordinado⁵², por lo que la aplicación del Derecho

⁴¹ DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, p. 152. KORB, *Kelsens Kritiker*, 2010, p. 235, señala la creciente proximidad al decisionismo de Carl SCHMITT que, por lo demás, es diametralmente opuesto a KELSEN.

⁴² Ejemplar KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 112.

⁴³ Ejemplar KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 112.

⁴⁴ CARRINO, *Die Normenordnung*, 1997, p. 86.

⁴⁵ KELSEN, *Staatsform und Weltanschauung*, 1933, pp. 7 ss.

⁴⁶ CARRINO, *Die Normenordnung*, 1997, p. 134, con ulteriores referencias.

⁴⁷ KELSEN, en KLECATSKY/MARCIC/SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, t. 2, 1968, p. 1924 s.; EL MISMO, *Staatsform und Weltanschauung*, 1933, pp. 10 ss. Crítico DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 274 ss.

⁴⁸ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 4 s.

⁴⁹ DREIER, «Der Preis der Moderne. Hans Kelsens Rechts- und Sozialtheorie», en ÖZMEN (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, 2017, p. 9.

⁵⁰ Vid. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 7.

⁵¹ Aclaratorio DREIER, en ÖZMEN (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, 2017, p. 9; FUNKE, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie*, 2004, pp. 76 s.; NOGUEIRA DIAS, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, 2005, p. 124; PAWLIK, «Die Lehre nach der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung», *Rechtstheorie*, (25), 1994, p. 455; SCHILD, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, p. 253.

⁵² KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 347.

nunca representa un mero procedimiento cognoscitivo, sino que tiene una dimensión de fijación de valor y, en esta medida, posee un carácter eminentemente político⁵³; aboga por el modelo de una ciencia del Derecho radicalmente despolitizada⁵⁴. Un tratamiento científico del Derecho de esta clase habría de limitarse, pues, a un análisis estrictamente formal. Si los enunciados sustantivos son inevitablemente valorativos y, por tanto, políticos en el sentido de Kelsen, lo único que queda para un tratamiento del Derecho libre de ambiciones políticas es la elucidación de las relaciones estructurales formales⁵⁵.

En consecuencia, ya en su escrito de Habilitación, publicado en 1911 bajo el título *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*, en agudo contraste con Jhering y su escuela, aboga por la eliminación del elemento de finalidad en la construcción conceptual jurídica⁵⁶. «La ciencia jurídica adopta siempre el punto de vista formal, sin pararse a investigar el fin social de las normas»⁵⁷. En vez de preguntarse, a qué aspira [ICV: el Derecho], la ciencia del Derecho habría de limitarse a indagar cómo, esto es, con qué medios, puede conseguirse un fin⁵⁸. Asimismo, Kelsen aboga por un estricto régimen de delimitación entre el Derecho y su entorno social. Es cierto que el Derecho y el Estado no serían sino «productos de cristalización en el curso de la vida social», por lo que habría de existir un punto «en el que el flujo de la vida social penetre constantemente en el cuerpo del Estado, un punto de transición en que los elementos amorfos de la sociedad se truequen en las formas fijas del Estado y el Derecho». Sin embargo, este punto de transición residiría exclusivamente en la legislación estatal; esta, pero solo esta, sería «por así decirlo, el cordón umbilical que une permanentemente el Estado (*Staatsgebilde*) a la matriz de la sociedad»⁵⁹. En la versión acabada de su teoría, Kelsen también hará hincapié en la actuación productiva, generadora del Derecho de las instancias jurídicas autoritativas (*autoritativen Rechtsinstanzen*)⁶⁰. Ahora bien, para el perfil teórico específico de la teoría pura del Derecho lo decisivo es la contracara de esta conclusión: la ciencia del Derecho debe mantenerse al margen de todo esto. Ya en los *Hauptproblemen*, Kelsen rechaza la afirmación de Jellinek según la cual sería imposible obtener resultados jurídicos científicamente sostenibles si se ignora por completo el contenido de las relaciones vitales⁶¹. No, refuta Kelsen: una ciencia del Derecho verdaderamente científica no puede ni debe ser otra cosa que una «geometría del fenómeno jurídico total»⁶².

En tanto que teoría de observación de segundo orden, la teoría del Derecho debe, por tanto, analizar los sistemas jurídicos como relaciones de creación del Derecho regidas por sus propias leyes, autoprogramadas y diferenciadas en niveles; al tiempo que mantiene la neutralidad

⁵³ Dreier, en Özmen (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, 2017, p. 25; Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, p. 229.

⁵⁴ Dreier, en Özmen (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, 2017, p. 25.

⁵⁵ Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, p. 175.

⁵⁶ Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, p. 175.

⁵⁷ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 275.

⁵⁸ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 209.

⁵⁹ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pp. 410 s.

⁶⁰ Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, p. 117.

⁶¹ Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, p. 43, citado en: Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pp. 93 s.

⁶² Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 93.

respecto de los contenidos jurídicos⁶³. El Derecho, pues, no se refiere a aquello que pudiera servir como el fundamento ontológico o como justificación extra-sistemática del propio Derecho⁶⁴. En el marco de la teoría pura del Derecho, pues, no hay espacio alguno para estructuras «lógico-objetivas» como la teoría pre-jurídica de la acción⁶⁵. Es evidente que la imagen del sistema jurídico presupuesto en esta definición de tareas no es desconocido por la historia, sino que presenta de forma inequívoca los rasgos del Estado institucional moderno (*Anstaltsstaat*), jerárquicamente estructurado, cuyo sistema de instancias crea, aplica y desarrolla el Derecho de forma cuasi empresarial⁶⁶. Es, en una palabra, el Estado burocrático en el sentido de Max WEBER el que subyace al planteamiento de Kelsen⁶⁷. LUHMANN considera a Kelsen con razón un teórico de la sociedad burguesa⁶⁸.

3. Positividad y normatividad como características del Derecho moderno

Así las cosas, el reto central al que se enfrentan los geómetras jurídicos en el sentido kelseniano es mostrar cómo puede concebirse el sentido normativo propio del Derecho en el marco de una plena positivización⁶⁹. Por un lado, habría de tener en cuenta que para la moderna ciencia del Derecho «solo puede considerarse Derecho, y, por tanto, concebirse como deber jurídico, aquello que las normas positivas estatuyen como tal, sin que este concepto pueda basarse, de ningún modo, en los postulados de la moral, de las buenas costumbres, de la religión o de la cultura»⁷⁰. En esta medida, la teoría pura del Derecho sería una teoría del Derecho realista radical⁷¹. Ahora bien, Kelsen concibe el hallazgo de la positivización no solo en una constatación puramente descriptiva, sino que al mismo tiempo advierte en aquel el punto final de un largo proceso de racionalización⁷²; una interpretación histórica que muestra paralelismos inconfundibles con la de Max WEBER. Ambas interpretaciones presentan elementos de especulación metafísica⁷³ que, sin embargo, en la presentación unilineal-positiva de Kelsen están privados de la tensión dialéctica entre promoción y puesta en peligro de la libertad humana que caracteriza a la teoría del desarrollo de WEBER.

⁶³ GUTMANN, en ÖZMEN (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, 2017, p. 54; PAWLIK, en BRUGGER (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, pp. 170 ss.; EL MISMO, *Rechtstheorie*, (25), 1994, pp. 464 s.

⁶⁴ CARRINO, *Die Normenordnung*, 1997, p. 174.

⁶⁵ KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, p. 233; SCHILD, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, p. 260.

⁶⁶ DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, p. 104; EL MISMO, *Kelsen im Kontext*, 2019, p. 391; PAWLIK, en BRUGGER (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, pp. 174 ss.

⁶⁷ CARRINO, *Die Normenordnung*, 1997, p. 150; en este sentido también SOMEK, en PAULSON/STOLLEIS (ed.), *Hans Kelsen*, 2005, pp. 64 s.

⁶⁸ LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 2*, 1975, p. 194.

⁶⁹ Al respecto, en detalle DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 24 ss.

⁷⁰ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 328.

⁷¹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 29; EL MISMO, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 112.

⁷² DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 92 ss.; EL MISMO, en ÖZMEN (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, 2017, pp. 4 ss.

⁷³ En relación con WEBER: GEPHART, *Gesellschaftstheorie und Recht: das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne*, 1993, pp. 530 s.; UECKER, *Die Rationalisierung des Rechts*, 2005, p. 80. En referencia a Kelsen: KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, p. 174.

Sin embargo, la teoría del Derecho no habría de dejarse llevar por la tentación de entender el Derecho en términos puramente causalistas, es decir, de reducir los actos legislativos al estatus de medios «para conseguir un determinado comportamiento de las personas a las que se dirigen estos actos, como causas de determinados efectos»⁷⁴; más bien, habría de tomar en serio al ordenamiento jurídico en «la legalidad propia de su contenido dotado de sentido»⁷⁵. Por mucho que KELSEN valore las ciencias naturales como modelos de exactitud e impermeabilidad a lo valorativo, se resiste rotundamente a trasladar a la ciencia del Derecho el patrón de interpretación «causalista» que las caracteriza⁷⁶. Contrariamente a las teorías del Derecho realistas, los juicios jurídicos que afirman que uno debe comportarse de una determinada manera no pueden reducirse a afirmaciones sobre hechos presentes o futuros del ser, como el hecho de que ciertas personas quieran que uno se comporte de una determinada manera. Más bien, aquellas se refieren «al sentido específico que tienen los hechos reales consistentes en tales actos de voluntad; y el deber, la norma, que es justamente ese sentido, es algo distinto de la realidad de ese hecho de voluntad»⁷⁷.

Cuando KELSEN decide adoptar en el plano de la teoría del Derecho la perspectiva normativa de la ciencia del Derecho dogmática, en vez de relativizarla en un sentido jurídico-realista, es consciente de que no se trata de una decisión que venga en absoluto impuesta⁷⁸. Todavía más, aquella decisión, como reconoce KELSEN, no está exenta de peligros. El juicio según el cual algo está jurídicamente normado nunca estaría «complementa libre de la idea de que es tan bueno, tan correcto o tan justo»⁷⁹; pues ningún sistema jurídico presenta su pretensión de validez subjetiva como moralmente indiferente o incluso inmoral⁸⁰. Siguiendo a STAMMLER, RADBRUCH tomará al pie de la letra esta autodefinición del Derecho positivo y, basándose en ella, se aventurará a dar un prudente paso más allá de una comprensión puramente positivista del Derecho. No obstante, para KELSEN, asumir cualquier pretensión de legitimidad suprapositiva amenaza con frustrar la demanda fundamental de una visión consecuentemente positivista del Derecho: el saber que, tras el velo tejido por la sofisticación técnico-dogmática y las exageraciones ideológicas, en última instancia, «la cabeza de la Gorgona del poder» siempre mira fijamente al observador⁸¹.

Este saber, del que el jurista nunca puede liberarse, excluye categóricamente según KELSEN la atribución de validez suprapositiva («moral») al Derecho positivo. En particular, la famosa y controvertida norma fundamental de KELSEN está lejos de abogar por una sobreexaltación moralizante del Derecho positivo. La norma básica, que según KELSEN debe presuponer cualquiera que quiera interpretar un orden coactivo efectivo –en la terminología del propio KELSEN: ampliamente efectivo– como un orden jurídico, es decir, que quiera participar en el juego de lenguaje del Derecho⁸², no le otorga al Derecho «una normatividad originaria en el sentido de

⁷⁴ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 44; EL MISMO, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 108.

⁷⁵ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 44.

⁷⁶ DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 27, 105.

⁷⁷ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 110 s.

⁷⁸ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 47.

⁷⁹ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 47.

⁸⁰ KELSEN, *Vergeltung und Kausalität*, 1941, p. 57.

⁸¹ KELSEN, «Diskussionsbeitrag», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, (3), 1927, pp. 54 s.

⁸² Paradigmático KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 204 s.; EL MISMO, «Recht, Rechtswissenschaft und Logik», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (52-4), 1966, 547 s. En detalle DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 42 ss.; KERSTING, «Neukantianische Rechtsbegründung», en

una justificación general de la vinculatoriedad del deber; por el contrario, simplemente asume esta normatividad». De hecho, sin tal asunción, el Derecho se diluiría en un mero *factum brutum*⁸³. Así pues, la positividad del Derecho solo es, siempre según Kelsen, capaz de soportar una fuerza vinculante «como-si»⁸⁴, siendo que la decisión moral propia del individuo de cumplir o no un precepto del Derecho positivo no está preformada por aquella.

Ahora bien ¿por qué la teoría pura del Derecho se compromete con un determinado enfoque normativo, aunque esté completamente despojada de su carácter legitimador? La justificación de Kelsen es asombrosamente pragmática. Se contenta con invocar «el hecho milenario de la ciencia del Derecho», cuyas necesidades intelectuales perfectamente legítimas merecerían ser satisfechas⁸⁵. Al igual que el neokantiano de Marburgo, Hermann Cohen⁸⁶, quien argumentó en un sentido similar a fin de legitimar su transformación de la epistemología kantiana en una teoría de la reflexión de las ciencias existentes⁸⁷; Kelsen también renuncia a presentar su teoría como filosófica-trascendental en el sentido kantiano⁸⁸. Al igual que Cohen, Kelsen rebaja la filosofía trascendental a una teoría de la ciencia que se limita al análisis presuposicional de las proposiciones científicas⁸⁹.

Dicho esto, ¿está Kelsen al menos a la altura de su pretensión pragmática? ¿consigue elevar la práctica milenaria que invoca al concepto de teoría jurídica? Las dudas al respecto también están justificadas, pues la jurisprudencia tradicional no se veía a sí misma como positivista jurídica en el sentido de Kelsen, sino –pese a las inexactitudes propias de tales categorizaciones aproximadas– mucho más como Derecho natural⁹⁰. Por lo tanto, es en el mejor de los casos el horizonte de comprensión de su época, caracterizado por un Derecho concebido de forma

Alexy/Meyer et al. (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, pp. 58 ss.; Lemcke, en Schmidt (ed.), *Rechtspositivismus: Ursprung und Kritik*, 2014, pp. 107 ss. (los paralelismos con el «juego del lenguaje»); Pawlik, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts*, 1993, pp. 151 ss.; El mismo, *Rechtstheorie*, (25), 1994, 452 ss., 464 ss.

⁸³ Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 49 s.; asimismo Kersting, en Alexy/Meyer et al. (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, p. 66.

⁸⁴ Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, p. 50.

⁸⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, pp. 47 s.; El mismo, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 110 s.

⁸⁶ El propio Kelsen reconoce la importancia del pensamiento de Cohen en su obra en: Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 17. Aludiendo a los paralelismos resultantes Paulson, «Der fin de siècle Neukantianismus und die deutschsprachige Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts», en Alexy/Meyer et al. (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, p. 19.

⁸⁷ Al respecto Holzhey, «Erster Teil», en El mismo/Röd, *Die Philosophie des ausgehenden 19. und des 20. Jahrhunderts 2*, 2004, pp. 47 ss.; Pascher, *Einführung in den Neukantianismus*, 1997, pp. 55 ss., 85.

⁸⁸ A ello recurre en la presentación de su teoría de la norma fundamental (Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 204 s.). En defensa de la terminología de Kelsen: Lippold, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, 1989, pp. 63 ss. Por el contrario, como aquí Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 88 s.; Heidemann, «Das “Faktum der Rechtswissenschaft” bei Hans Kelsen», en Jestaedt/Poscher et al. (eds.), *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand*, 2020, p. 96; Paulson, «Zwei radikale Objektivierungsprogramme in der Rechtslehre», en Paulson/Stolleis (eds.), *Hans Kelsen*, 2005, pp. 196 ss.; El mismo, «Ein “starker Intellektualismus”: Badener Neukantianismus und Rechtsphilosophie», en Senn/Puskás (eds.), *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?*, 2007, pp. 97 s.; El mismo, en Alexy/Meyer et al. (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, pp. 18 ss.; Kersting, en Alexy/Meyer et al. (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, pp. 64 s.; Krijnen, «Neukantianismus und neukantianische Rechtsphilosophie», en Pawlik/Stuckenberg et al. (eds.), *Strafrecht und Neukantianismus*, 2023, pp. 33 s. En el resultado, asimismo, vid. ya Hobenauer, «Der Neukantianismus und seine Grenzen als Gesellschafts- und Rechtsphilosophie», *Blätter für deutsche Philosophie*, (2-29), 1928, p. 335.

⁸⁹ Heidemann, «Geltung und Sollen: Einige (neu-)kantianische Elemente der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens», en Alexy/Meyer et al. (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, p. 206.

⁹⁰ Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, pp. 113, 228, 279.

puramente positivista, al que puede referirse Kelsen. Sin embargo, la mencionada contraposición, que se extiende desde STAMMLER a RADBRUCH y llega hasta nuestros días, demuestra que incluso en estas condiciones no resulta en absoluto evidente pensar el Derecho sin (al menos una pretendida) referencia a la justicia. El movimiento de Kelsen requiere, por tanto, una premisa adicional, genuinamente valorativa, que la justifique: la suposición de que la responsabilidad moral del individuo por el sí o el no al cumplimiento del Derecho se ve especialmente acentuada al conceptualizarla de este modo⁹¹. Ahora bien, con ello queda ya desde un principio obsoleta la pureza teórica reivindicada por Kelsen. En realidad, Kelsen demuestra que no está dispuesto a orientarse por conceptos convencionales, ni en su forma de entender el Derecho, ni en los niveles inferiores del sistema. Al contrario, en ocasiones aboga por una reinterpretación tan drástica de los conceptos jurídicos básicos que algún intérprete ha descrito su teoría como una «teoría *logicística* del Derecho natural»⁹². El concepto de injusto⁹³ de Kelsen, paradigmático de su planteamiento, conduce asimismo a una considerable superación del entendimiento de injusto convencional⁹⁴.

4. La relación entre el injusto y la sanción

Cuando Kelsen se refiere al fin del ordenamiento jurídico, lo hace de un modo notablemente convencional. Aquel consistiría en conseguir que las personas se comportaran, gracias a la representación de un mal que les amenaza en caso de que se produzca un determinado comportamiento que la autoridad jurídica considera socialmente indeseable, de forma contraria a dicho comportamiento⁹⁵. Sin embargo, para Kelsen, solo al legislador le compete asumir un punto de vista teleológico como este⁹⁶. En cambio, este sería absolutamente irrelevante para una teoría, como la teoría pura del Derecho, que se centra en el sentido inmanente del ordenamiento jurídico⁹⁷. Esta, más bien, asume o comparte el punto de vista del juez. «Al igual que éste, la teoría jurídica formal solo tiene por qué indagar la voluntad del Estado, es decir, comprobar cómo quiere obrar el Estado, en ciertas y determinadas circunstancias»⁹⁸. Este cambio de perspectiva, como Kelsen señala, tiene consecuencias de gran calado. En particular, torna obsoleta la caracterización habitual del injusto como infracción o violación de las normas. Por consiguiente, Kelsen rechaza *ab initio* la teoría de las normas de BINDING, basada en la independencia de las normas respecto del Derecho penal⁹⁹. Afirma que, en última instancia, a BINDING solo le

⁹¹ En este sentido DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 23, 173 s., 182 s., 234.

⁹² CARRINO, *Die Normenordnung*, 1997, p. 120. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, p. 118, da constancia de que Kelsen se aleja, siendo consciente de ello, de las reglas jurídicas positivas, que serían ocultadas mediante definiciones propias de la teoría del Derecho. De forma más clara SCHILD, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, p. 113, quien caracteriza la teoría pura del Derecho como «una mezcolanza artificial (en tanto que construida) de epistemología, teoría científica y pedazos de la comprensión del Derecho existente hasta la fecha».

⁹³ [N.d.T]: *Unrecht* como injusto.

⁹⁴ DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, p. 204.

⁹⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 41; EL MISMO, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 118. En detalle DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 141 ss.; PAWLIK, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts*, 1993, pp. 67 ss.

⁹⁶ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 284.

⁹⁷ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 118.

⁹⁸ Esta era la primera formulación, todavía no plenamente desarrollada en: Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 285.

⁹⁹ Crítico al respecto HILLIGER, *Das Rechtsdenken Karl Bindings und die „Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens“*, 2018, pp. 249 s.

preocuparía una cosa en esta «famosa y discutidísima teoría»¹⁰⁰: salvar el uso tradicional del lenguaje¹⁰¹. Sin embargo, no hay disciplina en la que sea más arriesgado adoptar tal orientación que en la jurisprudencia. «En ningún otro campo se aleja la terminología de la esencia de los fenómenos tanto como aquí, donde no se trata de captar por medio de conceptos los objetos del mundo material, sino relaciones extraordinariamente sutiles y en que hasta el especialista encuentra dificultades para penetrar»¹⁰².

Para Kelsen, lesionar (*verletzen*) o infringir (*übertreten*) una norma significa mostrar un comportamiento contrario al fin de dicha norma. Todo injusto fáctico es, por tanto, un fracaso del fin social del ordenamiento jurídico y debilita su «validez en cuanto al ser» (*Seins-Geltung*)¹⁰³. Ahora bien, lo que se «quebraría» o «lesionaría» sería únicamente el estado fáctico de paz, el orden fáctico. La forma de existencia específica de una norma, su «validez en cuanto al deber ser»¹⁰⁴, no se «quebraría» o «lesionaría» a través del comportamiento que se opone; aquí residiría la «soberanía jurídica del ordenamiento jurídico». No importa con qué frecuencia se produzca realmente el hurto, el enunciado según el cual no debería hurtarse permanece inalterado¹⁰⁵. El injusto tampoco representa una excepción a la regla, una anomalía, algo patológico¹⁰⁶. Por el contrario, según el enfoque específicamente jurídico que encarna la persona del juez, el ordenamiento jurídico solo interviene en caso de antijuridicidad (*Rechtswidrigkeit*). «Aquel conmina con las correspondientes consecuencias jurídicas en caso de comportamiento antijurídico, sin intervenir para nada cuando las cosas se desarrollan conforme a Derecho»¹⁰⁷. También Hegel rechaza la idea de que el injusto por sí solo sea algo negativo. Sin embargo, el problema de donde brota esta afirmación es diametralmente opuesto al posicionamiento de Kelsen. A Hegel le preocupa el desarrollo de un estado de libertad real; el injusto opera como una ocasión para que la comunidad en Derecho comprenda su identidad normativa. Kelsen, en cambio, ni siquiera está dispuesto a conceder a esta cuestión un estatus filosófico; más bien, la descarta *a limine* como sociológica y, por tanto, jurídicamente irrelevante¹⁰⁸.

Por supuesto, Kelsen tiene una razón teórica de peso para asumir esta estrategia de delimitación. Es su compromiso con la perspectiva propia del juez lo que le permite asignar al injusto un lugar dentro de su «geometría del fenómeno jurídico total». Según una declaración programática en *Reinen Rechtslehre*, conceptualizar algo jurídicamente significa tanto como entenderlo como Derecho, «y esto significa: como norma jurídica o como contenido de una norma jurídica, como algo determinado por una norma jurídica»¹⁰⁹. Esto valdría igualmente para el concepto de injusto¹¹⁰. Como negación del Derecho, quedaría fuera del sistema del Derecho y del conocimiento jurídico; «el injusto no sería un concepto jurídico, porque no sería objeto del

¹⁰⁰ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 270.

¹⁰¹ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 271.

¹⁰² Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pp. 271 s.

¹⁰³ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pp. 231 s. En su obra posterior, Kelsen hablará en cambio de «eficacia» (*Wirksamkeit*).

¹⁰⁴ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 232.

¹⁰⁵ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pp. 273 s.; EL MISMO, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 118 s.

¹⁰⁶ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 343.

¹⁰⁷ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 53.

¹⁰⁸ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 272.

¹⁰⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 72.

¹¹⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 39; EL MISMO, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 119.

conocimiento de las normas de Derecho y de sus contenidos»¹¹¹. Sin embargo, al concebir la ciencia del Derecho el injusto como «el comportamiento de una persona precisado en la proposición jurídica como condición, y contra el cual va dirigido el acto coactivo previsto como consecuencia en dicha proposición jurídica», aquella acaba por convertir el injusto, consistente en una negación de la proposición jurídica, en una condición específica del Derecho y, solo entonces, en un objeto posible del conocimiento jurídico¹¹². Kelsen pareciera estar tan orgulloso de esta definición que compara su planteamiento con el método de la teodicea, que, en su intento de comprender el mundo como un sistema del bien, también habría transformado el mal, concebido como una negación del bien, en una condición de su triunfo¹¹³. El hegeliano Hugo Hälschner ya había efectuado una comparación similar un tiempo atrás. En el caso de Hälschner, sin embargo, aquella sirve para confirmar la convicción básica hegeliana de la razonabilidad del mundo; en este sentido, opera realmente como una nueva versión secular de la teodicea. En cambio, a Kelsen solo le preocupa el rigor de una construcción formal; nada se afirma sobre el estado del mundo.

Sin embargo, la construcción de Kelsen conduce a una inversión –respecto de la visión tradicional– de la relación entre injusto y acto coactivo. Según Kelsen, una acción u omisión no está vinculada a un acto coactivo como consecuencia jurídica del hecho antijurídico porque constituya un injusto. Más bien, solo se califica como injusto porque se convierte en condición de un acto coactivo establecido por el ordenamiento jurídico¹¹⁴. Kelsen considera que el concepto de injusto así entendido está purificado de toda connotación moral. Si un determinado comportamiento solo debe considerarse injusto porque el ordenamiento jurídico positivo lo convierte en condición de un acto coactivo, entonces es imposible basar su naturaleza de injusto en una cualidad inmanente, o en una relación con una norma metajurídica. «Desde el punto de vista de una teoría del Derecho positivo, no hay hecho alguno que, en sí y de por sí, es decir, sin consideración de la consecuencia que estatuye para él el ordenamiento jurídico, sea un acto ilícito o delito. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibita*»¹¹⁵.

Ahora bien, el precio que Kelsen ha de pagar por esta andanada al Derecho natural no es menor: el concepto de injusto pierde así todo contorno sustantivo. No es más que el nombre que se otorga a la totalidad de los presupuestos legales para la imposición de una sanción¹¹⁶. Un concepto de injusto como este, claro está, no permite ulteriores diferenciaciones internas¹¹⁷. Es, pues, absolutamente consecuente el que Kelsen conciba la culpabilidad como un elemento integrante del tipo de injusto. Aunque son muchos los teóricos del Derecho penal, por ejemplo, los hegelianos, que también han concebido así la culpabilidad, entre aquellos, esta conclusión emana de la relación de sentido material del Derecho penal y la pena, mientras que en el caso de Kelsen resulta precisamente de la negativa a diferenciar en atención al contenido. Así las cosas, el concepto de injusto de Kelsen tiene más bien poco que ofrecer a la ciencia del Derecho penal¹¹⁸. Aquello que se ha afirmado respecto de la teoría de la interpretación de la teoría pura del Derecho

¹¹¹ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 51.

¹¹² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 39.

¹¹³ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 79; EL MISMO, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 39; EL MISMO, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 119.

¹¹⁴ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 117.

¹¹⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 117 s.

¹¹⁶ Así ya Wielikowski, *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie*, 1914, p. 173.

¹¹⁷ Schild, *Die Reine Rechtslehren Kelsens*, 2021, p. 264.

¹¹⁸ Asimismo Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, p. 243.

vale igualmente para su comprensión del injusto: donde comienzan los problemas sustantivos de la ciencia del Derecho, termina la teoría de Kelsen.

Bien mirado, la comprensión del injusto de Kelsen no es solo infértil desde un punto de vista analítico, sino que lleva asimismo a consecuencias inasumibles. Ello se explica por el concepto extraordinariamente amplio de autorización (*Ermächtigungsbegriff*) de Kelsen, quien entiende por autorización no solo la capacidad de establecer, modificar o abolir normas, sino también la capacidad de realizar actos jurídicamente relevantes *per se*¹¹⁹. Por lo tanto, dicha autorización también es necesaria para establecer la capacidad de realizar actos jurídicos con el significado de «injusto». Kelsen se refiere a este poder jurídico como capacidad delictual¹²⁰, aunque para Kelsen estar autorizado significa actuar como un órgano de la comunidad constituida a su vez por el orden al que pertenece la norma de autorización correspondiente¹²¹. El comportamiento al que una comunidad en Derecho le otorga el significado «injusto» sería por tanto imputable a esta comunidad en Derecho misma; todo hurto sería en última instancia un acto del Estado¹²². Es claramente comprensible que no quiera llegar a esta conclusión; sin embargo, a lo máximo que llega Kelsen en defensa de su planteamiento es a apuntar que existiría una «cierta tendencia» a atribuir a la comunidad en Derecho solo lo permitido, pero no el comportamiento prohibido¹²³. Tal afirmación no resiste los estándares de fundamentación exigidos por Kelsen; sin embargo, pone a las claras que incluso un teórico puro del Derecho no puede evitar en algún momento comprometerse con la autocomprensión sustantiva de la práctica que está analizando¹²⁴.

El concepto de injusto de Kelsen está sujeto a una tercera objeción. ¿Está Kelsen en disposición siquiera de mostrar la diferencia entre comportamiento permitido y prohibido sin recurrir tácitamente a premisas adicionales, impuras, en tanto que sustantivas o de contenido? Tomando el ejemplo de H. L. A. Hart, tanto una multa como una liquidación de impuestos obligan al ciudadano a pagar una determinada suma de dinero a una institución estatal o designada por el Estado. Sin embargo, solo la multa expresa un juicio social de desvaloración, mientras que dicha intención es ajena a la reclamación fiscal. Ahora bien, en la visión proceduralista de Kelsen, como muestra Hart, el Derecho fiscal y el Derecho penal son únicamente relevantes en tanto que presupuestos de una decisión judicial. Por lo tanto, Kelsen solo puede captar la diferencia entre ambos si no vincula el concepto de sanción a un comportamiento humano, sino que lo reserva para las acciones «socialmente indeseables»¹²⁵. Esta valoración, sin embargo, requiere de nuevo un recurso a una práctica social, lo que sería según Kelsen metodológicamente inadmisibile¹²⁶.

En un punto posterior de la *Reinen Rechtslehre*, Kelsen intenta evitar esta dificultad estableciendo una distinción entre sanciones -castigo y ejecución- cuya imposición «se basa en el *principio de*

¹¹⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 150 s.

¹²⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 151.

¹²¹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 155.

¹²² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 155 s.

¹²³ Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, p. 268.

¹²⁴ Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, 2021, p. 268.

¹²⁵ Cf. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 42.

¹²⁶ Hart, *The Concept of Law*, 1961, p. 39; EL MISMO, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, pp. 299 ss.; al respecto, en detalle Pawlik, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts*, 1993, pp. 76 ss., allí también acerca del intento de Lippold por defender a Kelsen (Lippold, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, 1989, pp. 112 s.). Por cierto, la crítica de Hart fue adelantada nada menos que por Carl Schmitt (Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 2ª ed., 1993, pp. 15 s.), también sobre la base del paralelismo de una disposición penal con una ley tributaria.

retribución, que es decisivo para la coexistencia social¹²⁷ y otros actos coactivos que no se basan en el criterio de la indeseabilidad social, sino solo en si un acto u omisión está entre las condiciones del acto coactivo establecido por el ordenamiento jurídico (entonces sanción) o no (entonces otro acto coactivo)¹²⁸. Sin embargo, Kelsen se lo pone demasiado fácil a sí mismo con esta categorización. En particular, no capta las medidas de seguridad de naturaleza preventiva: se trata de actos coactivos que están vinculados a las acciones pasadas del destinatario, pero que no sancionan estas acciones por su reprochabilidad, sino que se tienen en cuenta como indicios de la peligrosidad futura del autor. Para diferenciar los actos coactivos sancionadores de los preventivos es imposible soslayar la cuestión decididamente desterrada por Kelsen del fin de la medida en cuestión: ¿están destinadas a retribuir o censurar injustos pasados o a prevenir peligros futuros?

Por tanto, contrariamente a lo que afirma Kelsen¹²⁹, no es posible clasificar la pena sin recurrir a consideraciones finalísticas. Kelsen cataloga la pena en su *Reinen Rechtslehre* en el tipo de sanción como algo evidente toma como referencia la catalogación tradicional¹³⁰. Sin embargo, aquella refleja un determinado fin, a saber, un propósito retributivo¹³¹, que no solo es rechazado enérgicamente por muchos de los penalistas contemporáneos de Kelsen, sino también por él mismo. En *Vergeltung und Kausalität* exige enérgicamente que se abandone en el Derecho penal la «ideología de la retribución»¹³², metafísicamente contaminada, y que la idea de la prevención sustituya al «mito de la retribución»¹³³, con consecuencias de gran alcance para las condiciones de la responsabilidad penal, como el propio Kelsen reconoce¹³⁴.

Los ejemplos de las medidas de seguridad y del castigo nos muestran que Kelsen solo puede pretender una cierta plausibilidad *ad hoc* para su tipología de los actos coactivos y su concepto de injusto, que está indisolublemente ligado a esta tipología, porque reduce artificialmente el campo de los fenómenos jurídicos a cubrir y basa además su categorización en una cierta precomprensión, históricamente germinada, de su contenido dotado de sentido. Sin embargo, a través de su teoría no es capaz de poner de manifiesto o incluso reconocer críticamente los fines implícitos en ella, como sí podría, según la crítica de Hegel, hacerlo Kant a través del imperativo categórico y su concepto de Derecho. Esta constatación no resta un ápice de admiración por la elegancia minimalista de la estructura teórica de Kelsen. Sin embargo, demuestra que el «coloso»¹³⁵ Kelsen se excedió en su intento de garantizar la independencia del Derecho respecto de su entorno social.

¹²⁷ Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, p. 109.

¹²⁸ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 114.

¹²⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 114.

¹³⁰ En este mismo sentido, Grünhut, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, p. 27; EL MISMO, «Methodische Grundlagen der Heutigen Strafrechtswissenschaft», en Grünhut et al. (eds.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, t. I, 1930, p. 7.

¹³¹ Lippold afirma que, en el contexto de la teoría jurídica, Kelsen solo entiende por «retribución» el hecho de que la pena presupone la realización del tipo de una norma (Lippold, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, 1989, p. 204). Sin embargo, lo mismo ocurre con las medidas de seguridad. Por lo tanto, un concepto tan minimalista de retribución para caracterizar la pena se quedaría en cualquier caso corto. De hecho, la precomprensión de la práctica del Derecho penal no se limita a esto, sino que también exige que el comportamiento del autor sea reprochable.

¹³² Kelsen, *Vergeltung und Kausalität*, 1941, p. 262.

¹³³ Kelsen, *Vergeltung und Kausalität*, 1941, p. 253.

¹³⁴ Kelsen, *Vergeltung und Kausalität*, 1941, p. 262 s.

¹³⁵ Así Paulson, en Senn/Puskás (eds.), *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?*, 2007, p. 90.

5. Bibliografía

AYDIN, *Gustav Radbruch, Hans Kelsen und der Nationalsozialismus*, Nomos, Baden-Baden, 2020.

BINDER, «Der autoritäre Staat», *Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, (22), 1933, pp. 126-160.

CARRINO, *Die Normenordnung: Staat und Recht in der Lehre Kelsens*, Springer, Wien, 1997.

CASSIRER, «Zur Logik des Symbolbegriffs», en RECKI (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XXII, Felix Meiner, Hamburg, 2006, pp. 112-139.

———, «Der Begriff der symbolischen Form im Aufbau der Geisteswissenschaften», en RECKI (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XVI, Felix Meiner, Hamburg, 2003, pp. 75-104.

———, «Philosophie der symbolischen Formen. 1. Teil», en RECKI (ed.), *Ernst Cassirer Werke*, t. XI, Felix Meiner, Hamburg, 2001, pp. 1-300.

DREIER, *Kelsen im Kontext*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

———, «Der Preis der Moderne. Hans Kelsens Rechts- und Sozialtheorie», en ÖZMEN (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 3-28.

———, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Nomos, Baden-Baden, 1986.

FUNKE, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

GEPHART, *Gesellschaftstheorie und Recht: das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993.

GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Mohr, Tübingen, 1926.

———, «Methodische Grundlagen der Heutigen Strafrechtswissenschaft», en GRÜNHUT *et al.* (eds.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, t. I, Scientia, Aalen, 1930, pp. 1-32.

GUTMANN, «Kelsens Begriff normativer Begründung», en ÖZMEN (ed.), *Hans Kelsens Politische Philosophie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 51-78.

HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983.

———, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts: Werke*, t. VII, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1820.

HEIDEMANN, «Das "Faktum der Rechtswissenschaft" bei Hans kelsen», en JESTAED/POSCHER *et al.* (eds.), *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand*, Franz Steiner, Stuttgart, 2020, pp. 81-98.

———, «Geltung und Sollen: Einige (neu-)kantianische Elemente der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens», en ALEXY/MEYER *et al.* (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 203-222.

HILLIGER, *Das Rechtsdenken Karl Bindings und die „Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens“*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.

HOBENAUER, «Der Neukantianismus und seine Grenzen als Gesellschafts- und Rechtsphilosophie», *Blätter für deutsche Philosophie*, (2-29), 1928.

HOLZHEY, «Erster Teil», en EL MISMO/RÖD, *Die Philosophie des ausgehenden 19. und des 20. Jahrhunderts* 2, C. H. Beck, München, 2004, pp. 13-132.

JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, A. Hölder, Wien, 1880.

KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien, 1979.

———, «Justitz und Verwaltung», en KLECATSKY/MARCIC/SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, t. I, t. II, Franz Steiner, Stuttgart, 1968, pp. 1459-1484.

———, «Recht, Rechtswissenschaft und Logik», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (52-4), 1966, pp. 1459-1484.

———, *Reine Rechtslehre*, 2^a ed., Franz Deuticke, Wien, 1960.

———, *Vergeltung und Kausalität*, W. P. Van Stockum, Den Haag, 1941.

———, *Reine Rechtslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008 (reimp. de la 1^a ed., 1934).

———, *Staatsform und Weltanschauung*, Mohr, Tübingen, 1933.

———, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mohr, Tübingen, 2^a ed. 1928.

———, «Diskussionsbeitrag», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, (3), 1927, pp. 54 ss.

———, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1925.

———, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1911.

KERSTING, «Neukantianische Rechtsbegründung», en ALEXY/MEYER *et al.* (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 23-68.

KORB, *Kelsens Kritiker*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

KRIKZEN, «Neukantianismus und neukantianische Rechtsphilosophie», en PAWLIK/STUCKENBERG *et al.* (eds.), *Strafrecht und Neukantianismus*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, pp. 1-36.

LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1931.

LEMBCKE, «Staats(rechts)lehre oder Rechts(staats)lehre? Zum Rechtspositivismus bei Jellinek und Kelsen», en SCHMIDT (ed.), *Rechtspositivismus: Ursprung und Kritik*, Nomos, Baden-Baden, 2014, pp. 83-134.

LIPPOLD, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, Springer, Wien, 1989.

LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 2*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1975.

W. LÜBBE, *Legitimität kraft Legalität*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1991.

NEUMANN, *Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021.

NOGUEIRA DIAS, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

PASCHER, *Einführung in den Neukantianismus*, W. Fink, München, 1997.

PAULSON, «Ein „starker Intellektualismus“: Badener Neukantianismus und Rechtsphilosophie», en SENN/PUSKÁS (eds.), *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?*, Franz Steiner, Wien, 2007, pp. 83-104.

———, «Zwei radikale Objektivierungsprogramme in der Rechtslehre», en EL MISMO/STOLLEIS (eds.), *Hans Kelsen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 196 ss.

———, «Der fin de siècle Neukantianismus und die deutschsprachige Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts», en ALEXY/MEYER *et al.* (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 223-252.

PAWLIK, «Rechtsstaat und Demokratie in der Perspektive der Reinen Rechtslehre», en BRUGGER (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 1996, pp. 167 ss.

———, «Die Lehre nach der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung», *Rechtstheorie*, (25), 1994, pp. 451 ss.

———, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

RADBRUCH, «Rechtsphilosophie II», en KAUFMANN (ed.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, t. II, C. F. Müller, Heidelberg, 1993 (reimp. de la 3^a ed., 1932).

ROSS, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, Levin & Munksgaard, Leipzig, 1933.

SANDKÜHLER, «Natur des Rechts und Relativismus im Recht», en ALEXY/MEYER *et al.* (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 127-156.

SCHELER, *Schriften zur Anthropologie*, Reclam, Leipzig, 1994.

SCHILD, *Die Reine Rechtslehre Kelsens*, Dr. Kovač, Hamburg, 2021.

CARL SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 2^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

SOMEK, «Ermächtigung und Verpflichtung», en PAULSON/STOLLEIS (eds.), *Hans Kelsen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 75 ss.

THIERFELDER, *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage*, Mohr, Tübingen, 1934.

UECKER, *Die Rationalisierung des Rechts*, Wissenschaftlicher Verlag Berlin, Berlin, 2005.

WIEGAND, *Unrichtiges Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

WIELIKOWSKI, *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1914.

Nereida Bueno-Guerra
Universidad Pontificia Comillas

Laura Serranos-Minguela
Universidad Pontificia Comillas

Javier Gómez Lanz
Universidad Pontificia Comillas

¿Atenuación por pedofilia de la responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos sexuales contra menores?

Análisis psicológico de su fundamentación en las resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo

Sumario

La pedofilia es la atracción sexual hacia niños prepúberes; si bien no es un sinónimo de pederastia ni entraña la comisión de delitos sexuales, es usual que ambos fenómenos se confundan en referencias informales. Su caracterización clínica es debatida (puede interpretarse como trastorno parafilico, cronofilia o interés sexual atípico), pero su diagnóstico adquiere relevancia en la valoración de la imputabilidad de quien ha cometido un delito contra la libertad sexual de un menor de edad, pues se invoca para alegar una alteración de su capacidad. En este trabajo se analizan 29 sentencias españolas en las que tal diagnóstico conduce a estimar una atenuante o una eximente incompleta y se examinan los argumentos aducidos tanto cuando la pedofilia se diagnostica con otro trastorno como cuando concurre en exclusiva. En el primer grupo de casos, cuando la perturbación afecta también a la capacidad intelectual, determina en ocasiones la apreciación de una eximente incompleta. En el segundo grupo de casos, algunas sentencias, pese a estimar que la capacidad cognitiva se conserva, identifican una perturbación de la capacidad volitiva y aprecian una atenuante analógica. En el trabajo se discute el acierto de estas resoluciones a la luz de la psicología clínica y se exponen propuestas para abordar la pedofilia en el ámbito jurisprudencial y pericial de modo congruente con un enfoque preventivo y no promotor del estigma.

Abstract

Pedophilia is the sexual attraction to prepubescent children; although it is not a term synonymous with pederasty nor does it involve the commission of sexual offenses, it is common for both phenomena to be confused in informal references. While its characterization is debated—it may be interpreted as a paraphilic disorder, chronophilia, or atypical sexual interest—its diagnosis gains importance in the assessment of criminal responsibility for someone who has committed a sexual offense against a minor, as it is invoked as an argument to allege an alteration of capacity. This study analyzes 29 Spanish court rulings in which such a diagnosis leads to the estimation of a mitigating circumstance or an incomplete defense and examines the arguments presented both when pedophilia is diagnosed with another disorder and when it occurs exclusively. In the first group of cases, when the disturbance also affects intellectual capacity, it sometimes determines the recognition of an incomplete defense. In the second group of cases, despite estimating that cognitive capacity is preserved, some rulings find a disturbance of volitional capacity and accept a mitigating circumstance. The paper discusses the soundness of these decisions in light of clinical psychology and presents proposals for addressing pedophilia in the expert and jurisprudential field in a way that is consistent with a preventive approach and does not promote stigma.

Zusammenfassung

Pädophilie bezeichnet die sexuelle Anziehung zu vorpubertären Kindern. Auch wenn sie weder mit Päderastie gleichzusetzen ist noch notwendigerweise die Begehung von Sexualdelikten impliziert, werden beide Begriffe im allgemeinen Sprachgebrauch häufig miteinander verwechselt. Ihre klinische Einordnung ist umstritten – sie kann als paraphile Störung, Chronophilie oder atypisches

sexuelles Interesse interpretiert werden –, doch gewinnt ihre Diagnose besondere Bedeutung bei der strafrechtlichen Beurteilung der Schuldfähigkeit von Personen, die Sexualdelikte an Minderjährigen begangen haben. In solchen Fällen wird sie oftmals als Argument für eine eingeschränkte Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit herangezogen. Die vorliegende Studie analysiert 29 spanische Urteile, in denen eine entsprechende Diagnose zur Anwendung eines Strafmilderungsgrundes oder einer verminderten Schuldfähigkeit geführt hat. Es werden sowohl Fälle untersucht, in denen Pädophilie zusammen mit einer weiteren Störung diagnostiziert wurde, als auch solche, in denen sie isoliert auftritt. Im ersten Fall kann eine kombinierte Störung, insbesondere wenn auch die intellektuelle Fähigkeit betroffen ist, zur Annahme einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit führen. Im zweiten Fall erkennen einige Gerichte, obwohl sie eine erhaltene kognitive Fähigkeit bejahen, eine Störung der Steuerungsfähigkeit an und gewähren eine analoge Strafmilderung. Der Beitrag prüft die Tragfähigkeit dieser Entscheidungen im Lichte der klinischen Psychologie und unterbreitet Vorschläge für einen sachgerechten Umgang mit pädophilen Diagnosen im strafrechtlichen und gutachterlichen Kontext – unter Berücksichtigung eines präventiven Ansatzes, der zugleich eine Stigmatisierung vermeidet.

Title: Mitigation of Criminal Responsibility for Pedophilia in the Commission of Sexual Offenses Against Minors? Clinical Analysis of Its Foundation in the Resolutions of the 2nd Chamber of the Supreme Court

Titel: Milderung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Pädophilie bei der Begehung von Sexualdelikten an Minderjährigen? Klinische Analyse der Begründung in den Urteilen des 2. Strafsenats des spanischen Obersten Gerichtshofs.

-

Palabras clave: Pedofilia, agresión sexual de menores, imputabilidad.

Keywords: Pedophilia, child sexual abuse, criminal responsibility.

Stichwörter: Pädophilie, sexueller Kindesmissbrauch, Schuldfähigkeit

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i2.04

-

Índice

-

1. Introducción

- 1.1. El concepto de anomalía o alteración psíquica en el CP español
- 1.2. Formas clínicas de entender la pedofilia
 - a. La pedofilia como trastorno parafílico
 - b. La pedofilia como cronofilia
 - c. La pedofilia como interés sexual atípico
- 1.3. Pedofilia y atenuación de la responsabilidad penal

2. Método

3. Resultados

4. Discusión

- 4.1. Relevancia de la perspectiva mixta biológico-psicológica del Código Penal en la determinación de la pedofilia como posible causa de inimputabilidad o imputabilidad parcial
- 4.2. La afectación a la imputabilidad de los sujetos que padecen pedofilia adicional a otros trastornos y que han agredido sexualmente a menores
- 4.3. La afectación a la imputabilidad de los sujetos exclusivamente con pedofilia y que han agredido sexualmente a menores
- 4.4. Otros posibles trastornos que pueden afectar a la imputabilidad de los sujetos que agreden sexualmente a menores
- 4.5. Afectación a la imputabilidad cuando los intereses pedófilos se hallan circunscritos a una causa orgánica
- 4.6. La relevancia de la prueba pericial en la resolución sobre la imputabilidad de sujetos con pedofilia que agreden sexualmente a menores
 - a. Dificultades periciales en la evaluación del diagnóstico de la pedofilia
 - b. Dificultades periciales en la valoración de la imputabilidad en sujetos con pedofilia

5. Conclusiones

6. Bibliografía

7. Anexos

- 7.1. Afectación a la imputabilidad cuando los intereses pedófilos se hallan circunscritos a una causa orgánica
- 7.2. Variables empleadas en la codificación de las sentencias
- 7.3. Características penales relevantes respecto de la imputabilidad a la luz de tres perspectivas clínicas de consideración de la pedofilia

-

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

1. Introducción*

La violencia sexual contra la infancia es una de las formas más graves de violencia hacia los menores por las consecuencias que causa a la víctima, tanto a corto como a largo plazo¹. El estudio elaborado en 2021 por LORENTE ACOSTA para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género concluye a este respecto que ocho de cada diez menores presentan consecuencias psicológicas, en su mayoría graves, como resultado de la violencia sexual sufrida².

La detección y prevención de este delito –ya de por sí complejas, dada su frecuente comisión en el entorno familiar y su bajo índice de revelación por las dificultades emocionales y traumáticas que entraña para el superviviente³– se ven, además, dificultadas por la existencia de varios mitos. Uno de los más comunes es el de que los agresores padecen algún tipo de trastorno mental, afirmación que la mayoría de las investigaciones desmiente⁴. Existe la falsa creencia de que los agresores sexuales de menores son «perturbados mentales» o «enfermos psiquiátricos», cuando lo cierto es que no hay un perfil común, sino que se trata de un grupo de personas muy heterogéneo que no siempre han recibido un diagnóstico de trastorno psicológico⁵.

Aunque las investigaciones muestran que entre un tercio⁶ y la mitad⁷ de los agresores sexuales de menores no son pedófilos, la asociación –o incluso la confusión– entre la pedofilia y la pederastia constituye otro de esos mitos y uno particularmente difícil de combatir. Es cierto que la existencia de un diagnóstico de pedofilia certero en un individuo que ha agredido sexualmente se considera un factor de riesgo para una reincidencia futura⁸, pero esto no implica que todas las personas con pedofilia hayan agredido sexualmente a un menor o que quienes hayan perpetrado este delito tengan pedofilia. Ahora bien, la existencia en los últimos veinticinco años de varias sentencias en las que los tribunales españoles han basado en la pedofilia del agresor sexual de un menor una atenuación de su responsabilidad penal puede dar lugar a un cambio en la interpretación de la coexistencia entre pedofilia y pederastia: en vez de ocultarse con el fin de

* Autor de contacto: Javier Gómez Lanz (jglanz@comillas.edu). Agradecemos las sugerencias y comentarios de nuestro compañero, el Dr. Oscar Herrero Mejías, quien revisó versiones preliminares de este trabajo.

¹ CABRERA MARTÍN, *La victimización sexual de menores en el código penal español y en la política criminal internacional*, 2019, pp. 23 ss.; SAVE THE CHILDREN, *Los abusos sexuales hacia la infancia en España*, 2021, pp. 2 ss.

² LORENTE ACOSTA, *Estudio médico-legal de las sentencias por delitos contra la libertad y la indemnidad sexual*, 2021, pp. 16 ss.

³ CABRERA MARTÍN, «Fenomenología de la victimización sexual infantil», en MEANA PEÓN/MARTÍNEZ GARCÍA (dirs.), *Dignidad y equidad amenazadas en la sociedad contemporánea*, 2022, pp. 346 ss.

⁴ ECHEBURÚA/GUERRICAECHEVARRÍA, *Abuso sexual en la infancia. Nuevas perspectivas clínicas y forenses*, 2021, pp. 33 ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, *Abusos sexuales a menores: lo que recuerdan de mayores*, 1994, pp. 16 ss.; y SAVE THE CHILDREN, *Ojos que no quieren ver*, 2017, pp. 11 ss.

⁵ CROMER/GOLDSMITH, «Socio-cultural issues and child sexual abuse: Child sexual abuse myths: Attitudes, beliefs, and individual differences», *Journal of Child Sexual Abuse*, (19-6), 2010, pp. 618 ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, *Abusos sexuales a menores: lo que recuerdan de mayores*, 1994, pp. 19 ss.; MARCO FRANCIA, *El agresor sexual de menores: aspectos penales y criminológicos*, 2024, pp. 29 ss. y SAVE THE CHILDREN, *Ojos que no quieren ver*, 2017, pp. 11 ss.

⁶ EHER/RETTEBERGER/TURNER, «The prevalence of mental disorders in incarcerated contact sexual offenders», *Acta psychiatrica Scandinavica*, (139-6), 2019, pp. 572 ss.

⁷ GERWINN *et al.*, «Clinical characteristics associated with paedophilia and child sex offending - Differentiating sexual preference from offence status», *European Psychiatry*, (51), 2018, pp. 74 ss.; SETO, «Pedophilia», *Annual Review of Clinical Psychology*, (5-1), 2009, pp. 391 ss.

⁸ HANSON/MORTON-BOURDON, «The characteristics of persistent sexual offenders: A meta-analysis of recidivism studies», *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, (73-6), 2005, pp. 1154 ss.

evitar un cuestionamiento sobre la peligrosidad del individuo, puede perseguirse su diagnóstico para buscar una disminución de la condena. Esta situación permite, por una parte, cuestionarse si los mitos que entreveran la pedofilia, el trastorno mental y la agresión sexual infantil se han extendido también al ámbito judicial y justifica, por otra, examinar en qué medida un diagnóstico de pedofilia puede repercutir en la modulación de la responsabilidad criminal. Este es, precisamente, el objetivo del presente trabajo.

La pedofilia puede entenderse como la atracción sexual e intensa hacia niños prepúberes⁹ que aparece como un trastorno descrito en los manuales de diagnóstico más empleados en psicología y psiquiatría: el *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* (DSM, elaborado por la Asociación Americana de Psiquiatría) y la *Clasificación Internacional de Enfermedades* (CIE, elaborado por la Organización Mundial de la Salud). La pederastia, en cambio, alude al acto sexual que se comete contra un menor, conducta que se tipifica como delito en el Capítulo II del Título VIII del Código Penal español (CP)¹⁰.

Es cierto que la pedofilia constituye un factor de riesgo para la pederastia o abuso sexual infantil¹¹ y que existe relación entre la pedofilia, el abuso sexual de menores y el consumo de pornografía infantil¹², pero ello no significa que se trate de nociones equiparables¹³. La confusión entre estos conceptos, usual tanto entre profesionales como en la población general, provoca la estigmatización de las personas con pedofilia que no han cometido ningún delito y que se comprometen a no llevarlo a cabo porque entienden las graves consecuencias que tendría hacerlo: los denominados pedófilos virtuosos¹⁴.

El estigma puede, de hecho, incrementar el riesgo de que ejecuten finalmente el delito al disuadirles de buscar ayuda por miedo al rechazo social¹⁵. De ahí la importancia de desterrar este

⁹ SETO, *Annual Review of Clinical Psychology*, (5-1), 2009, pp. 391 ss.; EL MISMO, «Is Pedophilia a Sexual Orientation?», *Archives of Sexual Behavior*, (41-1), 2011, pp. 231 ss.; EL MISMO, «The Puzzle of Male Chronophilias», *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3 ss.; EL MISMO, *Pedophilia and sexual offending against children: theory, assessment and intervention*, 2ª ed., 2018, p. 9.

¹⁰ El texto del Código Penal español que se toma como referencia en este trabajo es el posterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2023, de 16 de abril, al ser el vigente en el momento de la investigación. Esta modificación no afecta a la eliminación de la diferenciación entre agresión y abuso sexual que fue incorporada mediante la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, conforme a la cual todo acto de carácter sexual con un menor de 16 años se caracteriza legalmente como agresión sexual.

¹¹ Dada su supresión del CP, la expresión «abuso sexual» no se empleará a lo largo del trabajo en un sentido técnico-legal. Para hacer referencia al tipo delictivo se empleará la expresión «agresión sexual».

¹² El término «imágenes abusivas de menores» es propuesto por diversos autores como alternativa al concepto penal de «pornografía infantil», para evitar su equiparación a la pornografía adulta. Se parte de la base de que en la pornografía adulta los participantes son actores adultos y su distribución es lícita, mientras que en el caso de menores son registros de una agresión sexual a menores, constitutiva de delito. En el resto del texto se empleará la denominación «imágenes abusivas de menores» salvo cuando se haga referencia al tipo delictivo, caso en el que se empleará la expresión «pornografía infantil», tal como aparece en el art. 189 del CP. Cfr. CABRERA MARTÍN, «La pornografía infantil como especie de la pornografía en general», *Cuadernos de política criminal*, (121), 2017, pp. 203 ss.

¹³ HERRERO MEJÍAS, *Agresores sexuales: teoría, evaluación y tratamiento*, 2018, p. 57.

¹⁴ WALKER, A Long, *Dark Shadow. Minor-Attracted People and Their Pursuit of Dignity*, 2021, pp. 3 ss.

¹⁵ JAHNKE, «Emotions and Cognitions Associated with the Stigma of Non-Offending Pedophilia: A Vignette Experiment», *Archives of Sexual Behavior*, (47-2), 2018, pp. 363 ss.; LA MISMA, «The Stigma of Pedophilia: Clinical and Forensic Implications», *European Psychologist*, (23-2), 2018, pp. 144 ss.; NIELSEN/AASKOV/LARSEN, «When virtuous paedophiles meet online: A sociological study of a paedophile community», *Sexualities*, (25-5/6), 2022, pp. 598 ss.; STEVENS/WOOD, «“I Despise Myself for Thinking about Them.” A Thematic Analysis of the Mental Health Implications and Employed Coping Mechanisms of Self-Reported Non-Offending Minor Attracted Persons», *Journal of Child Sexual Abuse*, (28-8), 2019, pp. 968 ss.

mito para su correcta detección y prevención¹⁶ y, especialmente, para planificar una aproximación específica al problema según las características concretas del individuo.

Las personas que abusan de menores o que visualizan imágenes abusivas de menores conforman un grupo heterogéneo con variedad de rasgos y motivaciones¹⁷. Así, puede haber agresores sexuales de menores con y sin pedofilia, al igual que puede haber personas con pedofilia que cometan o no pederastia¹⁸. El deseo de cometer actos sexuales con menores no implica necesariamente el paso a la acción¹⁹, al igual que puede haber actos pederastas debidos a factores distintos de la pedofilia²⁰ como la frustración sexual con personas adultas, la hipersexualidad, el oportunismo, la desinhibición como resultado del consumo de sustancias, la baja autoestima o los sentimientos de soledad²¹. Del mismo modo, puede haber personas con pedofilia que usen imágenes abusivas de menores, pero también personas que no padecen pedofilia y acceden a estos materiales²².

Los sujetos que realizan conductas sexuales que afectan a menores presentan, pues, una diversidad que obliga a evitar generalizaciones. En particular, dada la relevancia que un diagnóstico psicológico puede tener a la hora de dictar sentencia²³, esa disparidad determina la necesidad de examinar cuidadosamente si el autor de un delito contra la libertad sexual de un menor lo ejecutó conservando intacta su capacidad intelectual y volitiva. La publicación de las sentencias a las que antes se ha hecho mención evidencia la posibilidad de que, tal como ocurre con ciertos trastornos asociados a la conducta sexual²⁴, los diagnósticos de pedofilia estén siendo objeto de consideración a efectos de modular la responsabilidad penal del agresor en atención a una supuesta perturbación de sus funciones psíquicas. Esto es, pese a que en el ámbito de la psicología no existe consenso respecto a la definición de la pedofilia ni a su consideración o no como trastorno²⁵, se está equiparando la pedofilia con una anomalía psíquica susceptible de atenuar la responsabilidad penal.

¹⁶ GÓMEZ-DURÁN *et al.*, «Preventing child sexual abuse from the offenders' side: Prevention Dunkelfeld Project», *Revista Española de Medicina Legal y Forense*, (45-2), 2019, pp. 83 s.; JAHNKE, *European Psychologist*, (23-2), 2018, pp. 144 ss.; WALKER, A Long, *Dark Shadow*, 2021, pp. 6 ss.

¹⁷ HERRERO MEJÍAS, *Agresores sexuales*, 2018, pp. 56 ss.

¹⁸ GERWINN *et al.*, *European Psychiatry*, (51), 2018, pp. 74 ss.; SETO, *Annual Review of Clinical Psychology*, (5-1), 2009, pp. 391 ss.; EL MISMO, *Pedophilia and sexual offending against children*, 2018, p. 13.

¹⁹ JAHNKE, *European Psychologist*, (23-2), 2018, pp. 144 ss.

²⁰ GANNON, «A compositional explanatory theory of pedophilia», *Aggression and Violent Behavior*, (61), 2021, pp. 1 ss.; KRUEGER *et al.*, «Proposals for Paraphilic Disorders in the International Classification of Diseases and Related Health Problems, Eleventh Revision (ICD-11)», *Archives of Sexual Behavior*, (46-5), 2017, pp. 1529 ss.

²¹ HERRERO MEJÍAS, *Agresores sexuales*, 2018, pp. 61 ss.; KRUEGER *et al.*, *Archives of Sexual Behavior*, (46-5), 2017, pp. 1529 ss.; SETO, *Annual Review of Clinical Psychology*, (5-1), 2009, pp. 391 ss.; EL MISMO, *Pedophilia and sexual offending against children*, 2018, pp. 92 ss.

²² HERRERO MEJÍAS, *Agresores sexuales*, 2018, p. 61.

²³ DE BLOCK/ADRIAENS, «Pathologizing Sexual Deviance: A History», *Journal of Sex Research*, (50-3/4), 2013, pp. 276 ss.; MOSER, «When Is an Unusual Sexual Interest a Mental Disorder?», *Archives of Sexual Behavior*, (38-3), 2009, pp. 323 ss.; MOSER/KLEINPLATZ, «El DSM-IV y las Parafilias: Un argumento para su retirada», *Archivos Hispanoamericanos de Sexología*, (12-2), 2006, pp. 217 ss.

²⁴ DE BLOCK/ADRIAENS, *Journal of Sex Research*, (50-3/4), 2013, pp. 276 ss.; MOSER, *Archives of Sexual Behavior*, (38-3), 2009, pp. 323 ss.; MOSER/KLEINPLATZ, *Archivos Hispanoamericanos de Sexología*, (12-2), 2006, pp. 217 ss.; LOS MISMOS, «Conceptualization, History, and Future of the Paraphilias», *Annual Review of Clinical Psychology*, (16-1), 2020, pp. 81 ss.

²⁵ GANNON, *Aggression and Violent Behavior*, (61), 2021, pp. 1 ss.

Si bien es indudable que las aportaciones de la psicología y de la psiquiatría son imprescindibles para garantizar una aplicación cabal de la ley penal en este ámbito²⁶, la noción de imputabilidad es objeto de una caracterización legal implícita en el art. 20 CP a la que es imperativo atender. Conforme a ella, es imputable el sujeto que goza de capacidad de comprender la ilicitud de su actuación y capacidad de actuar conforme a esa comprensión²⁷. La imputabilidad presupone, pues, que el sujeto goza de capacidad intelectual y volitiva suficiente, situación, no obstante, compatible con la presencia de niveles distintos de capacidad. Cuando, aun alcanzando el umbral mínimo de capacidad suficiente, el sujeto sufre un déficit de facultades respecto a lo que cabe considerar «normal», el CP, en atención a esa imputabilidad disminuida, permite reducir la entidad de la sanción penal. Solo si la capacidad del sujeto se encuentra tan perturbada que le impide comprender la significación de sus actos o adaptar su voluntad a esa comprensión, cabe afirmar su inimputabilidad y la consiguiente exención de responsabilidad penal.

La primera de las causas de inimputabilidad que recoge el CP en el art. 20.1. está ligada a la presencia, al tiempo de cometer la infracción penal, de cualquier anomalía o alteración psíquica que impida la comprensión de la ilicitud del hecho o la actuación conforme a dicha comprensión. Acude así el CP a un criterio mixto biológico-psicológico, pues no solo basta con la existencia de una patología mental de base biológica, sino que ésta debe haber perturbado plenamente la capacidad cognitiva y/o volitiva del sujeto en el momento de cometer el hecho²⁸. Cuando esa perturbación no reúne las características para poder ser calificada como plena, el CP determina la atenuación de la responsabilidad penal del reo en atención a la intensidad de la perturbación: la jurisprudencia reserva la eximente incompleta del art. 21.1 CP, en relación con el art. 20.1 CP para las perturbaciones moderadas y la atenuante analógica del art. 21.7 CP en relación con los arts. 21.1 CP y 20.1 CP para las perturbaciones leves²⁹.

Estas son las vías a través de la que el diagnóstico de pedofilia puede cobrar relevancia en los delitos contra la libertad sexual de los menores. Ahora bien, según lo indicado, será preciso poder afirmar su naturaleza de «anomalía psíquica» o «alteración psíquica» y verificar adicionalmente que, al momento de ejecutar la acción, perturbaba la capacidad intelectual y/o volitiva del sujeto.

Por tanto, el núcleo de este trabajo consiste, como se ha anticipado, en el examen de las sentencias españolas que han erigido una decisión de atenuación de la responsabilidad penal sobre un diagnóstico de pedofilia, a fin de evaluar los argumentos aducidos a partir de la investigación psicológica contemporánea sobre esta cuestión. Para ello, resulta pertinente de

²⁶ CASANUEVA SANZ, «Los trastornos mentales y sus efectos en la responsabilidad penal. El juego patológico», en GIL NOBAJAS/GÓMEZ LANZ (dirs.), *El sistema penal y los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030*, 2023, p. 63; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, pp. 301 ss.; SÁNCHEZ VILANOVA, *Neuroimputabilidad*, 2019, p. 193; URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, pp. 193 ss.

²⁷ CASANUEVA SANZ, en GIL NOBAJAS/GÓMEZ LANZ (dirs.), *El sistema penal y los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030*, 2023, pp. 64 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 581; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., 2022, p. 336; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2023, p. 350; URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, pp. 177 ss. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, pp. 55 ss. describe en estos términos el concepto legal de imputabilidad, si bien postula (*op. cit.*, p. 365) una noción diversa fundada en la noción de exigibilidad de conducta adecuada a Derecho y no en la de capacidad.

²⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, pp. 587 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., 2022, p. 341; URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, p. 178; ZUGALDÍA ESPINAR, «La culpabilidad», en MORENO-TORRES HERRERA (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., 2022, p. 194.

²⁹ OBREGÓN GARCÍA/GÓMEZ LANZ, *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito*, 3ª ed., 2023, p. 144.

modo previo aclarar brevemente cómo regula el CP español la afectación a la imputabilidad derivada de una anomalía o alteración psíquica y, posteriormente, cuál es el estado de la cuestión en la discusión clínica sobre la conceptualización de la pedofilia.

1.1. El concepto de anomalía o alteración psíquica en el CP español

Como ya se ha anticipado, el CP español define la anomalía o alteración psíquica en el art. 20.1 a partir de un criterio mixto biológico-psicológico: debe existir una patología mental de base biológica y un efecto psicológico significativo (usualmente descrito como «perturbación») sobre la capacidad cognitiva y/o volitiva del sujeto.

Cuando la patología tiene carácter permanente (o, cuando menos, perdurable), estos dos son los únicos requisitos que deben satisfacerse para su apreciación. El CP, no obstante, reconoce también –mediante la figura del trastorno mental transitorio (TMT)– efectos a las alteraciones que afectan de igual forma a la capacidad cognitiva y volitiva, pero son de carácter temporal³⁰. Lo que caracteriza al TMT es su fugacidad, la alteración de la capacidad por tiempo limitado y sin dejar secuelas tras su cese. Aunque el requisito relativo a la intensidad de la perturbación no difiere del demandado para la anomalía permanente, la doctrina y la jurisprudencia han amortiguado la exigencia de la naturaleza biológica de la causa del TMT y admiten orígenes tanto en causas externas –estar atravesando una situación personal especialmente difícil³¹– como internas –«la exacerbación repentina de una enfermedad mental subyacente»³²–. Sin embargo, tanto esta amplitud de posibles causas que originan el TMT como el carácter transitorio del trastorno determinan que en esta eximente se aplique una versión de la doctrina de las *actiones liberae in causa* a fin de evitar que se ampare en ella un sujeto que provoca voluntariamente la situación de TMT en la que comete una acción típica. De este modo, no se atribuyen efectos jurídicos al TMT cuando el sujeto provoca este último para cometer el delito, tampoco cuando, sin buscarlo a propósito, prevé anteriormente que en ese estado podría llegar a cometerlo ni cuando, sin provocar el TMT para cometer el delito ni prever con anterioridad la comisión de éste, tenía el deber de prever que en tal estado podía llegar a cometerlo³³.

A efectos de concretar los supuestos incardinables en el concepto de anomalía o alteración psíquica duradera, la jurisprudencia y la doctrina penales suelen recurrir a los términos de la clasificación psiquiátrica tradicional, que no siempre se ajustan a los que emplean actualmente los profesionales de la psicología y la psiquiatría de acuerdo con las últimas versiones de los manuales DSM o CIE. Así, los casos más frecuentemente identificados por los tribunales son las psicosis, las neurosis y las oligofrenias y demencias. No obstante, la expresión «cualquier anomalía o alteración psíquica» es tan laxa que permite acoger toda clase de patología, cualesquiera que sean sus características y su origen, siempre y cuando impida comprender la ilicitud del hecho o dirigir la voluntad de acuerdo con esa comprensión.

Esta apertura ha provocado discusiones doctrinales y jurisprudenciales sobre la legitimidad de extender el tenor legal a anomalías o alteraciones psíquicas ajenas a la citada clasificación

³⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, pp. 601 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Vademécum de Derecho Penal*, 6ª ed., 2021, pp. 360-361; ZUGALDÍA ESPINAR, en MORENO-TORRES HERRERA (dir.), *Lecciones de Derecho penal*, 6ª ed., 2022, p. 199.

³¹ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 604.

³² DE VICENTE MARTÍNEZ, *Vademécum de Derecho Penal*, 6ª ed., 2021, p. 383.

³³ OBREGÓN GARCÍA/GÓMEZ LANZ, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 2023, pp. 146 ss.

tradicional. El caso paradigmático es el de la psicopatía, un trastorno tradicionalmente asociado a delitos contra la vida³⁴. Durante largo tiempo, el diagnóstico de psicopatía no se consideró argumento suficiente para atenuar la responsabilidad penal del reo en la convicción de que no afectaba a su capacidad intelectual y volitiva; sin embargo, en tiempos relativamente recientes algunas sentencias han apreciado en estos casos atenuantes analógicas o eximentes incompletas ligadas por lo general a una supuesta perturbación de la capacidad volitiva³⁵. Estas discrepancias en su tratamiento judicial son resultado tanto de la disputa respecto a la conceptualización de la psicopatía en el ámbito de la psicología y la psiquiatría³⁶, como de la frecuente consideración indistinta de la «psicopatía» y el «trastorno de la personalidad» por la jurisprudencia³⁷.

Parece indudable que la controversia acerca de la posibilidad de considerar la pedofilia como un factor de disminución o, incluso, de exclusión de la imputabilidad del reo replica algunos de los rasgos que caracterizan el debate sobre la psicopatía. Uno de ellos –de singular importancia– es la falta de consenso científico acerca de su definición y de su repercusión en las funciones psicológicas del sujeto. Ello no sólo justifica, sino que aconseja abordar en un primer momento las formas clínicas de entender la pedofilia desde el punto de vista de la psicología, para examinar su posible afectación sobre las capacidades cognitivas y volitivas.

1.2. Formas clínicas de entender la pedofilia

Como se ha explicado previamente, para comenzar la discusión clínica respecto de la pedofilia, es necesario en primer lugar realizar un apunte terminológico. En el argot clínico castellano los conceptos pederastia y pedofilia no designan una misma entidad y, por tanto, no deben emplearse como sinónimos. Por una parte, «pederastia» hace referencia a la ejecución de un acto de agresión sexual hacia un menor, lo cual no implica necesariamente una inclinación sexual hacia los menores por parte del sujeto que realiza la acción típica; por otra parte, «pedofilia» designa la atracción sexual por menores, la cual no implica necesariamente la comisión de la agresión sexual por parte del sujeto con tal interés sexual. Esta distinción da lugar a un abanico amplio de opciones, en el que se encontrarán sujetos con pedofilia no pederastas, sujetos pederastas sin pedofilia y sujetos pederastas con pedofilia, siendo estos últimos respecto de los que cabe preguntarse por la posibilidad de apreciar una disminución o exclusión de su imputabilidad, dado que en ellos se presenta de forma simultánea la realización de un acto típico

³⁴ DUJO LÓPEZ/HORCAJO GIL, «La psicopatía en la actualidad: abordaje clínico-legal y repercusiones forenses en el ámbito penal», *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, (17-1), 2017, pp. 77 ss.

³⁵ DUJO LÓPEZ/HORCAJO GIL, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, (17-1), 2017, pp. 77 ss.; GÓMEZ LANZ/HALTY BARRUTIETA, «Impacto del avance de las neurociencias en la imputabilidad jurídico-penal del sujeto psicópata», *Derecho y Salud*, (26 extraord.), 2016, p. 88; MELO REGHELIN *et al.*, *Psicopatías e imputabilidad. Un análisis sobre la peligrosidad criminal y los delitos sexuales*, 2016, pp. 79 ss.; POZUECO ROMERO *et al.*, «Psicopatía, violencia y criminalidad: un análisis psicológico-forense, psiquiátrico-legal y criminológico (Parte II)», *Cuadernos de Medicina Forense*, (17-4), 2011, pp. 175 ss.; REQUEJO CONDE, «Tratamiento de la psicopatía en la jurisprudencia penal española. El camino hacia un nuevo enfoque de la imputabilidad penal», *Revista General de Derecho Penal*, (27), 2017, pp. 25 ss.; SÁNCHEZ GARRIDO, *Delincuencia habitual, psicopatía y responsabilidad penal*, 2019, pp. 144 ss. y SÁNCHEZ VILANOVA, *Neuroimputabilidad*, 2019, pp. 265 ss.

³⁶ GÓMEZ LANZ/HALTY BARRUTIETA, *Derecho y Salud*, (26 extr.), 2016, p. 86; MELO REGHELIN *et al.*, *Psicopatías e imputabilidad*, 2016, pp. 85 ss.; POZUECO ROMERO *et al.*, *Cuadernos de Medicina Forense*, (17-4), 2011, pp. 175 ss.; y SÁNCHEZ VILANOVA, *Neuroimputabilidad*, 2019, p. 363.

³⁷ LORENZO GARCÍA/AGUSTINA, «Sobre el confuso concepto de psicopatía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: una revisión crítica ante los nuevos retos del Derecho penal de la peligrosidad», *Política Criminal*, (11-21), 2016, p. 71; LORENZO GARCÍA *et al.*, «Trastornos de la personalidad en la jurisprudencia española», *Revista Española de Medicina Legal*, (42-2), 2016, pp. 62 ss.; REQUEJO CONDE, *Revista General de Derecho Penal*, (27), 2017, p. 3., y SÁNCHEZ VILANOVA, *Neuroimputabilidad*, 2019, pp. 363 ss.

y la constancia de un diagnóstico clínico. Ahora bien, como se muestra a continuación, en la disciplina psicológica conviven tres perspectivas diferentes, y no siempre conciliadas, respecto de la conceptualización de la pedofilia y, por tanto, respecto de las implicaciones a nivel cognitivo y volitivo del sujeto sobre el que recae el diagnóstico. Si bien podría parecer que, dada su inclusión en los principales manuales diagnósticos, la primera de estas posiciones cuenta con un amplio respaldo entre la literatura y ocupa un lugar cuasi-institucional, lo cierto es que su incorporación a dichos manuales fue objeto de un enconado debate y dentro de la doctrina existen posturas muy relevantes que desde un primer momento han abogado por su reforma. En este sentido, las concepciones presentadas en segundo y tercer lugar pueden tener una menor repercusión «oficial» debido a su oposición al canon establecido en los manuales; sin embargo, están suficientemente fundadas científicamente y constituyen la base de la actuación de las principales asociaciones y programas de atención dedicados al tratamiento de las personas que padecen pedofilia (eg., *Help Wanted Prevention Project*, *Prevention Project Dunkelfeld*, *B4U-Act*).

Es por tanto prioritario conocerlas con carácter previo a cualquier análisis de las sentencias en las que este diagnóstico se ha esgrimido como factor de alteración de la imputabilidad del sujeto.

a. *La pedofilia como trastorno parafilico*³⁸

El DSM-5 distingue entre parafilia y trastorno parafilico. En concreto, define las parafilias como «cualquier interés sexual intenso y persistente distinto del interés sexual por la estimulación genital o las caricias preliminares dentro de relaciones humanas consentidas y con parejas físicamente maduras y fenotípicamente normales»³⁹. De esta definición se deduce que la pedofilia no es una parafilia en tanto que el sujeto menor de edad no puede prestar consentimiento veraz en la relación con un adulto debido a su inmadurez y que su físico tampoco ha alcanzado un estadio de desarrollo adulto.

Si bien el DMS-5 admite que las parafilias son frecuentes, especifica que deben considerarse como trastornos parafilicos cuando causan «malestar al sujeto que las padece» o implican un «perjuicio personal o riesgo de daño a terceros»⁴⁰. Por tanto, el DSM-5 admite que las parafilias en sí mismas no son patológicas, sino simples intereses sexuales alejados de lo común, y que estas dos condiciones, a saber, el malestar personal y el perjuicio o riesgo a terceros, son necesarias, aunque no suficientes, como se verá a continuación, para empezar a plantear un diagnóstico de trastorno parafilico⁴¹.

En el caso que nos ocupa, dado que la atracción sexual hacia menores, en caso de materializarse en actos, dañaría a terceros, se podría hablar de la posibilidad de que la pedofilia se considerara un trastorno parafilico cuando se asocia a la comisión del acto típico. No obstante, cabe destacar

³⁸ En la medida en que se trata de la concepción recogida en los principales manuales de diagnóstico, su recepción en el ámbito jurídico-penal es prevalente; a tal efecto, *vid.*, por todos, la reciente contribución de MARCO FRANCIA, *El agresor sexual de menores: aspectos penales y criminológicos*, 2024, pp. 91 ss.

³⁹ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 685.

⁴⁰ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 685.

⁴¹ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 685; LA MISMA, *Paraphilic Disorders*, 2013 [Disponible en: https://www.psychiatry.org/FileLibrary/Psychiatrists/Practice/DSM/APA_DSM-5-Paraphilic-Disorders.pdf]; DE BLOCK/ADRIAENS, *Journal of Sex Research*, (50-3/4), 2013, pp. 276 ss.

que la mayoría de la literatura considera que, si se restringe la definición de parafilia al contexto del interés sexual, es decir, evaluando exclusivamente la persistencia e intensidad de tal interés y no su ejecución ni las consecuencias derivadas de la misma, la pedofilia podría cursar tanto como parafilia (si el sujeto no experimenta malestar) como trastorno parafilico (si el sujeto experimenta malestar).

Ahora bien, continuando con el manual oficial más empleado, dentro del apartado de trastornos parafilicos, el DSM-5 diferencia entre aquellos basados en preferencias de actividad anómalas y los basados en preferencias de objetivo anómalas. Los primeros se subdividen a su vez en trastornos del cortejo (esto es, trastorno de *voyeurismo*, de exhibicionismo y de *frotteurismo*) y trastornos algolágnicos (esto es, aquellos que implican dolor y sufrimiento, como el trastorno de masoquismo sexual y el de sadismo sexual). Por su parte, los trastornos de preferencias de objetivo anómalas incluirían el trastorno de pedofilia (orientado a otras personas) y el de fetichismo y travestismo (orientado a otros elementos, generalmente inanimados)⁴².

En el caso concreto de la pedofilia, al igual que el DSM-5 distingue entre parafilias y trastornos parafilicos, también distingue entre pedofilia y trastorno de pedofilia (F65.4). Los criterios diagnósticos de este último han sufrido múltiples variaciones a lo largo del tiempo⁴³, pero la versión actual entiende que es necesario que «la persona haya sentido, durante al menos seis meses, una excitación sexual intensa y recurrente hacia menores, manifestada en forma de fantasías, deseos sexuales irrefrenables o comportamientos que han sido puestos en acción o que causan grave malestar»⁴⁴. En esta definición, la conjunción disyuntiva final es determinante para el diagnóstico y su valoración en el ejercicio forense, dado que estaría dando cabida tanto a sujetos que no han cometido una acción típica contra la libertad sexual de un menor y vivencian su atracción sexual hacia ellos de manera individual (por ejemplo, a través de fantasías o masturbación) como a sujetos que se sienten atraídos por menores y además cometen la acción típica, agrediendo sexualmente a un menor.

Por su parte, el manual de referencia europeo, la CIE-11, incluye el trastorno de pedofilia (6D32) dentro del apartado de trastornos parafilicos, integrando a su vez a todos ellos en el capítulo dedicado a los trastornos mentales, del comportamiento y del neurodesarrollo. La CIE-11 proporciona una definición de este trastorno similar a la del DSM-5: «patrón sostenido, focalizado e intenso de excitación sexual, que se manifiesta con pensamientos, fantasías, deseos intensos o conductas sexuales persistentes que involucran a niños o niñas prepúberes»⁴⁵. Nuevamente, la conjunción disyuntiva final permite incluir tanto a individuos que han realizado la acción típica como a individuos que no han exteriorizado su deseo interno. En la Tabla 1 puede verse una comparativa de los criterios diagnósticos del trastorno de pedofilia según ambos manuales.

⁴² ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 685.

⁴³ MALÓN, «Pedophilia: A Diagnosis in Search of a Disorder», *Archives of Sexual Behavior*, (41-5), 2012, pp. 1083 ss.

⁴⁴ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 685.

⁴⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional de Enfermedades*, 11ª ed., 2023, p. 615.

Tabla 1
Comparativa de los criterios diagnósticos del trastorno de pedofilia según el DSM-5 y la CIE-11

	DSM-5	CIE-11
Duración	> 6 meses	No especificado
Edad del sujeto	> 16 años	No especificado
Edad de los menores	Prepúberes (< 13 años) < 11 años si el sujeto tiene 16	Prepúberes
Paso a la acción	Sí	Sí
Malestar	Sí	Sí
Problemas interpersonales	Sí	No especificado
Excepciones	Individuo al final de la adolescencia que mantiene relación sexual continua con otro individuo de 12 o 13 años	Niños pre o postpuberales cercanos en edad
Especificadores	• Exclusivo (atracción exclusiva por niños) o no exclusivo • Atracción sexual por sexo masculino, femenino o ambos • Limitado al incesto	No especificado

Como puede verse, la confusión ampliamente extendida entre los términos «pedofilia» y «pederastia» puede en parte explicarse por la inclusión del «paso a la acción» en las definiciones oficiales de los manuales como posible criterio diagnóstico del trastorno de pedofilia⁴⁶. No es el único elemento controvertido de la definición; el DSM-5 expone que el diagnóstico de trastorno de pedofilia debe aplicarse tanto a aquellos individuos que se reconocen con pedofilia como a quienes lo niegan a pesar de haber argumentos evidentes que demuestren que la padecen⁴⁷. Así, el trastorno podría diagnosticarse tanto a personas de las que se sabe que se han acercado a niños con intenciones sexuales, pero arguyen que fueron encuentros no intencionados ni sexuales o niegan tener deseos o fantasías con menores, como a quienes reconocen haber tenido esos encuentros, pero rechazan tener un interés sexual hacia ellos⁴⁸. La inclusión de este autorreconocimiento como criterio diagnóstico habilitaría la posibilidad de admisiones falaces

⁴⁶ Cfr., críticamente, BERLIN, «Pedophilia and DSM-5: The Importance of Clearly Defining the Nature of a Pedophilic Disorder», *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, (42-4), 2014, pp. 404 ss.

⁴⁷ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 685.

⁴⁸ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 685.

de un trastorno pedofílico si se consolidara la tendencia judicial de atribuir a este último efectos sobre la imputabilidad y, en consecuencia, reducciones de condena.

No obstante, la crítica principal en la que coinciden diversos autores respecto de estas definiciones oficiales radica en la importancia que conceden al comportamiento del sujeto para diagnosticar el trastorno⁴⁹, dejando de lado el resto de los criterios que justificarían tal diagnóstico –por ejemplo, tener fantasías sexuales o deseo de mantener una relación íntima y afectiva con un menor– aun en ausencia de la conducta delictiva⁵⁰. Además, el paso a la acción puede referirse a múltiples comportamientos distintos del abuso sexual infantil⁵¹, como masturbarse teniendo fantasías con menores o consumir material abusivo de menores⁵². De hecho, el DSM-5 también contempla el visionado de material abusivo de menores como un indicador útil para diagnosticar el trastorno, asumiendo que las personas consumen aquello que se corresponde con sus intereses sexuales⁵³, pese al cuestionamiento de este argumento que se ha mencionado previamente⁵⁴.

Los autores que rechazan la importancia atribuida al paso a la acción en la definición del trastorno de pedofilia consideran que la formulación de un diagnóstico con un fin clínico debe, ante todo, evaluar la necesidad para el individuo de recibir tratamiento, independientemente de si ha ejecutado o no la conducta (lo que es, indudablemente, relevante en el contexto procesal penal).

Tal vez una forma de conciliar ambas posturas y de afrontar el examen de la imputabilidad de quienes reciben un diagnóstico de trastorno de pedofilia exija atender prioritariamente a la motivación del acto. Como se ha indicado, no todo acto pederasta está motivado por intereses pedófilos ni todo deseo de cometer actos sexuales con menores implica pasar a la acción⁵⁵, por lo que el estudio de la motivación del acto deviene un factor de análisis fundamental. En el caso de los sujetos que pasan a la acción, identificar la motivación con la que han actuado es crucial, ya no sólo en aras del fin clínico, que permitiría diferenciar entre agresores pedófilos y no pedófilos, teniendo cada uno de ellos necesidades terapéuticas distintas⁵⁶, sino también del fin penal, pues tal motivación podría incidir en la modulación de la responsabilidad penal (en particular, en el contexto de un Derecho penal en el que parece haberse otorgado carta de naturaleza a la

⁴⁹ BEECH *et al.*, «Paraphilias in the DSM-5», *Annual Review of Clinical Psychology*, (12), 2016, pp. 383 ss.

⁵⁰ BERLIN, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, (42-4), 2014, pp. 404 ss.; KRUEGER *et al.*, *Archives of Sexual Behavior*, (46-5), 2017, pp. 1529 ss.

⁵¹ BEECH *et al.*, *Annual Review of Clinical Psychology*, (12), 2016, pp. 383 ss.; BERLIN, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, (42-4), 2014, pp. 404 ss.; GANNON, *Aggression and Violent Behavior*, (61), 2021, pp. 1 ss.

⁵² BERLIN, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, (42-4), 2014, pp. 404 ss.

⁵³ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 698.

⁵⁴ BERLIN, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, (42-4), 2014, pp. 404 ss.; HERRERO MEJÍAS, *Agresores sexuales*, 2018, pp. 61 ss. Por ejemplo, podrían existir individuos con hipersexualidad que, en su búsqueda incesante de nuevo material con el que alcanzar la excitación sexual, como les sucede a quienes han desarrollado tolerancia hacia una sustancia adictiva, acabasen consumiendo material abusivo infantil sin por ello sentir una atracción sexual o deseos mantenidos hacia los menores.

⁵⁵ GANNON, *Aggression and Violent Behavior*, (61), 2021, pp. 1 ss.; GERWINN *et al.*, *European Psychiatry*, (51), 2018, pp. 74 ss.; HERRERO MEJÍAS, *Agresores sexuales: teoría, evaluación y tratamiento*, 2018, p. 56; JAHNKE, *European Psychologist*, (23-2), 2018, pp. 144 ss.; SETO, *Annual Review of Clinical Psychology*, (5-1), 2009, pp. 391 ss.; EL MISMO, *Pedophilia and sexual offending against children: theory, assessment and intervention*, 2ª ed., 2018, p. 13.

⁵⁶ RIBERAS-GUTIÉRREZ *et al.*, «Necesidades de intervención en prisión con internos con pedofilia», *Papeles del Psicólogo*, (45-1), 2024, pp. 11 ss.

motivación como factor de agravación de la conducta delictiva). De este modo, el trastorno de pedofilia real estaría conectado con una determinada motivación del acto: la de aproximarse de manera erótica, e incluso romántica, al menor de edad, sintiendo por el mismo una atracción centrada en el hecho de no haber desarrollado los caracteres físicos ni psicológicos adultos.

La conveniencia de adoptar un criterio de esta índole se acentúa si se advierte que el DSM-5 distingue entre trastorno de pedofilia de tipo exclusivo (atracción exclusiva por menores) y no exclusivo (atracción por menores y por adultos)⁵⁷. Estos últimos podrían mantener relaciones afectivas y sexuales lícitas con adultos consentidores de manera satisfactoria, mientras que los primeros, para no dañar ningún bien jurídico protegido, deberían mantener una vida célibe, dado que su único sujeto de atracción es la persona menor de edad. Esta distinción resulta especialmente reveladora para los fines clínicos del diagnóstico⁵⁸, ya que dirige la intervención hacia un amortiguamiento de los deseos hacia menores en favor de una focalización en los deseos hacia personas adultas consentidoras y tal vez un entrenamiento en habilidades sociales, en el caso de la pedofilia no exclusiva, y hacia una aceptación y compromiso de no actuación, y en ocasiones un manejo simultáneo de la autoestima o de posibles intentos de suicidio (habituales en esta población), en el caso de la pedofilia exclusiva. Otros autores, además de la especificación sobre la exclusividad, recomiendan incluir dentro del diagnóstico el sexo y la edad de los menores que más atraen al sujeto (aunque más que la edad se recomienda atender al desarrollo o no de los caracteres sexuales primarios y secundarios, siguiendo para ello las tablas de clasificación de madurez sexual de TANNER⁵⁹). A nivel criminológico, además, la distinción puede resultar de interés en el estudio del *modus operandi* del sujeto que comete un acto típico, dado que la forma de aproximación a la víctima y el nivel de violencia empleado podrían variar entre un menor prepúber y un menor adolescente.

Respecto al origen y curso de la atracción sexual hacia menores, el DSM-5 señala que el trastorno de pedofilia se desarrolla en la pubertad y es de por vida, aunque su curso pueda variar, aumentando o disminuyendo con la edad. Esta concepción de la atracción llevó al DSM-5 a considerar que, si no existe malestar subjetivo, limitaciones funcionales y el sujeto nunca ha pasado a la acción, no se hablaría de un trastorno sino de «una orientación sexual de pedofilia»⁶⁰. Considerar la pedofilia como una orientación sexual generó gran controversia social, por lo que la Asociación Americana de Psiquiatría, a través de una nota de prensa⁶¹, aclaró que se trataba de un error y que el término sería sustituido por el de «interés sexual», al igual que apoyó condenar penalmente a las personas que agreden sexualmente a menores y desarrollar tratamientos para el trastorno de pedofilia como forma de prevención. Este último cambio, en realidad, puede haber contribuido a generar más confusión, pues la orientación y el interés sexual son conceptos distintos. En el ámbito clínico, el interés sexual se refiere a aquello que la persona quiere hacer, lo lleve a cabo o no, implicando una activación sexual en el individuo⁶². Se entiende que es algo

⁵⁷ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 685.

⁵⁸ GANNON, *Aggression and Violent Behavior*, (61), 2021, pp. 1 ss.

⁵⁹ TANNER, *Fetus into Man: Physical Growth from Conception to Maturity*, 2ª ed., 1990, pp. 58 ss.

⁶⁰ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 698.

⁶¹ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *APA Statement on DSM-5 Text Error Oct. 31, 2013* [Disponible en https://psychstar.ca/resources/DSM-5_Corrections-to-Text_sexual_disorders.pdf].

⁶² MOSER, «Defining Sexual Orientation», *Archives of Sexual Behavior*, (45-3), 2016, pp. 505 ss.; SCHIPPERS *et al.*, «Pedophilia is associated with lower sexual interest in adults: Meta-analyses and a systematic review with men who had sexually offended against children», *Aggression and Violent Behavior*, (69-1), 2023, pp. 1 ss.

aprendido y, por tanto, flexible y susceptible de cambio⁶³, como sucede por ejemplo con determinadas fantasías sexuales, por lo que considerar la pedofilia como un interés sexual supondría la presencia de cualquier respuesta sexual absoluta hacia un estímulo relacionado con menores⁶⁴ y con posibilidad de ser cambiada o modificada. La orientación sexual, en cambio, es una atracción erótica más intensa y arraigada hacia cierto tipo de personas (en el caso de la pedofilia, menores de edad), inmutable y duradera, que se establece antes de la edad adulta y que no puede ser modificada después. Ello explica que diversos autores hayan retomado recientemente la idea de conceptualizar la pedofilia como una orientación sexual acuñando un nuevo término: «cronofilia». Esta es la concepción clínica que se expone a continuación.

b. La pedofilia como cronofilia

Para SETO, la orientación sexual es «una tendencia estable a orientarse preferentemente -en términos de atención, interés, atracción y excitación genital- a clases particulares de estímulos sexuales»⁶⁵. Es inmutable y duradera y se establece antes de la edad adulta, durante la pubertad⁶⁶. Además, al hablar de «clases particulares de estímulos sexuales», SETO entiende que la orientación sexual puede dirigirse hacia diferentes dimensiones en las que cada individuo tendrá una preferencia concreta⁶⁷. Así, la dimensión más conocida es la de sexo (que atiende a si la predilección se dirige hacia personas del propio sexo, de otro diferente, de ambos o de ninguno), pero se incluirían otras en las que cada sujeto albergaría una o varias preferencias, tales como vivo-no vivo (ej., personas u objetos fetichistas), especie humana o no humana (ej., zoofilia), yo-otros (ej., intereses sexuales dirigidos hacia dentro con un yo imaginado o hacia fuera con otras personas) o actividades (ej., exhibicionismo, *voyeurismo* o *frotteurismo*). La edad sería otra de estas dimensiones, dando lugar a diferentes términos según el nivel de desarrollo físico por el que sintiera atracción la persona (pedofilia, gerontofilia, etc.)⁶⁸.

Ahora bien, dado que el nivel de desarrollo físico y madurativo depende en gran medida de la edad de la persona y los desarrollos y edades varían a lo largo de la vida, para hablar de esta dimensión MONEY acuñó un término general, «cronofilia» (del griego, *khronos*, tiempo, y *philia*, amor)⁶⁹, que agruparía a otros términos particulares, cada uno de los cuales haría referencia a la atracción hacia tramos particulares de edad y desarrollo madurativo de los caracteres sexuales primarios y secundarios visibles, según la escala de maduración sexual de TANNER (1990): nepiofilia (sujetos entre 0 y 3 años, Tanner I), pedofilia (sujetos entre 3 y 9 años, Tanner II), hebefilia (sujetos prepúberes, entre 10 y 14 años, Tanner III), efebofilia (sujetos púberes, entre 14 y 17 años, Tanner IV), teleiofilia (sujetos de entre 18 y 30 años, Tanner V), mesofilia (sujetos

⁶³ IMHOFF *et al.*, «Toward a Theoretical Understanding of Sexual Orientation and Sexual Motivation», *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 29 ss.; SCHMIDT/IMHOFF, «Towards a Theory of Chronophilic Sexual Orientation in Heterosexual Men», en CRAIG (ed.), *Sexual Deviance: Understanding and managing deviant sexual interest and paraphilic disorders*, 2021, pp. 41 ss.

⁶⁴ SCHIPPERS *et al.*, *Aggression and Violent Behavior*, (69-1), 2023, pp. 1 ss.

⁶⁵ SETO, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, p. 3.

⁶⁶ IMHOFF *et al.*, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 29 ss.; MOSER, *Archives of Sexual Behavior*, (45-3), 2016, pp. 505 ss.; MOSER/KLEINPLATZ, *Annual Review of Clinical Psychology*, (16-1), 2020, pp. 81 ss.; SCHMIDT/IMHOFF, en CRAIG (ed.), *Sexual Deviance*, 2021, pp. 41 ss.; SETO, *Archives of Sexual Behavior*, (41-1), 2011, pp. 231 ss.; EL MISMO, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3 ss.

⁶⁷ SETO, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3 ss.

⁶⁸ SETO, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3 ss.

⁶⁹ MONEY, *Lovemaps: Clinical concepts of sexual/erotic health and pathology, paraphilia, and gender transposition of childhood, adolescence, and maturity*, 1986, pp. 70 ss.

entre 30 y 60 años, Tanner V) y gerontofilia (sujetos a partir de 60 años, Tanner V)⁷⁰. De acuerdo con esta perspectiva, por tanto, el término «pedofilia» no alude al interés sexual general hacia cualquier menor de edad independientemente de su desarrollo madurativo o de su edad, sino sólo a uno de los cuatro tipos de cronofilia que hacen referencia a menores de edad⁷¹. El origen de que las cronofilias hacia los menores de edad reciban varios nombres se debe a que el desarrollo madurativo durante la infancia y adolescencia sufre varios hitos particulares (ej., menarquia, cambios de voz). Además, a nivel subjetivo, los sujetos que se identifican con alguna de esas cronofilias son capaces de identificar muy bien el estadio concreto por el que se sienten atraídos, de manera que, si el menor evoluciona de tramo de edad, el sujeto dejaría de sentir la misma atracción por ellos, ya que el objeto de su atracción son las características asociadas a ese tramo concreto de edad y desarrollo y ya habrían desaparecido. Y esto, a nivel clínico y criminológico, es de alto interés detallarlo para poder efectuar los planes preventivos necesarios.

Por otra parte, al igual que sucedía con la conceptualización anterior, también se considera que estas cronofilias pueden ser exclusivas, si la persona solo siente atracción sexual hacia un estadio de desarrollo concreto, o no exclusivas, si siente atracción sexual hacia varias y alguno de esos tramos involucra a adultos⁷². Por tanto, puede haber personas con pedofilia exclusiva o con pedofilia no exclusiva⁷³.

Desde esta perspectiva clínica, se entiende que la pedofilia es una atracción sexual estable, que se desarrolla en la pubertad⁷⁴ y para la que no cabe plantear una modificación en el estadio de deseo⁷⁵: ni siquiera las intervenciones farmacológicas o de castración química han dado resultados consistentes, pues pese a la anulación de la respuesta fisiológica sexual, el sujeto puede continuar albergando deseos románticos, no exclusivamente eróticos, hacia los menores y, en su caso, podría concebir formas de contacto sexual que no implicasen la penetración, tales como la masturbación al menor o el sexo oral⁷⁶.

Así, toda vez que la atracción no se considera modificable, pero sí lo es la conducta sexual, los tratamientos disponibles se centran en enseñar al individuo a convivir y manejar su atracción sexual comprometiéndose a no llevar a cabo agresiones sexuales contra menores⁷⁷. Esta forma

⁷⁰ SETO, *Archives of Sexual Behavior*, (41-1), 2011, pp. 231 ss.; EL MISMO, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3 ss.; EL MISMO, *Pedophilia and sexual offending against children*, 2018, pp. 17 ss.

⁷¹ SETO, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3 ss.; EL MISMO, *Pedophilia and sexual offending against children*, 2018, p. 11.

⁷² SETO, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3 ss.; EL MISMO, *Pedophilia and sexual offending against children*, 2018, p. 9.

⁷³ BLANCHARD *et al.*, «Pedophilia, hebephilia, and the DSM-V», *Archives of Sexual Behavior*, (38-3), 2009, pp. 335 ss.; SETO, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3 ss.; EL MISMO, *Pedophilia and sexual offending against children*, 2018, p. 9.

⁷⁴ GRUNDMANN *et al.*, «Stability of Self-Reported Arousal to Sexual Fantasies Involving Children in a Clinical Sample of Pedophiles and Hebephiles», *Archives of Sexual Behavior*, (45-5), 2016, pp. 1153 ss.; KONRAD *et al.*, «Therapeutic Options», en BEIER (ed.), *Pedophilia, Hebephilia and Sexual Offending against Children*, 2021, pp. 27 ss.; SETO, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3 ss.; EL MISMO, *Pedophilia and sexual offending against children*, 2018, p. 15.

⁷⁵ KONRAD *et al.*, en BEIER (ed.), *Pedophilia, Hebephilia and Sexual Offending against Children*, 2021, pp. 27 ss.; MOSER, «DSM-5, Paraphilias, and the Paraphilic Disorders: Confusion Reigns», *Archives of Sexual Behavior*, (48-3), 2019, pp. 681 ss.; SETO, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3 ss.

⁷⁶ SETO, *Annual Review of Clinical Psychology*, (5-1), 2009, pp. 391 ss.

⁷⁷ BEIER *et al.*, «The Berlin Prevention Project Dunkelfeld (PPD)», en BEIER (ed.), *Pedophilia, Hebephilia and Sexual Offending against Children*, 2021, pp. 43 ss.; SETO, *Annual Review of Clinical Psychology*, (5-1), 2009, pp. 391 ss.; EL MISMO, *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3 ss.

de tratamiento se ilustra particularmente bien con el lema del Proyecto alemán *Dunkelfeld*, paradigma de la terapia con personas atraídas sexualmente hacia menores: «Nadie es culpable de lo que siente, pero sí es responsable de lo que hace». Ahora bien, para que el tratamiento de compromiso conductual hacia la no-agresión funcione, la motivación del sujeto juega un papel muy importante⁷⁸. Por esto mismo, se apuesta por el ofrecimiento en el nivel clínico de espacios que permitan a las personas con cronofilia dirigidas a menores de edad que necesiten hablar de su atracción y reducir su malestar, dotándolas de herramientas que les permitan no pasar a la acción y abstenerse de cometer el delito⁷⁹. De hecho, hay autores que señalan que el malestar que experimentan muchas personas con pedofilia les hace particularmente proclives a buscar tratamiento, aunque popularmente se piense lo contrario⁸⁰ y sea difícil encontrar un tratamiento especializado y un terapeuta que no juzgue negativamente al sujeto o experimente sensaciones desagradables hacia él⁸¹.

De esta forma, los autores que postulan esta concepción de la pedofilia entienden que el tratamiento más eficaz es el preventivo, evitando promover el estigma y señalamiento de los sujetos con estos intereses⁸². Proponen, en consecuencia, abrir un espacio al que puedan dirigirse los sujetos con pedofilia que lo precisen a fin de dotarles de herramientas para comprender y gestionar su situación, reducir su malestar y, en su caso, evitar la agresión sexual como respuesta: es el caso de proyectos que se han puesto en marcha en Alemania (el mencionado *Prevention Project Dunkelfeld*), Reino Unido (*Stop It Now!*), República Checa (*Projekt Parafilik*), Francia (*PedoHelp*), Estados Unidos (*Help Wanted Prevention Project*), Bélgica (*I.T.E.R. Center for Prevention and Treatment*) y Canadá (*Talking for Change*).

Un paso más allá da un conjunto de autores que considera que la pedofilia no es un trastorno, pero tampoco una cronofilia, sino un simple interés sexual atípico que no debería incluirse en los manuales diagnósticos. Es la última de las conceptualizaciones alternativas de la pedofilia en el ámbito clínico y a ella se dedica el siguiente epígrafe.

c. La pedofilia como interés sexual atípico

Por último, hay autores que consideran que la conceptualización de las parafilias es confusa porque no cumple la definición de trastorno mental que sugiere el DSM⁸³. El DSM-5 define el trastorno mental, cualquiera que este sea, como «un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento del individuo que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que

⁷⁸ SETO, *Annual Review of Clinical Psychology*, (5-1), 2009, pp. 391 ss.

⁷⁹ BEIER et al., «Encouraging self-identified pedophiles and hebephiles to seek professional help: First results of the Prevention Project Dunkelfeld (PPD)», *Child Abuse and Neglect*, (33-8), 2009, pp. 545 ss.; GANNON, *Aggression and Violent Behavior*, (61), 2021, pp. 1 ss.; JAHNKE, *European Psychologist*, (23-2), 2018, pp. 144 ss.

⁸⁰ BEIER et al., *Child Abuse and Neglect*, (33-8), 2009, pp. 545 ss.; BEIER et al., en BEIER (ed.), *Pedophilia, Hebephilia and Sexual Offending against Children*, 2021, pp. 43 ss.

⁸¹ JAHNKE, *Archives of Sexual Behavior*, (47-2), 2018, pp. 363 ss.; LA MISMA, *European Psychologist*, (23-2), 2018, pp. 144 ss.; STEVENS/WOOD, *Journal of Child Sexual Abuse*, (28-8), 2019, pp. 968 ss. Cfr. en detalle, BUENO GUERRA, «La exclusión social de las personas con pedofilia y de quienes cometen delitos sexuales contra menores», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, pp. 297 ss.

⁸² LASHER/STINSON, «Adults with Pedophilic Interests in the United States: Current Practices and Suggestions for Future Policy and Research», *Archives of Sexual Behavior*, (46-3), 2017, pp. 659 ss.

⁸³ MOSER, *Archives of Sexual Behavior*, (48-3), 2019, pp. 681 ss.; MOSER/KLEINPLATZ, *Annual Review of Clinical Psychology*, (16-1), 2020, pp. 81 ss.

subyacen en su función mental»⁸⁴, generalmente provocando un estrés significativo para el individuo. De hecho, el propio DSM 5 explicita que los comportamientos socialmente desviados (ya sean políticos, sexuales, religiosos o delictivos) no son trastornos mentales a no ser que sean resultado de una disfunción como las inicialmente mencionadas⁸⁵. En el caso de las parafilias, además, esta disfunción debe resultar del malestar personal a causa de sus intereses sexuales y no derivado por el rechazo social hacia las parafilias⁸⁶. Para estos autores, por tanto, las parafilias son gustos privados que no siempre producen en el sujeto una sensación subjetiva de malestar o alteran sus procesos psíquicos y solo cuando el sujeto siente malestar porque no se siente a gusto con su atracción, independientemente del juicio de terceros hacia esas atracciones sexuales, deberían ser clasificadas como trastorno. Por todo ello, los autores que sostienen esta postura defienden que las parafilias simplemente son atracciones sexuales poco habituales y que la sección debería ser revisada o directamente eliminada del manual⁸⁷. Para estos autores, el propósito en el ámbito clínico debe ser identificar criterios que permitan caracterizar la pedofilia como un trastorno mental de acuerdo con la definición aceptada de este último; en ausencia de tales criterios, lo procedente será desistir de la inclusión en los manuales diagnósticos del interés sexual por menores. Es importante recalcar que estos autores no alientan la comisión de delitos sexuales contra menores ni pretenden facilitar la elusión de responsabilidad penal de quienes los cometen. Al contrario; la despatologización de la pedofilia impediría que quienes agreden sexualmente a un menor y además tienen un interés sexual en menores dispusieran de un «paraguas» clínico bajo el que guarecerse y fundamentar una posible afectación de su imputabilidad⁸⁸.

Los defensores de esta postura sostienen que, si la pedofilia se ha incluido en el DSM es seguramente porque una de las maneras en las que socialmente se demuestra rechazo hacia una realidad es a través de su patologización, criticando así la inclusión de las parafilias en el manual por motivos sociales y no estrictamente clínicos⁸⁹. De hecho, como el DSM 5 argumenta que la diferencia entre desviación sexual y trastorno mental radica en que el trastorno causa daño, estos autores consideran problemático que el DSM no explique cómo y por qué dañar a otros es lo que hace que las parafilias sean un trastorno más que una conducta inmoral o delictiva⁹⁰. Así, hacen hincapié en que a lo largo de los años ha habido muchos cambios en las preferencias sexuales consideradas patológicas, y esto muestra, en su opinión, la dificultad que afrontaría el manual para diferenciar un trastorno mental de lo que en cada época se han considerado conductas inmorales, no éticas o ilegales⁹¹.

⁸⁴ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 20.

⁸⁵ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., 2014, p. 20.

⁸⁶ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Paraphilic Disorders*, 2013; DE BLOCK/ADRIAENS, *Journal of Sex Research*, (50-3/4), 2013, pp. 276 ss.

⁸⁷ MOSER, *Archives of Sexual Behavior*, (38-3), 2009, pp. 323 ss.; MOSER/KLEINPLATZ, *Archivos Hispanoamericanos de Sexología*, (12-2), 2006, pp. 217 ss.; LOS MISMOS, *Annual Review of Clinical Psychology*, (16-1), 2020, pp. 81 ss.

⁸⁸ DE BLOCK/ADRIAENS, *Journal of Sex Research*, (50-3/4), 2013, pp. 276 ss.; MOSER, *Archives of Sexual Behavior*, (38-3), 2009, pp. 323 ss.; MOSER/KLEINPLATZ, *Archivos Hispanoamericanos de Sexología*, (12-2), 2006, pp. 217 ss.; LOS MISMOS, *Annual Review of Clinical Psychology*, (16-1), 2020, pp. 81 ss.

⁸⁹ DE BLOCK/ADRIAENS, *Journal of Sex Research*, (50-3/4), 2013, pp. 276 ss.; MOSER/KLEINPLATZ, *Archivos Hispanoamericanos de Sexología*, (12-2), 2006, pp. 217 ss.; LOS MISMOS, *Annual Review of Clinical Psychology*, (16-1), 2020, pp. 81 ss.

⁹⁰ DE BLOCK/ADRIAENS, *Journal of Sex Research*, (50-3/4), 2013, pp. 276 ss.

⁹¹ DE BLOCK/ADRIAENS, *Journal of Sex Research*, (50-3/4), 2013, pp. 276 ss.; GAMI, «Between DSM and ICD: Paraphilias and the Transformation of Sexual Norms», *Archives of Sexual Behavior*, (44-5), 2015, pp. 1127 ss.;

Además, critican el énfasis que el DSM pone en las conductas sexuales específicas de cada parafilia para diagnosticar el trastorno⁹². MOSER insiste en que el debate actualmente se centra sobre todo en la edad de las personas que atraen al individuo, dado que, siendo menores de edad, pasar a la acción supondría automáticamente la calificación de la conducta como delito⁹³. Sin embargo, el autor señala que ni pasar a la acción ni cometer un delito indican necesariamente sufrir una patología, como demuestra el hecho de que la mayoría de los condenados por la comisión de un delito no son diagnosticados de ningún trastorno fundado en los delitos concretos cometidos. Para MOSER, por tanto, la inclusión de la pedofilia en el manual de forma asociada al paso a la acción entraña una patologización innecesaria de una conducta por el mero hecho de su relevancia penal, por lo que debería procederse a su eliminación del mismo.

1.3. Pedofilia y atenuación de la responsabilidad penal

Esta incertidumbre científica sobre la caracterización de la pedofilia origina, como no puede ser de otra manera, un alto grado de diversidad en la apreciación jurisprudencial de esta condición. La conceptualización de la pedofilia como un trastorno, como una cronofilia o como un mero interés sexual atípico entraña una valoración desigual de su repercusión sobre la capacidad volitiva del sujeto, lo que, como se ha visto, determina una diferente consideración por parte del Derecho penal.

La afectación a la capacidad volitiva (y, en particular, su plasmación en una deficiente capacidad de controlar el impulso sexual) y la consideración de que un tratamiento puede hacer desaparecer el interés sexual en menores se hallan precisamente en el centro de la discusión. La conexión entre el control de los impulsos y esta capacidad ha sido ampliamente discutida. En el nivel clínico, el DSM-5 y la CIE-11 recogen trastornos del control de impulsos donde se incluyen algunos –como la cleptomanía (F63.2 en DSM-5 y 6C71 en CIE-11)– estrechamente vinculados con los delitos patrimoniales. Ello ha posibilitado examinar su efecto en la imputabilidad de quienes padecen este tipo de trastornos, que se suele entender menoscabada en su dimensión volitiva⁹⁴.

Existen precedentes en otros países en los que la jurisprudencia ha asumido que la pedofilia comporta también una dificultad en el autocontrol de los impulsos sexuales que perturba la capacidad volitiva⁹⁵; es el caso, por ejemplo, del notorio caso *Kansas vs. Hendricks* –521 U.S. 346 (1997)– en el que el Tribunal Supremo de los EE.UU. admitió la posibilidad de someter a un ciudadano a un internamiento civil involuntario en atención a que su pedofilia acreditaba su peligrosidad, dado que actuaba movido por impulsos irresistibles que no le permitían controlar sus conductas delictivas respecto a los menores.

La presencia de sentencias de Tribunales españoles que han valorado la concurrencia de un diagnóstico de pedofilia para atenuar la responsabilidad penal de reos condenados por delitos

MOSER, *Archives of Sexual Behavior*, (38-3), 2009, pp. 323 ss.; MOSER/KLEINPLATZ, *Archivos Hispanoamericanos de Sexología*, (12-2), 2006, pp. 217 ss.; LOS MISMOS, *Annual Review of Clinical Psychology*, (16-1), 2020, pp. 81 ss.

⁹² MOSER/KLEINPLATZ, *Archivos Hispanoamericanos de Sexología*, (12-2), 2006, pp. 217 ss.

⁹³ MOSER, *Archives of Sexual Behavior*, (38-3), 2009, pp. 323 ss.

⁹⁴ CORRECHER MIRA, «La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-7), 2020, pp. 1 ss.; SÁNCHEZ VILANOVA, «Nuevas perspectivas en el tratamiento jurisprudencial de la cleptomanía», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (22), 2019, pp. 159 ss.

⁹⁵ BERLIN, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, (42-4), 2014, pp. 404 ss.

contra la libertad sexual de los menores puede ser el resultado de razonamientos de esta índole. Ello es lo que justifica examinar de forma sistemática tales pronunciamientos a fin de discutir posteriormente desde el punto de vista científico los argumentos subyacentes.

2. Método

La búsqueda de sentencias se llevó a cabo mediante las bases de datos de Aranzadi Instituciones y Tirant on line. Dada la ausencia de repercusión en el objeto de estudio de las diversas reformas sufridas por el Código Penal español en los últimos tiempos, no se consideró necesario acotar la exploración a un marco temporal concreto. El objetivo fue recuperar sentencias en las que la pedofilia fundamentase, por sí sola o juntamente con otros factores, la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal en cualquier delito contra la libertad sexual de un menor. Este fue, en consecuencia, el único criterio de selección.

En la base de datos de Aranzadi Instituciones se seleccionó la opción de Jurisprudencia, introduciendo la palabra clave «pedofilia», con la que se obtuvieron 479 resultados. Para filtrar esas sentencias, se empleó la opción de buscar en resultados, introduciendo la palabra «atenuante», donde se obtuvieron 78 resultados, y después la palabra «eximente», obteniéndose 57. Con intención de ampliar la muestra, se introdujo en el buscador de Jurisprudencia la ecuación «(pedofilia NO paidofilia) Y atenuante O eximente», con la que se obtuvieron 4 resultados más. Descartando las sentencias repetidas entre búsquedas, el total de las obtenidas fue de 89.

En la base de datos de Tirant on line se seleccionó la opción de Jurisprudencia Penal y se introdujo en el buscador la ecuación «pedofilia Y atenuante», obteniéndose 52 resultados. Se lanzó una segunda búsqueda escribiendo en el buscador la ecuación «pedofilia Y atenuante O eximente» y filtrando los resultados con la opción de «Delito contra la libertad e indemnidad sexuales» y «Delitos de agresión y abuso a menores» y una tercera búsqueda con «paidofilia Y atenuante O eximente NO pedofilia» y los mismos filtros. El total de sentencias recuperadas fue de 96.

Descartando las sentencias repetidas entre ambas bases de datos y aquellas no relacionadas con delitos sexuales contra menores, el resultado final fue de 163 (es decir, se identificaron 163 sentencias en las que se aduce pedofilia en el acusado). De estas, 35 aceptaron el diagnóstico de pedofilia y asociaron al mismo una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. Dado que 6 de ellas resolvían recursos presentados frente a otras sentencias recuperadas y se referían, por tanto, al mismo caso, se decidió valorar en el estudio los argumentos de las sentencias dictadas por el órgano superior. Aun así, las 35 sentencias fueron codificadas.

Por tanto, la muestra final para el análisis de la modificación de la imputabilidad de un condenado debida a la alegación de pedofilia fue de 29 sentencias dictadas entre los años 1995 y 2021, que se referenciarán en el texto con la letra «S», seguida del número que se muestra en el listado del Anexo II⁹⁶.

Para codificar las sentencias se crearon 43 variables cuantitativas y cualitativas, tomando como referencia la revisión bibliográfica realizada y el contenido de las sentencias (ver Anexo III y el

⁹⁶ Las seis sentencias que son recursos de otras se han identificado con el número asignado a la sentencia del órgano jurisdiccional superior seguido del término «bis».

Excel descargable⁹⁷). La información de cada variable se localizó en cada sentencia, atendiendo especialmente a los apartados de Hechos Probados, Fundamentos Jurídicos y Fallo, y se codificó en un documento Excel. La codificación de los delitos se realizó teniendo en cuenta los indicados textualmente en el Fallo, a pesar de los cambios de nomenclatura a lo largo de los años y de la reciente reforma del CP español por la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. Sin embargo, a fin de unificar las conductas penadas se recurrió a la redacción actual y se crearon dos variables adicionales (variables 19 y 20 en Anexo III): agresión sexual a menores (según el capítulo II del CP, de las agresiones sexuales a menores de 16 años, y que incluye de la variable 7 a la 11) y pornografía infantil (art. 189 CP, de la variable 12 a la 15).

Por último, el análisis descriptivo se realizó con el programa estadístico Jamovi, versión 2.3.26.

3. Resultados

En la mayoría de los procesos donde la defensa del reo aduce la pedofilia como atenuante o eximente (78,5%, n=128), la pretensión se desestima, entendiendo el Tribunal que aquella no afecta a las capacidades volitivas y cognitivas del sujeto. Sin embargo, en las sentencias en que el diagnóstico de pedofilia sí determina una modificación de la responsabilidad penal (21,5%, n=35), se observan variaciones en la decisión dependiendo de si se presenta o no acompañada de otro factor. En todos los casos en que solo se diagnostica pedofilia (48,3%, n=14) se aplica una atenuante por analogía (art. 21.7 CP). En algunos de los casos en los que hay al menos un trastorno comórbido a la pedofilia (51,7 %, n=15), se aplica la eximente incompleta del art. 21.1 CP (ver Tabla 2). Aun así, estas diferencias no llegan a ser estadísticamente significativas (χ^2 (1) = 3,12; p = 0,077). Por otro lado, solo en dos de los casos donde se condena al autor por otros delitos se especifica que la circunstancia modificativa no se aplica a dichos delitos (a la pertenencia a grupo criminal en la S26 y al delito contra la salud pública en la S29), pues se entiende que la pedofilia no influyó sobre ellos, al ser ajenos al ámbito sexual.

Tabla 2

Circunstancia modificativa aplicada según si la pedofilia se acompaña o no de otros trastornos

	Otros trastornos	
	Sí	No
Circunstancia modificativa	% (n)	% (n)
Atenuante por analogía	80 (12)	100 (14)
Eximente incompleta	20 (3)	0 (0)

En las 29 sentencias analizadas todos los agresores con pedofilia son hombres, con una edad media de 40,8 años (n=17; mín.=18, máx.=72, SD=17,1). Utilizando el *nomen* que el CP en vigor asigna a la infracción penal, la mayoría son condenados por delitos de agresión sexual a menores (65,5%, n=19), seguidos de delitos de pornografía infantil (48,3%, n=14), provocación sexual a menores (6,9%, n=2), exhibicionismo (3,4%, n=1) y prostitución de menores (3,4 %, n=1).

⁹⁷ Enlace para acceder a la codificación de las sentencias: <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.17910.37440/1>

Además, en el 21,1% de los casos de agresión sexual (n=4) hay constancia de que el sujeto era usuario de imágenes abusivas de menores, pues es condenado también por delitos de pornografía infantil, siendo estas diferencias estadísticamente significativas ($\chi^2 (1) = 16,4$; $p < 0,001$).

En un 24,1% (n=7) de las sentencias se condena al autor por otro delito, que, no siendo contra la libertad sexual, sí se relaciona con este. Así, en las S11 y S29 se condena también por un delito contra la salud pública, pues en la primera de ellas el reo se ganó la confianza de uno de los menores a los que agredió ofreciéndole marihuana a cambio de ir a su casa, y en la segunda el reo contactó con dos mujeres con adicción a la heroína y la cocaína y les prometió cierta cantidad de las sustancias a cambio de que le llevaran «una niña pequeña para desnudarla, pintarla y fotografiarla». En esta última sentencia también se condena al sujeto por un delito de rapto del art. 440 del CP de 1973, al igual que en la S17, donde se condena por cuatro delitos de detención ilegal (el hombre, mayor de edad, actúa junto a su pareja, de 17 años, yendo en su vehículo a buscar a niñas que mete en su coche y lleva a su casa para agredirlas).

Asimismo, en dos sentencias se condena por delitos contra la intimidad. En la S7, por conseguir fotografías de menores desnudas o en ropa interior, al ser el reo segundo entrenador de un equipo de fútbol femenino y delegado del club deportivo y conseguir las fotografías a través de una jugadora del equipo, de 17 años, con la que mantenía una relación sentimental secreta, siendo él 17 años mayor. En la S24, por fotografiar y grabar a las menores de las que se encargaba de cuidar.

Por último, en la S19 se condena también por dos delitos de amenazas condicionales (el agresor usa las redes sociales para contactar con niños menores, haciéndose pasar por una chica y a dos de ellos les amenaza con difundir las imágenes y vídeos sexuales en caso de que dejen de enviarle contenido de naturaleza sexual) y en la S26 por pertenencia a grupo criminal (el hombre pertenecía a una estructura internacional que actuaba de manera virtual seleccionando «a su gusto a unas determinadas niñas que, por sus características, les parecen idóneas para satisfacer sus impulsos sexuales, con la finalidad de que las personas próximas a las menores, de acuerdo con los primeros, de quienes reciben instrucciones, realicen reportajes fotográficos o videográficos de las niñas en actitudes claramente sexuales»).

Sobre la comorbilidad con otros trastornos, un 51,7% (n=15) de los condenados presenta al menos un trastorno adicional al de pedofilia. De estos, un 53,3% (n=8) padece solo un trastorno añadido, mientras que el 46,7% (n=7) restante presenta más de uno. En concreto, los trastornos más presentes son los de personalidad (en once casos: S6, S7, S8, S11, S14, S17, S19, S20, S25, S28 y S29), seguidos de discapacidad intelectual (leve (F70) en los tres casos: S4, S6 y S13), trastornos adaptativos (en tres casos: mixto (F43.23) en S4 y S21 y con estado de ánimo depresivo (F43.21) en S7), otras parafilias (fetichismo (F65.0) en S7, *voyeurismo* (F65.3) en S27 y S29, donde también se mencionan ciertas expresiones sadistas) y trastornos por consumo de sustancias (consumo de cocaína (F14.10) en S27 y adicción a la cocaína (F14.20) y consumo de alcohol abusivo (F10.10) en S29). Tan solo en la S8 se dio el caso de un trastorno orgánico junto con un trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar (F25.0).

La apreciación de la afectación a las capacidades cognitivas y volitivas de los condenados en las sentencias en que la pedofilia determina una modificación de la responsabilidad penal varía dependiendo de si la pedofilia aparece o no acompañada de otros factores. Cuando solo está presente la pedofilia (n=14), se considera que la capacidad cognitiva está conservada, siendo esta diferencia estadísticamente significativa ($\chi^2 (2) = 7,06$; $p = 0,029$). La capacidad volitiva, por su parte, se considera afectada en todos los casos, mayoritariamente sin especificar el grado (ver

Tabla 3). Aunque la S3 señala expresamente que el sujeto «no tenía afectadas sus capacidades cognitivas y volitivas, sino solo mermadas sus barreras de contención o inhibición», en tanto que decide atenuar su responsabilidad penal, parece asumir implícitamente que la capacidad volitiva sí se hallaba, al menos, levemente perturbada.

Tabla 3
Efectos del diagnóstico exclusivo de pedofilia sobre la capacidad volitiva

Capacidad volitiva	Porcentaje (n)
Afectación grave	14,3 (2)
Afectación moderada	7,1 (1)
Afectación leve	28,6 (4)
Afectada, pero sin especificar grado	42,9 (6)
Conservada	7,1 (1)

Si la pedofilia se presenta comórbida a otros trastornos (n=15), hay casos en que se considera que la capacidad cognitiva está afectada, ya sea sin especificar el grado o de forma leve. En concreto, los trastornos que acompañan a la pedofilia en estos casos son discapacidad intelectual (S4 y S13), trastornos adaptativos (mixto en S4 y depresivo en S7), de personalidad (trastorno de personalidad en S7, antisocial (F60.2) en S17 y límite (F60.3) en S20) y orgánicos (deterioro orgánico funcional cerebral que potencia la pedofilia, en S8, y que además va acompañado de un trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar). La capacidad volitiva se considera afectada en todos los casos, aunque usualmente sin especificar en qué grado. En la Tabla 4 se recoge el efecto de la pedofilia comórbida a otros trastornos y su repercusión sobre la capacidad cognitiva y volitiva.

Tabla 4
Efectos del diagnóstico de pedofilia comórbida a otros trastornos sobre las capacidades cognitivas y volitivas

	Capacidad cognitiva	Capacidad volitiva
Conservada	60% (n = 9)	0% (n = 0)
Afectación leve	13,3% (n = 2)	20% (n = 3)
Afectación moderada	0% (n = 0)	13,3% (n = 2)
Afectación grave	0% (n = 0)	13,3% (n = 2)
Afectada, pero sin especificar grado	26,7% (n = 4)	53,3% (n = 8)

Para justificar la apreciación o no de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal al diagnosticarse pedofilia y su afectación o no sobre la capacidad cognitiva y volitiva, varias sentencias hacen referencia a otras fuentes de información. No obstante, lo hacen de manera errónea. En concreto, en la S16 y la S29 se citan sentencias previas, especialmente la STS 1283/1997, Penal, de 24 de octubre⁹⁸ y la STS 478/2019, Penal, de 14 de octubre⁹⁹, para justificar que se puede apreciar la modificación de la responsabilidad penal del acusado si presenta diagnóstico de pedofilia. Sin embargo, cuando se acude al texto original de tales sentencias, se advierte que en ambas se rechaza que el diagnóstico de pedofilia afecte por sí mismo a la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, circunstancia que la primera de ellas sólo admite -en su caso- cuando la pedofilia va asociada a otros trastornos psíquicos relevantes. Este error de referencia repetido tal vez se deba a que una mala interpretación del texto de la sentencia original ha sido inadvertidamente reproducida por sentencias posteriores que abordan el mismo ámbito, sin reparar en su errónea naturaleza. Asimismo, hay sentencias en las que se mencionan el DSM y la CIE para definir el trastorno de pedofilia y otras en las que se hace alusión a los informes periciales de médicos, psiquiatras y psicólogos que, no estando accesibles para su consulta, no permiten un análisis más pormenorizado en el presente estudio.

Respecto a las víctimas de delitos por agresor cuyo diagnóstico de pedofilia modifica su responsabilidad penal, la mayoría son mujeres (65,5%, n=19), seguidas de varones (24,1%, n=7) y de ambos sexos (10,3%, n=3). Ahora bien, tan solo en cinco de las sentencias se recoge hacia qué sexo se dirigía la atracción por los menores, siendo en cuatro de ellas por el femenino (S5, S23, S24 y S25) y en una por el masculino (S21). Del mismo modo, atendiendo a las sentencias en las que se recoge el especificador de exclusividad¹⁰⁰ (N=10) se obtiene que la mayoría (70%, n=7) padece una pedofilia de tipo no exclusivo.

La mayoría de los sujetos (55,2%, n=16) son desconocidos para la víctima la primera vez que se encuentran, seguido de aquellos que tienen relación de parentesco (13,8%, n=4), los conocidos del menor (13,8%, n=4), amigos de familiares (10,3%, n=3), entrenadores deportivos (3,4%, n=1) y vecinos (3,4%, n=1). En cuanto al parentesco, en la S6, la mujer del condenado y la madre de la menor eran primas; en la S10, era tío de la menor; en la S14, se trataba del tío político (su mujer era hermana de la madre de la niña); y en la S24, una de las víctimas era su prima. Además, en el 75% de los casos en los que el agresor es familiar de la víctima (n=4) el abuso es continuado en el tiempo, siendo estas diferencias estadísticamente significativas ($\chi^2(1) = 6,56; p = 0,01$).

⁹⁸ STS 1283/1997, Penal, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:1997:6341).

⁹⁹ STS 478/2019, Penal, de 14 de octubre, (ECLI:ES:TS:2019:3397). Estas dos sentencias no se incluyeron en la muestra por no considerar la pedofilia como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

¹⁰⁰ En la S6, S14 y S19 no se explicita que la pedofilia sea no exclusiva, pero puede deducirse. En las S6 y S14 el sujeto está casado con una mujer adulta y en la S19 se menciona que el abandono sentimental de su pareja hizo que se agravara su trastorno de personalidad por evitación y que sufriese una neurosis depresiva. Por tanto, se trata de sujetos capaces de sentirse atraídos por y mantener relaciones con personas adultas.

En la Tabla 5 se recoge un resumen de los resultados obtenidos.

Tabla 5
Resultados del análisis de sentencias

Sentencia	Uso del concepto de pedofilia	Otros trastornos	Tipo de delito	Circunstancia modificativa	Capacidad cognitiva	Capacidad volitiva
S1	Pedofilia, trastorno que se traduce en una preferencia sexual por los niños	No	Abuso sexual	Atenuante por analogía	Conservada	Afectación leve
S2	Trastorno de la personalidad de tipo paidofílico	No	Abuso sexual	Atenuante por analogía	Conservada	Afectación sin especificar grado
S3	Pedofilia	No	Abuso sexual continuado	Atenuante por analogía	Conservada	Conservada
S4	Peculiaridad de preferencia sexual con niños o paidofilia, de tipo exclusivo	Capacidad intelectual en el límite de la normalidad, trastorno adaptativo mixto de ansiedad y estado de ánimo depresivo	Abuso sexual y provocación sexual de menores	Atenuante por analogía	Afectación sin especificar grado	Afectación sin especificar grado
S5	Alteración en su inclinación sexual (respecto de los parámetros normalizados) o parafilia en su modalidad de pedofilia, de tipo heterosexual y de carácter no exclusivo, ya que también presenta inclinaciones sexuales normalizadas	No	Abuso sexual continuado	Atenuante por analogía	Conservada	Afectación sin especificar grado

4. Discusión

Como se indicó al inicio, el objetivo de este trabajo es examinar las sentencias españolas que han fundado una decisión de atenuación de la responsabilidad penal sobre un diagnóstico de pedofilia, a fin de evaluar los argumentos aducidos a partir de la investigación psicológica contemporánea sobre esta cuestión y proponer pautas para el tratamiento jurisprudencial del diagnóstico.

A nivel general, se muestra que los condenados diagnosticados de pedofilia, ya haya un trastorno concomitante o no, son hombres adultos, de mediana edad. La condena obedece a la comisión de delitos de agresión sexual a menores o de pornografía infantil, encontrándose algunos casos donde ambos concurren. Además, en caso de ser condenados por otros delitos no sexuales, estos constituyen medios para procurar el atentado contra la libertad sexual de los menores (traficar con drogas, amenazar, raptar o vulnerar la intimidad del menor). La mayoría de los sujetos padecen pedofilia de tipo no exclusivo y con atracción por el sexo femenino y son desconocidos para la víctima, aunque existe un número significativo de casos en los que el agresor pertenece a su entorno, ya sea por ser un familiar, amigo de sus padres o un conocido.

Ahora bien, respecto de la imputabilidad, resulta relevante mencionar que en la mayoría de las sentencias consultadas donde se adujo el diagnóstico de pedofilia en el acusado de un delito de agresión sexual a menores (en 128 de 163 sentencias consultadas), esta entidad clínica por sí sola no produjo una modificación de la responsabilidad penal. En las sentencias donde el diagnóstico produjo una modificación de la responsabilidad penal (en 35 de 163 sentencias consultadas), existen diferencias en función de si el diagnóstico de pedofilia va acompañado o no de otros factores. En los casos en que solo se diagnostica pedofilia, sin ningún otro trastorno concomitante, se aprecia la atenuante analógica del art. 21.7 CP (en relación con el art. 21.1 CP y este, a su vez, con el art. 20.1 CP, que recoge la eximente de anomalía o alteración psíquica), considerando que tal condición no afecta a la capacidad cognitiva pero sí a la volitiva, aunque no se concreta en qué grado. En los casos en los que la pedofilia aparece junto a otros trastornos, las sentencias optan bien por la citada atenuante analógica, bien por la eximente incompleta, pues consideran que la capacidad cognitiva podría verse alterada, aunque sin especificar el grado, cuando la pedofilia se acompaña de discapacidad intelectual, trastornos adaptativos, trastorno de personalidad límite o antisocial y trastornos orgánicos cerebrales. No parece pues que en esos casos la pedofilia sea considerada la principal causante de esa merma cognitiva, sino más bien el trastorno adicional que se diagnostica en el sujeto.

4.1. Relevancia de la perspectiva mixta biológico-psicológica del Código Penal en la determinación de la pedofilia como posible causa de inimputabilidad o imputabilidad parcial

Parece indudable que las sentencias que modulan la responsabilidad penal del sujeto en atención a un diagnóstico de pedofilia asumen que esta constituye una anomalía o alteración psíquica y, por tanto, satisface el presupuesto que exige el art. 20.1 CP (o, en su caso, los arts. 21.1 y 21.7 CP en relación con éste). Aun cuando no constituyen la mayoría de las sentencias consultadas, alcanzan un número lo suficiente relevante como para proceder a su identificación y a examinar si el argumentario que presentan se compadece con la perspectiva mixta biológico-psicológica que en la actualidad adopta el CP español¹⁰¹.

¹⁰¹ OBREGÓN GARCÍA/GÓMEZ LANZ, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 2023, p. 143.

En primer lugar, el carácter prolongado en el tiempo de la pedofilia -apreciación en la que coinciden todas las perspectivas clínicas expuestas- justifica su consideración como una anomalía o alteración del primer párrafo del art. 20.1 CP y no como un TMT. Todas las perspectivas clínicas sobre la pedofilia consideran que el sujeto mantiene una inclinación sexual hacia los menores que persiste en el tiempo.

En segundo lugar, a nivel biológico, esta calificación como anomalía o alteración psíquica puede afirmarse tanto en los casos de pedofilia del desarrollo (la más frecuente, que aparece a lo largo de la vida de la persona, sin causa física orgánica concreta, aunque acompañada de cierto perfil neuropsicológico diferente del de quienes no desarrollan intereses pedófilos) como en los casos de pedofilia adquirida por daño cerebral (que aparece como consecuencia de un evento cerebral concreto, como por ejemplo un tumor, que, aunque resulta muy poco frecuente, se suele resolver si se puede solventar el evento cerebral). Si bien los tribunales no demandan de forma imperativa la existencia de una anormalidad cerebral para afirmar la concurrencia de una anomalía o alteración psíquica, lo cierto es que existen investigaciones que apuntan a su presencia en ambas clases. En la del desarrollo, algunos estudios señalan que las personas con pedofilia parecen tener menos materia blanca cerebral en los lóbulos temporal y parietal, bilateralmente¹⁰² y otras alteraciones funcionales de las áreas frontal, temporal y límbica del cerebro¹⁰³. En el caso de la pedofilia adquirida por daños cerebrales, esta afectación resulta, como es obvio, más evidente¹⁰⁴. BURNS y SWERDLOW exponen, por ejemplo, el caso de un hombre de 40 años que durante dos años mostró interés en consumir imágenes abusivas de menores, sabiendo que estaba mal, pero sin que este conocimiento resultara suficiente para controlar sus acciones¹⁰⁵. El sujeto acabó cometiendo un delito contra la hija de su pareja y fue condenado. Tras una valoración neurológica, se descubrió que padecía un tumor cerebral que fue extirpado, desapareciendo a continuación sus intereses pedófilos. A los nueve meses de la operación comenzó a mostrar de nuevo interés en imágenes abusivas de menores, por lo que se le volvió a hacer una resonancia magnética y se descubrió la reaparición del tumor. La nueva desaparición de los síntomas tras la operación evidenció la causalidad del trastorno. Asimismo, FUMAGALLI, PRAVETTONI y PRIORI presentan el caso de un hombre de 71 años que, a los 63, empezó a manifestar una pedofilia no exclusiva con atracción por el sexo masculino como consecuencia de una lesión cerebral que tuvo 31 años antes¹⁰⁶.

No obstante, como se ha indicado, la estimación de la afectación a la imputabilidad del reo exige atender a otro requisito de carácter psicológico ligado a la existencia o de una perturbación de la capacidad cognitiva y/o volitiva del reo en el momento de comisión de los hechos como

¹⁰² CANTOR *et al.*, «Cerebral white matter deficiencies in pedophilic men», *Journal of Psychiatric Research*, (42-3), 2008, pp. 167 ss.; CANTOR *et al.*, «Diffusion Tensor Imaging of Pedophilia», *Archives of Sexual Behavior*, (44-8), 2015, pp. 2161 ss.

¹⁰³ TENBERGEN *et al.*, «The neurobiology and psychology of pedophilia: Recent advances and challenges», *Frontiers in Human Neuroscience*, (9), 2015, pp. 1 ss.

¹⁰⁴ CAMPERIO CIANI *et al.*, «Profiling acquired pedophilic behavior: Retrospective analysis of 66 Italian forensic cases of pedophilia», *International Journal of Law and Psychiatry*, (67), 2019; GILBERT/FOCQUAERT, «Rethinking responsibility in offenders with acquired paedophilia: Punishment or treatment?», *International Journal of Law and Psychiatry*, (38), 2015, pp. 51 ss.; SCARPAZZA *et al.*, «Idiopathic and acquired pedophilia as two distinct disorders: an insight from neuroimaging», *Brain Imaging and Behavior*, (15-5), 2021, pp. 2681 ss.

¹⁰⁵ BURNS/SWERDLOW, «Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign», *Archives of Neurology*, (60-3), 2003, pp. 437 ss.

¹⁰⁶ FUMAGALLI *et al.*, «Pedophilia 30 years after a traumatic brain injury», *Neurological Sciences*, (36-3), 2015, pp. 481 ss.

consecuencia de la anomalía o alteración. Esta exigencia es, como ya se ha anticipado, el factor que genera principalmente la disputa.

Así, en tercer lugar, a nivel psicológico, el hecho de que ninguna de las sentencias que conforman la muestra aprecie una eximente completa del primer párrafo del art. 20.1 CP como resultado de la pedofilia del reo apunta a la existencia de un consenso respecto a la ausencia de una perturbación plena de la capacidad del sujeto. Esta es, por otro lado, la opinión de la literatura¹⁰⁷, así como la posición habitual de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la mayoría de las sentencias que excluyen la modificación de la responsabilidad penal del acusado ante un diagnóstico de pedofilia. De este modo, la citada Sala ha señalado que los sujetos diagnosticados de pedofilia y otros trastornos sexuales «son libres de actuar al tener una capacidad de querer, de entender y obrar plenas» (STS 4221/1991, Penal, de 16 de julio¹⁰⁸; STS 1283/1997, Penal, de 24 de octubre; STS 558/2020, Penal, de 2 de julio¹⁰⁹), y que la pedofilia sólo podría afectar a la imputabilidad cuando fuera de carácter grave, siendo «sintomática de una psicosis o en las situaciones de pasión desbordada» (STS 4221/1991, Penal, de 16 de julio) o por ir asociada a otros trastornos relevantes (STS 1283/1997, Penal, de 24 de octubre; STS 478/2019, Penal, de 14 de octubre).

4.2. La afectación a la imputabilidad de los sujetos que padecen pedofilia adicional a otros trastornos y que han agredido sexualmente a menores

En los supuestos en que la pedofilia es comórbida a otros trastornos se observa cierto consenso en apreciar una eximente incompleta del art. 21.1 CP en relación con el primer párrafo del art. 20.1 CP. Aunque en la mayoría de las sentencias no se concreta el grado en el que la pedofilia afecta las capacidades cognitivas y volitivas, sí cabe observar que en ellas se considera que la capacidad volitiva está gravemente alterada (S18 y S29) o que tanto la capacidad cognitiva como la volitiva están significativamente alteradas (S8). Ahora bien, es perfectamente posible que en tales casos la perturbación de la capacidad del reo sea atribuible principalmente al trastorno comórbido y no a la propia pedofilia, por lo que parece oportuno verificar en qué medida ello puede ser así.

Los trastornos comórbidos más habituales en la muestra son los de personalidad, los adaptativos y la discapacidad intelectual. Respecto a los trastornos de personalidad, existen estudios que afirman que la mayoría de los agresores sexuales de menores presentan al menos un trastorno de personalidad y encuentran comorbilidad entre ciertos trastornos de personalidad y parafilias¹¹⁰. HÖRBURGER y HABERMEYER identifican también más trastornos parafilicos y de personalidad entre los agresores sexuales y exponen que es mayor la probabilidad de que quienes agreden sexualmente a menores sean diagnosticados de trastornos de personalidad del grupo C (por evitación (F60.6), dependiente (F60.7) y obsesivo-compulsivo (F60.5)) y pedofilia¹¹¹. Por su parte, la jurisprudencia española considera que la presencia de un trastorno de personalidad

¹⁰⁷ URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, pp. 322 ss.

¹⁰⁸ STS 4221/1991, Penal, de 16 de julio (ECLI:ES:TS:1991:4221).

¹⁰⁹ STS 558/2020, Penal, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2020:6046A).

¹¹⁰ BOGAERTS *et al.*, «Personality disorders in a sample of paraphilic and nonparaphilic child molesters: A comparative study», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, (52-1), 2008, pp. 21 ss.

¹¹¹ HÖRBURGER/HABERMEYER, «Zu den Zusammenhängen zwischen paraphilen Störungen, Persönlichkeitsstörungen und Sexualdelinquenz», *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, (14-2), 2020, pp. 149 ss.

puede alterar las capacidades cognitivas y volitivas del sujeto, especialmente si va acompañado de otro trastorno de entidad relevante, por lo que contempla su aplicación como atenuante analógica o eximente incompleta¹¹².

Respecto a la discapacidad intelectual, diversos estudios encuentran comorbilidad con las parafilias y, en concreto, con la pedofilia¹¹³. La doctrina penal suele referirse a esta condición con el término «oligofrenia» y coincide en afirmar que, en distintos grados según su intensidad, afecta a las capacidades cognitivas del sujeto por constituir una alteración cuantitativa de su inteligencia. De este modo, puede actuar como eximente completa, incompleta o atenuante por analogía según el grado de perturbación¹¹⁴.

Los trastornos adaptativos, por su parte, pueden encuadrarse en la categoría que el Derecho penal suele calificar como neurosis, considerando la literatura que, pese a su comparativa levedad, pueden llegar a actuar también como eximentes incompletas o atenuantes por analogía¹¹⁵.

Es llamativo que alguna de estas sentencias que cimentan en la concurrencia de varios trastornos adicionales a la pedofilia la disminución de la imputabilidad del reo invoquen la citada STS 1283/1997, Penal, de 24 de octubre, para ilustrar los casos de posible aplicación de la eximente incompleta. Como ya se indicó con anterioridad, esta resolución afirma la plena capacidad intelectual y volitiva de las personas con pedofilia, señalando, en concreto, que la pedofilia del acusado era «una orientación sexual congruente con el acto realizado, que no impedía ni limitaba su capacidad de actuar conforme a su conocimiento de la ilicitud de su acción». Este error de referenciado, al que ya se ha aludido en un momento anterior de este trabajo, propicia que sentencias posteriores (como la S5 y la S8 de la muestra) aleguen también de forma inexacta la referida STS 1283/1997, Penal, de 24 de octubre, como ejemplo de apreciación de la eximente incompleta. Es importante advertir de este error a fin de evitar que se perpetúe su reproducción en cascada y que se asiente una determinada opinión jurisprudencial en un antecedente incorrectamente interpretado.

En todo caso, puede observarse cómo las características y la consideración jurídico-penal de los trastornos comórbidos a la pedofilia que se hallan en la muestra permiten atribuir a aquéllos la afectación a la capacidad intelectual detectada y apreciada en las sentencias. Así las cosas, cobra especial importancia examinar los supuestos en los que la pedofilia se diagnostica sola, que no en vano son los que generan más discrepancias.

¹¹² LORENZO GARCÍA/AGUSTINA, *Política Criminal*, (11-21), 2016, p. 81; LORENZO GARCÍA et al., *Revista Espanola de Medicina Legal*, (42-2), 2016, pp. 62 ss.

¹¹³ CANTOR et al., «Quantitative reanalysis of aggregate data on IQ in sexual offenders», *Psychological Bulletin*, (131-4), 2005, pp. 555 ss.; CANTOR et al., «Intelligence, Memory, and Handedness in Pedophilia», *Neuropsychology*, (18-1), 2004, pp. 3 ss; RICE et al., «Sexual Preferences and Recidivism of Sex Offenders With Mental Retardation», *Sexual Abuse: Journal of Research and Treatment*, (20-4), 2008, pp. 409 ss.

¹¹⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 589; OBREGÓN GARCÍA/GÓMEZ LANZ, *Derecho Penal. Parte General*, p. 145; URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, pp. 332 ss.

¹¹⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 591; OBREGÓN GARCÍA/GÓMEZ LANZ, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 2023, pp. 145 ss.; URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, pp. 279 ss.

4.3. La afectación a la imputabilidad de los sujetos exclusivamente con pedofilia y que han agredido sexualmente a menores

Pese a la opinión general de la Sala de lo Penal del TS contraria a la atribución a la pedofilia, por sí misma, de efectos sobre la capacidad intelectual y volitiva de los sujetos (STS 4221/1991, Penal, de 16 de julio; STS 1283/1997, Penal, de 24 de octubre, y STS 558/2020, Penal de 2 de julio), el análisis de las sentencias de la muestra evidencia cómo un diagnóstico único de pedofilia se ha estimado suficiente para apreciar una atenuante por analogía a la anomalía psíquica, con el argumento de que ésta afecta a la capacidad volitiva del sujeto en el momento de cometer los hechos. A tal efecto, las resoluciones aducen que la pedofilia influye en la capacidad del sujeto para controlar sus actos sexuales dirigidos hacia menores (S2, S15) «mediante los apropiados frenos o estímulos inhibitorios» (S1), como consecuencia de impulsos sexuales difíciles de controlar (S9, S12, S16). En la S6, de hecho, se menciona que la pedofilia «se caracteriza por un bajo control de su impulso sexual», al igual que en la S28 («falta de dominio de su voluntad, su pérdida de capacidad volitiva, lo que por cierto es una de las características de las conductas parafilicas»). Además, en los delitos de pornografía infantil se menciona habitualmente la incapacidad del sujeto para frenar el acceso y descarga de imágenes abusivas de menores, llegando a calificarse de «compulsivo» (S22, S23, S24). Tan solo en un caso se considera que las capacidades cognitivas y volitivas no se encontraban afectadas, sino «solo mermadas sus barreras de contención e inhibición», aplicándose por esto último la atenuante por vía analógica, pero no especificándose que ello equivalga a una merma en la capacidad volitiva (S3).

Como puede verse, en estas sentencias la atribución a la pedofilia de efectos atenuatorios de la responsabilidad penal aparece ligada a su supuesta conexión con una capacidad volitiva anormal a resultas de una incapacidad para controlar los impulsos o del carácter compulsivo de su comportamiento. Ambas afirmaciones, como se indicará a continuación, resultan controvertibles desde el punto de vista psicológico.

Con carácter general, ni el DSM ni las investigaciones científicas han encontrado dificultades unívocamente asociadas en la cognición, la regulación emocional o la conducta de las personas con trastornos parafilicos¹¹⁶. La literatura científica no concibe la pedofilia como un trastorno del control de impulsos¹¹⁷ ni considera la dificultad en el control de impulsos como un criterio diagnóstico de la misma. Tampoco parece que la concurrencia de agresión sexual a menores y un trastorno de control de los impulsos sea típico en esta población. En un estudio reciente sobre prevalencia de trastornos mentales en agresores sexuales encarcelados en Austria¹¹⁸, llevado a cabo con casi 1250 individuos a los que se evaluó empleando una entrevista diagnóstica que mide la presencia de múltiples trastornos del DSM-V, solo se encontró un trastorno del control de los impulsos en el 5.4% y 4.8% de los agresores sexuales de adultos y menores, respectivamente. De hecho, existen estudios que sostienen que los rasgos impulsivos no son predominantes en las personas con pedofilia en comparación con un grupo control y que el motivo por el que algunas

¹¹⁶ MOSER/KLEINPLATZ, *Annual Review of Clinical Psychology*, (16-1), 2020, pp. 81 ss. Vid. la reciente investigación desarrollada por ARA-GARCÍA *et al.*, «Neuroanatomical and Neurocognitive Differences Between the Executive Functions in Child Sexual Offenders: A Systematic Review», *Brain Sci.*, (15-38), 2025, p. 18, que concluye que los pedófilos ofensores no difieren de los no pedófilos ofensores en la mayoría de las funciones ejecutivas, lo que lleva a la conclusión de que las alteraciones neurocognitivas presentes están asociadas con el acto delictivo y no con la parafilia.

¹¹⁷ COHEN *et al.*, «Impulsive personality traits in male pedophiles versus healthy controls: Is pedophilia an impulsive-aggressive disorder?», *Comprehensive Psychiatry*, (43-2), 2002, pp. 127 ss.

¹¹⁸ EHER *et al.*, *Acta psychiatrica Scandinavica*, (139-6), 2019, pp. 572 ss.

personas con pedofilia acaban cometiendo actos sexuales relacionados con menores tiene más que ver con la presencia de distorsiones cognitivas y mecanismos motivacionales que con dificultades en el control de los impulsos¹¹⁹.

A este respecto y con vistas a perfilar el tratamiento terapéutico adecuado, es cierto que BALTIERI y BOER identificaron dos grupos diferenciados de sujetos con pedofilia en los que advirtieron distintos niveles de impulsividad¹²⁰. Ahora bien, un mayor grado de impulsividad no es por sí mismo un criterio determinante para razonar sobre la incapacidad de control de los impulsos de estos sujetos ya que existen distintos tipos de impulsividad: atencional, motora y planificadora¹²¹. Según estos autores, que elaboraron el instrumento de medida de autoinforme más empleado para medición de la impulsividad en psicología, denominado BIS-11, la impulsividad atencional se caracteriza por una dificultad en la incapacidad de centrar la atención o concentrarse; la impulsividad motora se traduce en actuar sin pensar previamente y la impulsividad planificadora, en la falta de previsión del futuro. De estos tres tipos de impulsividad, quizá las que más interesan al Derecho penal en cuanto a la valoración de la imputabilidad se refiere, son las dos últimas: la motora, que justificaría una merma de la capacidad volitiva, dado que el sujeto encuentra dificultades para refrenar su conducta, y la impulsividad planificadora, que justificaría una merma en la capacidad cognitiva, dado que el sujeto encuentra dificultades para prever las consecuencias de sus actos.

En concreto, los agresores sexuales de menores diagnosticados de pedofilia presentan mayor impulsividad atencional que un grupo control¹²². En su estudio, los autores midieron la impulsividad a través del test BIS-11, cuestionario de autoinforme, y el CPT-II, un test con tareas objetivas llevado a cabo con ordenador, en tres poblaciones: sujetos autorrevelados como pedófilos, una población clínica con un diagnóstico de compulsividad sexual (más abajo se detallan características de este trastorno) y un grupo de población ordinaria. Encontraron que los índices totales de impulsividad eran casi idénticos en los tres grupos. Las únicas diferencias se encontraban en el control de la atención, donde los sujetos con pedofilia presentaban más dificultades que el resto, o perseveraban más en los errores¹²³. En consonancia con estos resultados, otro estudio reciente presentaba estímulos sexuales al mismo tiempo que una tarea cognitiva para medir la capacidad del sujeto para controlar su atención y dirigirla hacia la tarea en vez de hacia el estímulo sexual (un tipo de metodología experimental denominado «tarea de la distracción sexual»). A través de un aparato de seguimiento de la mirada denominado «eye tracker», los autores encontraron que el tiempo que tardaban las personas con pedofilia en posar su vista sobre las imágenes sexuales de menores era muy bajo¹²⁴. Es decir, presentaban una impulsividad atencional nuevamente mayor que el resto de los sujetos. Cuando se han llevado a cabo estudios para intentar medir de forma no autoinformada la impulsividad motora, como por ejemplo proponiendo tareas de detección de estímulos en los que hay que pulsar un botón (un tipo de metodología experimental denominado «tarea de go/no go»), no se han visto diferencias

¹¹⁹ COHEN *et al.*, *Comprehensive Psychiatry*, (43-2), 2002, pp. 127 ss.

¹²⁰ BALTIERI/BOER, «Two clusters of child molesters based on impulsiveness», *Revista Brasileira de Psiquiatria*, (37-2), 2015, pp. 139 ss.

¹²¹ STANFORD *et al.*, «Fifty years of the Barratt Impulsiveness Scale: An update and review», *Personality and Individual Differences*, (47-5), 2009, pp. 385 ss.

¹²² SAVARD *et al.*, «Impulsivity in Compulsive Sexual Behavior Disorder and Pedophilic Disorder», *Journal of Behavioral Addictions*, (10-3), 2021, pp. 839 ss.

¹²³ SAVARD *et al.*, *Journal of Behavioral Addictions*, (10-3), 2021, pp. 839 ss.

¹²⁴ JORDAN *et al.*, «Sexual interest and sexual self-control in men with self-reported sexual interest in children - A first eye tracking study», *Journal of Psychiatric Research*, (96), 2018, pp. 138 ss.

entre población con pedofilia, ya hubieran agredido sexualmente a un menor o no¹²⁵. Por tanto, si existe una impulsividad vinculada al diagnóstico de pedofilia, no aparece relacionada con las acciones que lleva a cabo el individuo o con su capacidad para controlarlas, sino en todo caso con la atención que presta a los estímulos. En el orden penal –y, en particular, a la hora de valorar la imputabilidad del individuo–, la cuestión en los casos de agresión sexual a menores estriba en determinar si este tipo de impulsividad atencional afecta a la voluntad del sujeto para no agredir. Las investigaciones mencionadas apuntan claramente que este tipo de impulsividad no determina una merma en las capacidades cognitivas y volitivas, sino que describe, en todo caso, una intensidad evidente en la preferencia por estímulos sexuales acordes con sus gustos. Seguramente, este tipo de impulsividad atencional podría resultar más relevante en los supuestos de sujetos consumidores de material abusivo de menores, ya que la presentación de manera audiovisual requiere por parte del sujeto la atención en el visionado, que podría ser intensa y con dificultad para cambiar de foco hacia otros estímulos no sexuales.

Es cierto que el DSM-5 identifica como criterio diagnóstico A del trastorno de pedofilia la presencia de «durante un período de al menos seis meses, excitación sexual intensa y recurrente derivada de fantasías, deseos sexuales irrefrenables o comportamientos que implican la actividad sexual con uno o más niños prepúberes (generalmente menores de 13 años) ». Cabría formular como hipótesis que el empleo en la descripción de este criterio de la locución «deseos sexuales irrefrenables» podría sugerir que el pedófilo sufre una dificultad en el control del impulso sexual y, por tanto, una disminución de la capacidad volitiva. No obstante, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el término «irrefrenables» (precisamente el que incorpora semánticamente la imposibilidad de control) no aparece en la versión original en inglés del manual, que alude a la concurrencia de «*sexual urges*», expresión que, si bien tiene como referencia un deseo de cierta intensidad («*a strong desire to do something*»), en ningún momento denota la imposibilidad de refrenar tal deseo.

Si a ello se añade la consideración cumulativa del criterio diagnóstico B recogido en el DSM-5, la inferencia que asocia a la pedofilia la falta de control de impulsos resulta seriamente cuestionable. El citado criterio B consiste en que el individuo haya «cumplido estos deseos sexuales irrefrenables» o que tales «deseos irrefrenables o fantasías sexuales» causen «malestar importante o problemas interpersonales» y, como señala la literatura, tener determinadas fantasías o intereses sexuales no implica su puesta en práctica¹²⁶. Existen condicionantes sociales, de compromiso y morales que pueden servir de barrera para que el individuo no actúe conforme a su deseo. Ejemplo de esta posibilidad son las personas célibes, que deciden voluntariamente no mantener relaciones sexuales por motivos personales o vocación religiosa, o los llamados pedófilos virtuosos, que reconocen su propia pedofilia, pero se comprometen a no llevar a cabo sus deseos al ser conscientes de las graves consecuencias que ello podría tener para un menor¹²⁷. A este respecto, pueden ser ilustrativos los resultados alcanzados por el varias veces citado Proyecto *Dunkelfeld*, que, como se expuso con anterioridad en la Introducción, defiende que no se puede evitar sentir atracción sexual hacia los menores, pero sí controlar el propio comportamiento sexual.

¹²⁵ GIBBELS *et al.*, «Two Sides of One Coin: A Comparison of Clinical and Neurobiological Characteristics of Convicted and Non-Convicted Pedophilic Child Sexual Offenders», *Journal of Clinical Medicine*, (8-7).

¹²⁶ BEIER, *Journal of Sexual Medicine*, (15-8), 2018, pp. 1065 ss.; MOSER, *Archives of Sexual Behavior*, (45-3), 2016, pp. 505 ss.; SCHIPPERS *et al.*, *Aggression and Violent Behavior*, (69-1), 2023, pp. 1 ss.

¹²⁷ NIELSEN *et al.*, *Sexualities*, (25–5/6), 2022, pp. 598 ss.; STEVENS/WOOD, *Journal of Child Sexual Abuse*, (28-8), 2019, pp. 968 ss.; WALKER, *A Long, Dark Shadow*, 2021, pp. 3 ss.

El término *dunkelfeld* significa «campo oscuro» en alemán y se adoptó como designación del proyecto para hacer referencia a todos los delitos de agresiones sexuales a menores y pornografía infantil que quedan en la sombra, sin conocimiento de las autoridades¹²⁸. El proyecto, al que se hizo antes alusión al presentar la opinión clínica que concibe la pedofilia como una orientación sexual, tiene como objetivo prevenir este tipo de delitos ofreciendo terapia a personas que reconocen su pedofilia, sienten malestar y buscan tratamiento por miedo a pasar a la acción o a volver a hacerlo en caso de que ya haya sucedido¹²⁹. El tratamiento se lleva a cabo mediante el programa *Berlin Dissexuality Therapy Program* (BEDIT), de formato grupal y sesiones semanales de unos 45-50 minutos durante doce meses¹³⁰. El proyecto lleva desde entonces en activo y parece estar obteniendo buenos resultados. En concreto, BEIER expone que, a lo largo de un año de tratamiento, los participantes aprendieron a manejar mejor su sexualidad mediante el uso de técnicas cognitivo-conductuales, la aceptación de sus preferencias sexuales como parte de su identidad y tratamiento farmacológico, los tres pilares del programa BEDIT¹³¹. Del mismo modo, BEIER y su equipo encontraron en 2015 que, tras el tratamiento, los participantes mostraron una disminución en el aislamiento, las estrategias de afrontamiento orientadas por la emoción, los déficits en la empatía emocional con las víctimas, las actitudes de apoyo al abuso, los déficits en autoeficacia y la preocupación por el sexo, siendo estos cambios estables en el tiempo y demostrando que es posible modificar los factores de riesgo dinámicos a través de tratamiento¹³².

Seguramente los resultados del proyecto *Dunkelfeld* demuestran que las personas con pedofilia que se someten a terapia pueden aprender, entre otras cosas, a controlar sus impulsos sexuales, pero ello no permite concluir que, en ausencia de terapia, esa capacidad de control esté ausente en todas las personas con pedofilia.

4.4. Otros posibles trastornos que pueden afectar a la imputabilidad de los sujetos que agreden sexualmente a menores

Existe un trastorno definido que sí perturba los impulsos sexuales, sean estos dirigidos a menores o a adultos, si bien en la actualidad solo aparece recogido por la CIE-11 en la sección de trastornos del control de impulsos y no por el DSM-5: se trata del Trastorno de Conducta Sexual Compulsiva, denominación que se reserva para quienes presentan un patrón persistente de incapacidad para controlar impulsos o pulsiones en el ámbito sexual. Para este trastorno sí se ha registrado una relación con la impulsividad¹³³ similar a la presente en trastornos adictivos¹³⁴. Esta categoría diagnóstica, en ocasiones confundida con la hipersexualidad¹³⁵, sería similar a la

¹²⁸ BEIER *et al.*, en BEIER (ed.), *Pedophilia, Hebephilia and Sexual Offending against Children*, 2021, pp. 43 ss.; BEIER, «Preventing Child Sexual Abuse-The Prevention Project Dunkelfeld», *Journal of Sexual Medicine*, (15-8), 2018, pp. 1065 ss.; BEIER *et al.*, *Child Abuse and Neglect*, (33-8), 2009, pp. 545 ss.; BEIER *et al.*, «The German Dunkelfeld Project: A Pilot Study to Prevent Child Sexual Abuse and the Use of Child Abusive Images», *Journal of Sexual Medicine*, (12-2), 2015, pp. 529 ss.

¹²⁹ BEIER *et al.*, en BEIER (ed.), *Pedophilia, Hebephilia and Sexual Offending against Children*, 2021, pp. 43 ss.; BEIER, *Journal of Sexual Medicine*, (15-8), 2018, pp. 1065 ss.; HERRERO MEJÍAS, *Agresores sexuales*, 2018, pp. 182 ss.

¹³⁰ BEIER *et al.*, en BEIER (ed.), *Pedophilia, Hebephilia and Sexual Offending against Children*, 2021, pp. 43 ss.

¹³¹ BEIER, *Journal of Sexual Medicine*, (15-8), 2018, pp. 1065 ss.

¹³² BEIER *et al.*, *Journal of Sexual Medicine*, (12-2), 2015, pp. 529 ss.

¹³³ BÖTHE *et al.*, «Revisiting the role of impulsivity and compulsivity in problematic sexual behaviors», *The Journal of Sex Research*, (56-2), pp. 166 ss.

¹³⁴ GRUBBS *et al.*, «Sexual addiction 25 years on: A systematic and methodological review of empirical literature and an agenda for future research», *Clinical Psychology Review*, (82), 2020.

¹³⁵ El Trastorno de Conducta Sexual Compulsiva de la CIE-11 no es equivalente al Trastorno de Hipersexualidad, si bien ambos comparten características comunes, como el uso compulsivo de la conducta sexual. La literatura

adicción al sexo, pero en tanto que podría aparecer dirigida tanto a menores como a adultos, se trataría de un trastorno diferente a y disociable de la pedofilia¹³⁶. Además, y de forma notable, entre los criterios para padecer un Trastorno de Conducta Sexual, se encuentra que el deseo o la conducta sexual se conviertan en el eje central de la vida de la persona hasta el punto de que desatiende su salud, intereses o responsabilidades¹³⁷; quien lo padece ha llevado a cabo esfuerzos en vano por reducir la conducta y, además, realiza respuestas sexuales repetitivas incluso cuando se deriva de ellas poca o nula satisfacción. Como puede verse, todos estos criterios representan un desbordamiento en la persona, característico de la falta del control de impulsos. Así pues, la voluntad queda mermada y el sujeto persiste en las acciones pese a las consecuencias negativas que de ellas se derivan. Por tanto, la afectación de la capacidad volitiva es evidente.

Aunque el Trastorno de Conducta Sexual Compulsiva presenta algunos rasgos similares a los de las personas con pedofilia, las diferencias clínicas son notables. En ocasiones, la centralidad vital del deseo o la conducta sexual es observable en la persona con pedofilia. No obstante, ello suele estar más relacionado con la ubicuidad de estímulos sociales de carácter infantil que el sujeto no puede evitar (ej., escuelas, menores en la calle, noticias), ubicuidad que, unida a la naturaleza prohibida de la conducta, al carácter permanente e inmodificable de este interés sexual y al rechazo social que genera, puede provocar que la persona afectada vivencie su deseo de manera persistente. Ahora bien, no todas las personas con pedofilia intentan detener sus deseos ni la insatisfacción está siempre presente tras la agresión sexual; antes al contrario, podrían dedicar esfuerzos para buscar material abusivo, escribir material excitante, encontrar maneras legales de estar en contacto con menores u otras personas con su mismo interés sexual para compartir material, así como podrían sentir satisfacción tras cometer y al recordar la agresión sexual. En estos casos, no sólo no resulta evidente la afectación de la capacidad volitiva, sino que no habría ningún obstáculo para que esta se hallara inalterada.

En este sentido, abundan los casos en los que las sentencias de la muestra acuden al concepto de «compulsión» para definir la pedofilia («pedofilia voyerista de carácter compulsivo» en S22; «pedofilia junto con un componente compulsivo» en S23; «actividad compulsiva y poco controlada en lo que se refiere al acceso, descarga y almacenamiento de ficheros con contenido sexual en el que participan menores de edad» en S24), en los que tal vez habría resultado pertinente explorar la presencia de un Trastorno Compulsivo de la Conducta Sexual. En otros casos, el trastorno comórbido es relacionado con rasgos de personalidad compulsivos (S28) u obsesivo-compulsivos (S25), siendo todos de delitos de pornografía infantil. En estas sentencias,

científica, no obstante, ha detallado sus disparidades, destacando las siguientes diferencias significativas entre los criterios de la hipersexualidad (HI) y los del trastorno de conducta sexual (TCS) «(1) el papel de la conducta sexual como estrategia desadaptativa de afrontamiento y regulación de las emociones, que aparece en los criterios para la HI pero no en los del TCS; (2) los diferentes criterios de exclusión que incluyen los trastornos bipolares y por uso de sustancias en la HI pero no en el TCS, y (3) la inclusión de nuevas consideraciones en el TCS, como la incongruencia moral (como criterio de exclusión), y la disminución del placer de la actividad sexual» (GOLA *et al.*, «What should be included in the criteria for compulsive sexual behavior disorder?», *Journal of Behavioral Addictions*, (11-2), 2022, pp. 160 ss.).

¹³⁶ Aun cuando la muy reciente investigación de BERGNER-KOETHER *et al.*, «The Relevance of Hypersexuality and Impulsivity in Different Groups of Treatment-Seekers With and Without (Exclusive) Pedophilia», *Sexual Abuse*, (0-0), 2024, pp. 1 ss., sugiere una mayor prevalencia general de la hipersexualidad entre los pacientes con pedofilia, establece con claridad cómo la pedofilia y la hipersexualidad son, en su caso, dos factores motivadores diferentes de la conducta del sujeto.

¹³⁷ Un ejemplo de este criterio es el de quien colecciona de manera compulsiva material abusivo sexual infantil y dedica para ello una notable parte de horas del día a conectarse a Internet, buscar el material, almacenarlo, visualizarlo y excitarse con su contemplación, de manera que acaba resultando incompatible con el mantenimiento de un trabajo, un ocio o relaciones saludables con otras personas.

se argumenta que el sujeto «carece de recursos para frenar su impulso al visionado de imágenes de carácter sexual de menores» (S22) y que los marcados rasgos obsesivo-compulsivos no llegan a calificarse como trastorno, pero «le conducen a mirar y mirar fotos del tipo indicado como único medio de calmar sus pensamientos» (S25).

En efecto, algunos estudios citados encuentran rasgos compulsivos en personas con pedofilia¹³⁸, pero esos rasgos tampoco se han consolidado como criterio diagnóstico del trastorno de pedofilia. Sí existe constancia de la existencia de un trastorno obsesivo-compulsivo (F42) con temática de pedofilia (TOC-P), en el que las personas tienen pensamientos intrusivos sobre sentirse atraídas por menores y cometer actos sexuales con ellos (componente obsesivo) que les generan gran malestar, por lo que llevan a cabo (componente compulsivo) conductas repetitivas e ilógicas para reducir su malestar¹³⁹. La confusión entre TOC-P y trastorno de pedofilia es habitual en la práctica clínica, por lo que no es descartable que en algunos casos este error de diagnóstico se manifieste en la valoración de la imputabilidad penal¹⁴⁰. Existe, no obstante, una diferencia fundamental: quien tiene TOC-P suele tener un pensamiento intrusivo, esto es, uno que no puede evitar tener, en este caso relacionado con la pedofilia (ej., al sujeto se le aparece e impone la idea de que podría tocar a un niño con fines sexuales), mientras que la persona con pedofilia busca activamente rememorar o crear esas imágenes. En la persona con TOC-P, la irrupción de este pensamiento causa una cadena de metacogniciones, esto es, de reflexiones sobre su pensamiento, en los que la persona se cuestiona a sí misma y se dirige pensamientos negativos (ej., «soy un agresor», «debo de tener pedofilia»), que son los que le causan malestar intenso y le llevan a conductas, esto es, compulsiones, con el fin de intentar evitar aquellos estímulos relacionados con los pensamientos intrusivos que ha tenido (ej., evitar lugares con menores) o de calmarse mediante la realización de una serie de ritos supersticiosos a los que se atribuye la capacidad de apaciguar tales pensamientos (ej., subir escaleras, dañarse físicamente).

4.5. Afectación a la imputabilidad cuando los intereses pedófilos se hallan circunscritos a una causa orgánica

La posibilidad de apreciar el efecto psicológico necesario para apreciar la atenuante analógica o la eximente incompleta se incrementa, sin duda, cuando la pedofilia es el resultado de un problema orgánico subyacente. Tal es el caso de la S8, donde se indica que el sujeto padece «un deterioro orgánico y funcional cerebral que potencia un trastorno de la inclinación sexual (parafilia tipo pedofilia)», disminuyendo sus capacidades volitivas y cognitivas. El trastorno en este caso es una «cerviartritis evolucionada con mielopatía cervical» y se encuentra acompañada de un trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar. En este caso, a la perturbación que puede derivarse de la afectación orgánica se une que el citado «trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar» se corresponde con una psicosis dentro de la clasificación tradicional y, como ya se ha indicado, éstas se consideran como las anomalías psíquicas más graves y, generalmente, actúan como eximentes completas o incompletas¹⁴¹. En realidad, la S8 puede considerarse un supuesto

¹³⁸ COHEN *et al.*, *Comprehensive Psychiatry*, (43-2), 2002, pp. 127 ss.; HÖRBURGER/HABERMEYER, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, (14-2), 2020, pp. 149 ss.

¹³⁹ BONAGURA *et al.*, «Diagnostic Differential Between Pedophilic-OCD and Pedophilic Disorder: An Illustration with Two Vignettes», *Archives of Sexual Behavior*, (51-4), 2022, pp. 2359 ss.; BRUCE *et al.*, «Pedophilia-Themed Obsessive-Compulsive Disorder: Assessment, Differential Diagnosis, and Treatment with Exposure and Response Prevention», *Archives of Sexual Behavior*, (47-2), 2018, pp. 389 ss.

¹⁴⁰ BONAGURA *et al.*, *Archives of Sexual Behavior*, (51-4), 2022, pp. 2359 ss.

¹⁴¹ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 588; OBREGÓN GARCÍA/GÓMEZ LANZ, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 2023, p. 144.

de pedofilia acompañado de otro trastorno que es realmente el determinante de la imputabilidad parcial del reo.

En todo caso, en los supuestos de pedofilia adquirida a los que antes se hizo referencia, las lesiones cerebrales suelen tener lugar especialmente en las regiones relacionadas con el control de los impulsos y la cognición social, haciendo que estas habilidades se encuentren deterioradas¹⁴². Por tanto, ante una pedofilia adquirida, con causa orgánica y sobrevenida, la identificación de una alteración de las capacidades cognitivas o volitivas y la consiguiente aplicación de una eximente o atenuante resulta mucho más viable. La posibilidad de aplicar en estos casos una medida de seguridad si se advierte que el sujeto es criminalmente peligroso constituye un argumento adicional, en la medida en que es una de las propuestas que, en supuestos de estas características, propugna la literatura científica¹⁴³.

4.6. La relevancia de la prueba pericial en la resolución sobre la imputabilidad de sujetos con pedofilia que agreden sexualmente a menores

A la vista de cuanto se ha indicado, resulta difícil no hallar paralelismos entre la controversia jurisprudencial respecto del tratamiento que debe dispensarse al diagnóstico único de pedofilia y el debate relativo a la respuesta penal que merecen los casos de psicopatía. Tanto en uno como en otro caso es posible hallar en la jurisprudencia una tesis general mayoritaria (que afirmar la falta de afectación a la capacidad cognitiva y volitiva del sujeto) que se exceptúa en algunos casos incluso en presencia de un diagnóstico único de la condición. Como ha señalado la literatura¹⁴⁴, la falta de resolución de la disputa científica en el campo de la psicología no puede sino provocar desconcierto en los tribunales, que llega a manifestarse en algunos casos incluso en la forma de nombrar a la pedofilia (ej., «trastorno de personalidad de tipo paidofílico» en S2 y S16).

Ante la falta de consenso a nivel clínico, adquiere relevancia decisiva la prueba pericial practicada, toda vez que se trata de una cuestión compleja que excede, como es lógico, el conocimiento técnico del tribunal (STSJ Extremadura 20/2020, Civil y Penal, de 12 de junio¹⁴⁵). El psicólogo o psiquiatra especialista sirve en este punto de auxiliar del órgano jurisdiccional correspondiente para facilitar la labor de tomar una decisión respecto a cómo interpretar y valorar los hechos, sin perjuicio de que la resolución última descansa en el juez (STS 304/2010, Penal, de 29 de marzo¹⁴⁶). Ello convierte en especialmente recomendable que el perito maneje con cuidado tres aspectos: por una parte, la demostración objetiva de la presencia de pedofilia en el individuo entrevistado; por otra parte, la asociación entre el diagnóstico de pedofilia y el trastorno de control de impulsos y, por último, la adquisición de cierta familiaridad con el nivel de perturbación de la capacidad intelectual y volitiva del sujeto que puede legitimar una atenuación –aunque sea la vinculada a la atenuante analógica del art. 21.7 CP– de la responsabilidad penal.

¹⁴² SCARPAZZA *et al.*, *Brain Imaging and Behavior*, (15-5), 2021, pp. 2681 ss.

¹⁴³ GILBERT/FOCQUAERT, *International Journal of Law and Psychiatry*, (38), 2015, pp. 51 ss.

¹⁴⁴ GÓMEZ LANZ/HALTY BARRUTIETA, *Derecho y Salud*, (26 extraord.), 2016, p. 86; POZUECO ROMERO *et al.*, *Cuadernos de Medicina Forense*, (17-4), 2011, pp. 175 ss.

¹⁴⁵ STSJ Extremadura 20/2020, Civil y Penal, de 12 de junio (ECLI:ES:TSJEXT:2020:559).

¹⁴⁶ STS 304/2010, Penal, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1974).

a. *Dificultades periciales en la evaluación del diagnóstico de la pedofilia*

La evaluación de la presencia de pedofilia en un sujeto inmerso en un contexto forense adquiere especial relevancia en la valoración de su imputabilidad toda vez que la precisión y certeza del diagnóstico pueden condicionar la credibilidad de las conclusiones periciales acerca tanto de la capacidad atribuida al imputado como de la justificación de adoptar determinadas decisiones sobre la atenuación de la responsabilidad penal o la aplicación de medidas de seguridad. Ahora bien, dado que la pedofilia –en tanto que interés sexual– pertenece a un ámbito privado por excelencia (el de la intimidad y preferencias sexuales del sujeto), resulta difícil demostrar de una manera objetiva su presencia a través de técnicas de evaluación clínica, especialmente en un contexto forense en el que el evaluado puede estar motivado para ocultarla o exaltarla, según la estrategia de defensa que haya adoptado.

En los últimos años, dos autores españoles, HERRERO y NEGREDO, han abordado precisamente esta cuestión¹⁴⁷; tras recoger las principales investigaciones internacionales¹⁴⁸, señalan cómo, dentro de las técnicas disponibles para evaluar el interés sexual, los autoinformes –esto es, las pruebas en las que se pide al sujeto que responda según su opinión y carácter a una serie de ítems– no tienen una capacidad discriminativa alta y resultan fácilmente manipulables, ya que el sujeto puede aprender cómo responderlos o hacerlo de una manera acorde a sus intereses o a la imagen proyectada que desea dar de sí mismo. Si bien este tipo de mediciones puede incluir escalas estadísticamente probadas que acrediten la fiabilidad, validez o aquiescencia de las respuestas del sujeto, resultan difíciles de implementar cuando se emplean para evaluar circunstancias del ámbito sexual. Además, es preciso que los cuestionarios se traduzcan de forma cabal al idioma en el que se van a emplear y resulten baremados en una muestra de población suficiente, dado que culturalmente puede haber diferencias en los puntos de corte o en los tipos de respuesta. El hecho de que no exista actualmente una traducción verificada al castellano de los autoinformes de medición del interés sexual en menores, junto con los problemas ya descritos de esta técnica, aconseja evaluar el diagnóstico de pedofilia a través de otras mediciones de carácter indirecto o dependientes de procesos automáticos, es decir, que activen el sistema autónomo del individuo o que no requieran de la plena conciencia del sujeto. Dentro de esas otras técnicas se encuentran, entre otras, la pletismografía peneana y el –menos invasivo– empleo del *eye-tracker*.

La pletismografía peneana consiste en la colocación de un aparato en los genitales externos del varón para medir la activación del pene ante la exposición del individuo a imágenes sexuales relacionadas y no relacionadas con su supuesto interés sexual; la respuesta autónoma del sujeto ante un estímulo sexual frente al que muestra preferencia hará que la pletismografía sea positiva en sujetos pedófilos ante estímulos sexuales donde aparezcan menores¹⁴⁹. Esta prueba puede ser falseada por sujetos que sean capaces de evadirse cognitivamente de las imágenes expuestas o proporcionar falsos negativos ante la manifestación explícita de una respuesta sexual en un contexto forense donde el sujeto puede sentirse incómodo, invadido u observado, anulando así su respuesta sexual espontánea. Además, la elección de los estímulos expuestos puede también condicionar la respuesta fisiológica del individuo¹⁵⁰. Otras mediciones menos invasivas requieren

¹⁴⁷ HERRERO/NEGREDO, «Evaluación del interés sexual hacia menores», *Anuario de Psicología Jurídica*, (26), 2016, pp. 30 ss.

¹⁴⁸ En particular, la de KALMUS/BEECH, «Forensic assessment of sexual interest: A review», *Aggression and Violent Behavior*, (10-2), 2005, pp. 193 ss.

¹⁴⁹ Cfr. sobre el empleo de esta técnica, SETO, *Pedophilia and sexual offending against children*, 2018, pp. 45 ss.

¹⁵⁰ HERRERO/NEGREDO, *Anuario de Psicología Jurídica*, (26), 2016, p. 35.

del ya mencionado *eye-tracker* o aparato de seguimiento visual y medición de la dilatación pupilar, bajo la hipótesis de que la atención del individuo se dirige automáticamente a estímulos sexuales que son de su preferencia y ante ellos se dilata su pupila, de forma que los individuos con pedofilia dirigirán su mirada en mayor medida a estímulos sexuales donde aparezcan menores y dilatarán más la pupila al visionarlos. Como se ha visto más arriba, esta técnica ya se ha empleado en estudios experimentales¹⁵¹ y, de hecho, gracias al *eye-tracker* se ha comprobado, con una sensibilidad del 86,4% y una especificidad del 90%, que las personas con pedofilia dirigen la mirada antes y durante más tiempo hacia estímulos infantiles que el resto de los grupos¹⁵².

Así pues, no existe actualmente un instrumento de medición objetiva único y unívoco para demostrar la presencia del diagnóstico de pedofilia en un individuo, si bien una batería multimétodo con presencia de medidas indirectas puede ser la opción más deseable para la evaluación. Como puede comprobarse, si la valoración de la imputabilidad resulta en sí misma controvertida, el paso previo –el diagnóstico certero de la pedofilia– presenta también obstáculos periciales que pueden condicionar el resto del informe sobre la imputabilidad del sujeto.

b. Dificultades periciales en la valoración de la imputabilidad en sujetos con pedofilia

La dependencia radical de la decisión judicial de los informes periciales se advierte con claridad en varias de las sentencias examinadas. Aunque en más de la mitad se alude a los informes periciales, tanto de psicólogos como de médicos y psiquiatras, sólo en algunas se concreta cómo afecta el diagnóstico pericial a la capacidad cognitiva y volitiva del sujeto (por ejemplo, en la S13 se concluye diciendo que están abolidas «las bases biológicas de la imputabilidad [conocimiento y voluntad]»). En otras, sin embargo, el tribunal manifiesta su dificultad para adoptar una decisión a partir del informe pericial. Así, en la S22 el tribunal considera que el informe pericial «no proporciona un criterio adecuado para valorar la intensidad de la merma de la capacidad de inhibición, que no puede suponerse total ni muy elevada», por lo que simplemente aplica la atenuante por analogía. En la S24 se recurre a tres especialistas cuyas opiniones no concuerdan, apreciando uno que el sujeto presenta una «disminución intensa de su capacidad volitiva, relevante y determinante, mientras el resto de los especialistas (psicóloga y psiquiatras) no le atribuyen tal intensidad», aplicando el juez la atenuante analógica. Por último, en la S27 el perito expone que solo está alterado el control de los impulsos, no pudiendo el sujeto «frenarse al 100%», teniendo un «escaso control», pero cuando se le pregunta por una mayor concreción, responde «que no hay una vara de medir», por lo que el tribunal considera que no queda probado que la alteración en la capacidad volitiva sea intensa y se aplica una atenuante analógica.

Así, dado que la relevancia que se le concede al informe forense es notoria, cabe exigir al especialista que emite un informe pericial un particular escrúpulo: por una parte, si la pedofilia aparece junto con otros trastornos y se advierte que son estos últimos los que dan lugar a la alteración de la capacidad del sujeto, la mención de la pedofilia como apoyo de esta última parece poco acertada. Esta cautela no solo mejoraría la fundamentación de la resolución judicial, sino que evitaría la difusión de mitos no acreditados. En este estudio se han recogido ejemplos jurisprudenciales que acreditan este rigor. Así, la SAP Álava 236/2013, Sección Segunda, de 16 de

¹⁵¹ JORDAN *et al.*, *Journal of Psychiatric Research*, (96), 2018, pp. 138 ss.

¹⁵² FROMBERGER *et al.*, «Diagnostic accuracy of eye movements in assessing pedophilia», *Journal of Sexual Medicine*, (9-7), 2012, pp. 1885 ss.

julio¹⁵³ y la SAP Madrid 228/2012, Sección Trigésima, de 8 de junio¹⁵⁴, señalan que el sujeto acusado presenta pedofilia junto con discapacidad intelectual leve, pero explicitan que la pedofilia no afecta a sus capacidades y que la aplicación de la atenuante analógica se aplica exclusivamente por la discapacidad intelectual. Es también el caso de la STS 558/2020, Penal, de 2 de julio, que indica taxativamente que la pedofilia «solo será reprochable cuando se manifieste con actos que lesionen la libertad sexual de otros» y que «su trascendencia a efectos de determinar su culpabilidad vendrá determinada por su capacidad de entender la ilicitud de sus actos y de controlar sus impulsos, ni más ni menos que lo ponderable en la mayoría de las personas que sienten atracción homosexual o heterosexual con adultos y la manifiestan sin lesionar su libertad sexual». Por otra parte, si la pedofilia es el único trastorno bajo el cual se esgrime la merma de la imputabilidad del sujeto, el informe pericial debe determinar de forma cierta y exhaustiva la medida en que tal diagnóstico afecta a las capacidades volitivas del sujeto, dado que la imposición de una etiqueta diagnóstica concreta no implica, de acuerdo con el modelo de imputabilidad subyacente al art. 20.1 CP, una disminución de esta última.

De esta advertencia da buena cuenta el propio manual DSM5 cuando, en la «Declaración cautelar para el empleo forense», señala que «en la mayoría de los casos, el diagnóstico clínico de un trastorno mental del DSM-5, como una discapacidad intelectual (trastorno del desarrollo intelectual), una esquizofrenia, un trastorno neurocognitivo mayor, una ludopatía o una pedofilia, no implica que un individuo con dicha afección cumpla los criterios legales de existencia de un trastorno mental ni los de una norma legal concreta (por ejemplo, competencia, responsabilidad criminal o discapacidad). Para esto último acostumbra a ser necesaria más información que la que contiene el diagnóstico del DSM5, como podría ser información sobre el deterioro funcional del individuo y sobre la forma en la que este afecta a las determinadas capacidades en cuestión. Precisamente por el hecho de que los impedimentos, capacidades y discapacidades pueden variar mucho dentro de cada categoría diagnóstica, la atribución de un diagnóstico concreto no implica un grado específico de desequilibrio o discapacidad».

No se trata de una cuestión menor; las personas con pedofilia, independientemente de que hayan pasado o no a la acción, sufren un estigma y un rechazo social que aumenta el riesgo de que acaben actuando: su salud mental empeora, se aíslan socialmente y no piden ayuda, a pesar de estar en riesgo de cometer un delito y dañar gravemente a un menor, por el miedo a ser rechazados por los profesionales del ámbito clínico¹⁵⁵. Además, es común que sientan vergüenza de sí mismos, por percibirse como «malas personas»¹⁵⁶. A este respecto, JAHNKE ha insistido en la utilidad de hacer conscientes a los psicoterapeutas e investigadores de la responsabilidad que tienen cuando divulgan sobre la pedofilia¹⁵⁷, y que se hace extensible a los expertos forenses, especialmente respecto a que la misma, como atracción sexual hacia los menores, no implica necesariamente el paso a la acción.

¹⁵³ SAP Álava 236/2013, Sección Segunda, de 16 de julio (ECLI:ES:APVI:2013:806).

¹⁵⁴ SAP Madrid 228/2012, Sección Trigésima, de 8 de junio (ECLI:ES:APM:2012:8695).

¹⁵⁵ JAHNKE, *European Psychologist*, (23-2), 2018, pp. 144 ss.; LEVENSON *et al.*, «Obstacles to Help-Seeking for Sexual Offenders: Implications for Prevention of Sexual Abuse», *Journal of Child Sexual Abuse*, (26-2), 2017, pp. 99 ss.; WALKER, *A Long, Dark Shadow*, 2021, pp. 130 ss.

¹⁵⁶ GRADY *et al.*, «“I can’t talk about that”: Stigma and fear as barriers to preventive services for minor-attracted persons», *Stigma and Health*, (4-4), 2019, pp. 400 ss.

¹⁵⁷ JAHNKE, *European Psychologist*, (23-2), 2018, pp. 144 ss.

4.7. Limitaciones del presente estudio

Para finalizar, en pro de la transparencia científica, conviene señalar que este trabajo no está exento de limitaciones. En primer lugar, hay que tener en cuenta el tamaño de la muestra, que podría influir en la generalización de los resultados. En segundo lugar, aunque algunas sentencias recojan extractos de los informes periciales empleados para basarse en la elección de la circunstancia modificativa, no se puede acceder a ellos a texto completo, lo que podría también influir sobre la generalización de resultados. En tercer lugar, la falta de consenso en el ámbito clínico respecto a la conceptualización de la pedofilia puede haber repercutido en que el mero hecho de haber cometido un delito de agresión sexual a menores o de pornografía infantil haya determinado por sí mismo el diagnóstico de pedofilia. Por último, queda pendiente como investigación complementaria el análisis de los argumentos aducidos por las sentencias que rechazaron apreciar la pedofilia como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

5. Conclusiones

A nuestro juicio, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo acierta al optar por valorar cada caso de forma individual según su gravedad (STS 558/2020, Penal, de 2 de julio; S5), sin fijar criterios inamovibles en la consideración de la pedofilia. No obstante, a lo largo del presente estudio se han mostrado una serie de realidades clínicas innegables que es necesario precisar cuando en este contexto se realizan valoraciones sobre la imputabilidad del reo:

- (i) La prevalencia de pedofilia en agresores sexuales de menores oscila entre un tercio y la mitad de los individuos. Esto implica que no todas las personas que agreden sexualmente a menores tienen pedofilia, así como que no todas las personas con pedofilia terminan agrediendo sexualmente.
- (ii) Hasta hora, el criterio de valoración judicial mayoritario ha sido negar la alteración de las capacidades cognitivas y volitivas en sujetos que, habiendo agredido sexualmente a menores, aducían pedofilia, si bien en los pocos casos en que se ha resuelto atenuar la responsabilidad penal de estos sujetos, ha sido en forma de atenuación analógica si se presentaba exclusivamente pedofilia, sin ningún otro trastorno concomitante.
- (iii) Existen tres perspectivas clínicas diferentes de consideración de la pedofilia, cada una de las cuales puede comprometer diferencialmente la evaluación de la imputabilidad del sujeto y, por consiguiente, de su responsabilidad penal (ver Anexo I).
- (iv) La interpretación judicial que se haga del diagnóstico de pedofilia en los sujetos puede variar de forma considerable la persecución o no de su diagnóstico por parte del imputado. Si bien la pedofilia en sujetos que han agredido sexualmente a un menor se asocia empíricamente con riesgo de reincidencia, y por tanto un imputado se encontraría motivado para disimular o esconder su presencia, si la pedofilia se interpreta judicialmente como capaz de alterar las capacidades volitivas del sujeto, puede provocar que se persiga su diagnóstico para buscar un beneficio en forma de reducción de la condena impuesta.
- (v) Los estudios experimentales no han demostrado prevalencia de trastornos de control de los impulsos sistemáticamente concurrentes a un diagnóstico de pedofilia, que

podrían emplearse para justificar una merma de las capacidades volitivas del sujeto. En todo caso, el tipo de impulsividad no patológica que se ha encontrado asociado a la pedofilia es de carácter atencional. Esto implica que los sujetos con pedofilia tienen más dificultades en apartar su vista de estímulos de carácter sexual infantil que los sujetos sin pedofilia, lo que podría ser de interés en la evaluación de sujetos que consumen material abusivo de menores, pero no tanto en el caso de los sujetos que, teniendo pedofilia, agreden sexualmente a menores, ya que la impulsividad de carácter motor (dificultad para controlar la conducta, potencialmente relacionada con las capacidades volitivas del sujeto) y la planificadora (dificultad para evaluar las consecuencias de la conducta, potencialmente relacionada con las capacidades cognitivas del sujeto), no se encuentran sistemáticamente alteradas en ellos.

- (vi) En el nivel clínico, existen dos situaciones relacionadas con las pulsiones sexuales que pueden tener un papel relevante a la hora de valorar la afectación a la imputabilidad de los sujetos acusados de agresión sexual a menores:

- (vi.a) Trastorno Compulsivo de la Conducta Sexual: es un tipo de trastorno similar a la adicción y a la hipersexualidad, que compromete la capacidad de controlar los impulsos sexuales de la persona y, por ende, afecta a la capacidad volitiva de forma acusada. Su prevalencia y diagnóstico es relativa, y en todo caso vinculada con delitos de pornografía infantil pero no tanto de agresión sexual infantil. La principal característica diferencial respecto de la pedofilia es que el trastorno Compulsivo de la Conducta Sexual entraña la incapacidad de controlar los impulsos sexuales y la necesidad imperiosa de llevarlos a cabo incluso cuando son perjudiciales para el propio sujeto, sin derivarse de ello satisfacción sexual, con independencia de si el foco central de excitación son menores o adultos¹⁵⁸. En cambio, el sujeto con pedofilia siente satisfacción sexual ante las fantasías o conductas sexuales que involucran a menores y no necesariamente tiene un problema en controlar su conducta sexual.

- (vi.b) Trastorno obsesivo-compulsivo con temática de pedofilia: es un trastorno que implica la intromisión involuntaria de pensamientos con temática pedófila a la que le siguen metacogniciones negativas sobre uno mismo que son las que causan malestar emocional, y que el sujeto busca aplacar llevando a cabo acciones idiosincrásicas y alejadas de cualquier tipo de agresión sexual, ya que es lo que el sujeto precisamente teme poder llevar a cabo. Por ende, afectaría a la capacidad volitiva, pero de forma menos acusada que el anterior. Sería muy raro encontrar un diagnóstico de este tipo acompañando a un delito de agresión sexual a menores o de pornografía infantil, puesto que el sujeto teme realizarlos y huye de cualquier estímulo relacionado. Algunas características diferenciales respecto de la pedofilia es que el sujeto no muestra una atracción particular ni excitación sexual hacia los menores (sino temor a tenerla), que los pensamientos

¹⁵⁸ A este respecto, el manual CIE-11 especifica, en el apartado de diagnóstico diferencial incluido bajo los criterios del trastorno de pedofilia, lo siguiente: «Algunos individuos con Trastorno Obsesivo-Compulsivo experimentan pensamientos e imágenes intrusivas sobre la posible atracción o abuso sexual de niños. Suelen ser muy angustiados para el individuo y no van acompañados de excitación sexual, por lo que no reflejan un patrón de excitación parafilica subyacente, aunque al individuo le preocupe que así sea. Estos individuos también pueden experimentar otros pensamientos ego-distónicos o imágenes con contenido sexual que no se experimentan como sexualmente excitantes.»

que tiene de temática pedófila acuden de forma involuntaria a su mente en vez de invocarlos activa y voluntariamente para buscar placer sexual y que las acciones que lleva a cabo se dirigen a apartarse de todo estímulo relacionado con la pedofilia o son ritos o supersticiones que reducen la ansiedad que siente la persona.

- (vii) La evaluación forense del diagnóstico de pedofilia resulta complicada. Las medidas de autoinforme son fácilmente falseables y no se encuentran adaptadas (traducidas y baremadas) en castellano y con población culturalmente compatible. Las medidas indirectas, como la pletismografía peneana, aunque miden procesos autónomos, como es la respuesta fisiológica a un estímulo sexual, son invasivas, manipulables, con capacidad para dar falsos negativos en contextos forenses y muy dependientes de la selección de estímulos sexuales que se haga. Tan solo la medición de procesos automáticos de atención (mirada y dilatación pupilar) a través de *eye-tracker* ha demostrado más especificidad y capacidad discriminativa, pero sin ser una prueba sistemáticamente certera para evaluar la presencia de pedofilia.
- (viii) El trabajo presentado evidencia la enorme utilidad que tendría recoger en las sentencias datos como los especificadores de la pedofilia. Ya se ha expuesto que la no exclusividad podría ser relevante de cara al pronóstico del tratamiento, pero recoger la atracción por el sexo resultaría igualmente útil para hacer estudios de peligrosidad criminal y prevalencia, especialmente en los delitos de pornografía infantil, donde se obtiene que, si el sujeto que consume material abusivo de menores tiene preferencia por el sexo masculino, la probabilidad de reincidencia es mayor¹⁵⁹. Además, cabe explorar en todos los casos la relación o no del sujeto con el consumo de material abusivo de menores, dado que se encuentran diferencias en la caracterización y tratamiento de los casos de agresión dual (aquellos sujetos que consumen material abusivo de menores y también cometen delitos de agresión sexual a menores), respecto a quienes consumen imágenes abusivas de menores, pero no pasan a la acción, y con quienes cometen la agresión sexual, pero no utilizan ese tipo de material¹⁶⁰. En concreto, McMANUS, LONG, ALISON y ALMOND encuentran que los agresores duales tienen mayor acceso a los menores, ya sea por cuestión de parentesco o de profesión; más antecedentes penales, sobre todo por delitos no sexuales; más comportamientos de ciberacoso sexual a menores; colecciones de imágenes abusivas de menores menos variadas que los no duales y tendencia a agredir a menores del mismo sexo y edad aproximada a los que veían en sus colecciones¹⁶¹. Por su parte, HENSHAW, OGLOFF y CLOUGH encuentran que los sujetos que solo cometen delitos de pornografía infantil tienen más parafilias, pero menos puntuaciones en antisocialidad; los que solo agreden sexualmente son más antisociales y tienen baja puntuación en parafilias; y los

¹⁵⁹ SETO/EKE, «Predicting Recidivism among Adult Male Child Pornography Offenders: Development of the Child Pornography Offender Risk Tool (CPORT)», *Law and Human Behavior*, (39-4), 2015, pp. 416 ss.; SETO *et al.*, «The Revised Screening Scale for Pedophilic Interests (SSPI-2): Development and Criterion-Related Validation», *Sexual Abuse: Journal of Research and Treatment*, (29-7), 2017, pp. 619 ss.

¹⁶⁰ HENSHAW *et al.*, «Demographic, mental health, and offending characteristics of online child exploitation material offenders: A comparison with contact-only and dual sexual offenders», *Behavioral Sciences and the Law*, (36-2), 2018, pp. 198 ss.; McMANUS *et al.*, «Factors associated with contact child sexual abuse in a sample of indecent image offenders», *Journal of Sexual Aggression*, (21-3), 2015, pp. 368 ss.

¹⁶¹ McMANUS *et al.*, *Journal of Sexual Aggression*, (21-3), 2015, pp. 368 ss.

agresores duales puntúan alto en ambas características¹⁶². Esto muestra, por tanto, que los agresores duales son un grupo especialmente problemático y cuyas características especiales deberían ser tenidas en cuenta de cara a elaborar los tratamientos o aplicar medidas de peligrosidad.

6. Bibliografía

ARA-GARCÍA/MARTÍ-VILAR/BADENES-RIBERA/GONZÁLEZ-SALA, «Neuroanatomical and Neurocognitive Differences Between the Executive Functions in Child Sexual Offenders: A Systematic Review», *Brain Sci*, (15-38), 2025, pp. 1-23.

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *APA Statement on DSM-5 Text Error Oct. 31, 2013* [Disponible en: https://psychstar.ca/resources/DSM-5_Corrections-to-Text_sexual_disorders.pdf].

———, *Paraphilic Disorders*, 2013 [Disponible en: https://www.psychiatry.org/FileLibrary/Psychiatrists/Practice/DSM/APA_DSM-5-Paraphilic-Disorders.pdf]

———, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5*, 5ª ed., Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2014.

BALTIERI/BOER, «Two clusters of child molesters based on impulsiveness», *Revista Brasileira de Psiquiatria*, (37-2), 2015, pp. 139-145.

BEECH/MINER/THORNTON, «Paraphilias in the DSM-5», *Annual Review of Clinical Psychology*, (12), 2016, pp. 383-406.

BEIER/GIESELER/ULRICH/SCHERNER/SCHLINZIG, «The Berlin Prevention Project Dunkelfeld (PPD)», en BEIER (ed.), *Pedophilia, Hebephilia and Sexual Offending against Children*, Springer, 2021, pp. 43-56.

BEIER, «Preventing Child Sexual Abuse-The Prevention Project Dunkelfeld», *Journal of Sexual Medicine*, (15-8), 2018, pp. 1065-1066.

BEIER/GRUNDMANN/KUHLE/SCHERNER/KONRAD/AMELUNG, «The German Dunkelfeld Project: A Pilot Study to Prevent Child Sexual Abuse and the Use of Child Abusive Images», *Journal of Sexual Medicine*, (12-2), 2015, pp. 529-542.

BEIER/NEUTZE/MUNDT/AHLERS/GOECKER/KONRAD/SCHAEFER, «Encouraging self-identified pedophiles and hebephiles to seek professional help: First results of the Prevention Project Dunkelfeld (PPD)», *Child Abuse and Neglect*, (33-8), 2009, pp. 545-549.

BERGNER-KOETHER/PESCHKA/PASTUKHOV/CARBON/STEINS-LOEBER/HAJAK/RETTEBERGER, «The Relevance of Hypersexuality and Impulsivity in Different Groups of Treatment-Seekers With and Without (Exclusive) Pedophilia», *Sexual Abuse*, (0-0), 2024, pp. 1-28.

BERLIN, «Pedophilia and DSM-5: The Importance of Clearly Defining the Nature of a Pedophilic Disorder», *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, (42-4), 2014, pp. 404-407.

¹⁶² HENSHAW *et al.*, *Behavioral Sciences and the Law*, (36-2), 2018, pp. 198 ss.

BLANCHARD/LYKINS/WHERRETT/KUBAN/CANTOR/BLAK/DICKEY/KLASSEN, «Pedophilia, hebephilia, and the DSM-V», *Archives of Sexual Behavior*, (38-3), 2009, pp. 335-350.

BOGAERTS/DAALDER/VANHEULE/DESMET/LEEuw, «Personality disorders in a sample of paraphilic and nonparaphilic child molesters: A comparative study», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, (52-1), 2008, pp. 21-31.

BONAGURA/ABRAMS/TELLER, «Diagnostic Differential Between Pedophilic-OCD and Pedophilic Disorder: An Illustration with Two Vignettes», *Archives of Sexual Behavior*, (51-4), 2022, pp. 2359-2368.

BÖTHE/TÓTH-KIRÁLY/POTENZA/GRIFFITHS/ROSZ/ DEMETROVICS, «Revisiting the role of impulsivity and compulsivity in problematic sexual behaviors», *The Journal of Sex Research*, (56-2), 2019, pp. 166-179.

BRUCE/CHING/WILLIAMS, «Pedophilia-Themed Obsessive-Compulsive Disorder: Assessment, Differential Diagnosis, and Treatment with Exposure and Response Prevention», *Archives of Sexual Behavior*, (47-2), 2018, pp. 389-402.

BUENO GUERRA, «La exclusión social de las personas con pedofilia y de quienes cometen delitos sexuales contra menores», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 297-330.

BURNS/SWERDLOW, «Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign», *Archives of Neurology*, (60-3), 2003 pp. 437-440.

CABRERA MARTÍN, «Fenomenología de la victimización sexual infantil», en MEANA PEÓN/MARTÍNEZ GARCÍA (dirs.), *Dignidad y equidad amenazadas en la sociedad contemporánea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 339-390.

———, *La victimización sexual de menores en el código penal español y en la política criminal internacional*, Dykinson, Madrid, 2019.

———, «La pornografía infantil como especie de la pornografía en general», *Cuadernos de política criminal*, (121), 2017, pp. 203-256.

CAMPERIO CIANI/SCARPAZZA/COVELLI/BATTAGLIA, «Profiling acquired pedophilic behavior: Retrospective analysis of 66 Italian forensic cases of pedophilia», *International Journal of Law and Psychiatry*, (67), 2019.

CANTOR/LAFAILLE/SOH/MOAYEDI/MIKULIS/GIRARD, «Diffusion Tensor Imaging of Pedophilia», *Archives of Sexual Behavior*, (44-8), 2015, pp. 2161-2172.

CANTOR/KABANI/CHRISTENSEN/ZIPURSKY/BARBAREE/DICKEY/KLASSEN/MIKULIS/KUBAN/BLAK/RICHARDS/HANRATTY/BLANCHARD, «Cerebral white matter deficiencies in pedophilic men», *Journal of Psychiatric Research*, (42-3), 2008, pp. 167-183.

CANTOR/ROBICHAUD/BLANCHARD/CHRISTENSEN, «Quantitative reanalysis of aggregate data on IQ in sexual offenders», *Psychological Bulletin*, (131-4), 2005, pp. 555-568.

CANTOR/BLANCHARD/CHRISTENSEN/DICKEY/KLASSEN/BECKSTEAD/BLAK/KUBAN, «Intelligence, Memory, and Handedness in Pedophilia», *Neuropsychology*, (18-1), 2004, pp. 3-14.

CASANUEVA SANZ, «Los trastornos mentales y sus efectos en la responsabilidad penal. El juego patológico», en GIL NOBAJAS/GÓMEZ LANZ (dirs.), *El sistema penal y los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 59-105.

COHEN/GANS/MCGEOCH/POZNANSKY/ITSKOVICH/MURPHY/KLEIN/CULLEN/GALYNKER, «Impulsive personality traits in male pedophiles versus healthy controls: Is pedophilia an impulsive-aggressive disorder?», *Comprehensive Psychiatry*, (43-2), 2002, pp. 127-134.

CORRECHER MIRA, «La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-7), 2020, pp. 1-40.

CROMER/GOLDSMITH, «Socio-cultural issues and child sexual abuse: Child sexual abuse myths: Attitudes, beliefs, and individual differences», *Journal of Child Sexual Abuse*, (19-6), 2010, pp. 618-647.

DE BLOCK/ADRIAENS, «Pathologizing Sexual Deviance: A History», *Journal of Sex Research*, (50-3/4), 2013, pp. 276-298.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *Vademécum de Derecho Penal*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

DUJO LÓPEZ/HORCAJO GIL, «La psicopatía en la actualidad: abordaje clínico-legal y repercusiones forenses en el ámbito penal», *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, (17-1), 2017, pp. 69-88.

ECHEBURÚA/GUERRICAECHEVARRÍA, *Abuso sexual en la infancia. Nuevas perspectivas clínicas y forenses*, Ariel, Barcelona, 2021.

EHER/RETTEBERGER/TURNER, «The prevalence of mental disorders in incarcerated contact sexual offenders», *Acta psychiatrica Scandinavica*, (139-6), 2019, pp. 572-581.

FROMBERGER/JORDAN/STEINKRAUSS/VON HERDER/WITZEL/STOLPMANN/KRÖNER-HERWIG/MÜLLER, «Diagnostic accuracy of eye movements in assessing pedophilia», *Journal of Sexual Medicine*, (9-7), 2012, pp. 1868-1882.

FUMAGALLI/PRAVETTONI/PRIORI, «Pedophilia 30 years after a traumatic brain injury», *Neurological Sciences*, (36-3), 2015, pp. 481-482.

GANNON, «A compositional explanatory theory of pedophilia», *Aggression and Violent Behavior*, (61), 2021, pp. 1-13.

GERWINN/WEIß/TENBERGEN/AMELUNG/FÖDISCH/POHL/MASSAU/KNEER/MOHNKE/KÄRGEL/WITTFOTH/JUNG/DRUMKOVA/SCHILTZ/WALTER/BEIER/WALTER/PONSETI/SCHIFFER/KRUGER, «Clinical characteristics associated with paedophilia and child sex offending – Differentiating sexual preference from offence status», *European Psychiatry*, (51), 2018, pp. 74-85.

GIAMI, «Between DSM and ICD: Paraphilias and the Transformation of Sexual Norms», *Archives of Sexual Behavior*, (44-5), 2015, pp. 1127-1138.

GIBBELS/SINKE/KNEER/AMELUNG/MOHNKE/BEIER/WALTER/SCHILTZ/GERWINN/POHL/PONSETI/FOEDISCH/RISTOW/WALTER/KAERGEL/MASSAU/SCHIFFER/KRUGER, «Two Sides of One Coin: A Comparison of Clinical and Neurobiological Characteristics of Convicted and Non-Convicted Pedophilic Child Sexual Offenders», *Journal of Clinical Medicine*, (8-7).

GILBERT/FOCQUAERT, «Rethinking responsibility in offenders with acquired paedophilia: Punishment or treatment?», *International Journal of Law and Psychiatry*, (38), 2015, pp. 51-60.

GOLA/LEWCZUK/POTENZA/KINGSTON/GRUBBS/STARK/REID, «What should be included in the criteria for compulsive sexual behavior disorder?», *Journal of Behavioral Addictions*, (11-2), 2022, pp. 160-165.

GÓMEZ-DURÁN/BUENO-GUERRA/BECERRA-GARCÍA/NGUYEN, «Preventing child sexual abuse from the offenders' side: Prevention Dunkelfeld Project», *Revista Española de Medicina Legal y Forense*, (45-2), 2019, pp. 83-84.

GÓMEZ LANZ/HALTY BARRUTIETA, «Impacto del avance de las neurociencias en la imputabilidad jurídico-penal del sujeto psicópata», *Derecho y Salud*, (26 extr.), 2016, pp. 81-92.

GRADY/LEVENSON/MESIAS/KAVANAGH/CHARLES, «“I can't talk about that”: Stigma and fear as barriers to preventive services for minor-attracted persons», *Stigma and Health*, (4-4), 2019, pp. 400-410.

GRUBBS/HOAGLAND/LEE/GRANT/DAVISON/REID/KRAUS, «Sexual addiction 25 years on: A systematic and methodological review of empirical literature and an agenda for future research», *Clinical Psychology Review*, (82), 2020, pp. 1-15.

GRUNDMANN/KRUPP/SCHERNER/AMELUNG/BEIER, «Stability of Self-Reported Arousal to Sexual Fantasies Involving Children in a Clinical Sample of Pedophiles and Hebephiles», *Archives of Sexual Behavior*, (45-5), 2016, pp. 1153-1162.

HANSON/MORTON-BOURGON, «The characteristics of persistent sexual offenders: A meta-analysis of recidivism studies», *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, (73-6), 2005, pp. 1154-1163.

HENSHAW/OGLOFF/CLOUGH, «Demographic, mental health, and offending characteristics of online child exploitation material offenders: A comparison with contact-only and dual sexual offenders», *Behavioral Sciences and the Law*, (36-2), 2018, pp. 198-215.

HERRERO/NEGREDO, «Evaluación del interés sexual hacia menores», *Anuario de Psicología Jurídica*, (26), 2016, pp. 30-40.

HERRERO MEJÍAS, *Agresores sexuales: teoría, evaluación y tratamiento*, Síntesis, Madrid, 2018.

HÖRBURGER/HABERMEYER, «Zu den Zusammenhängen zwischen paraphilen Störungen, Persönlichkeitsstörungen und Sexualdelinquenz», *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, (14-2), 2020, pp. 149-157.

IMHOFF/BANSE/SCHMIDT, «Toward a Theoretical Understanding of Sexual Orientation and Sexual Motivation», *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 29-33.

JAHNKE, «Emotions and Cognitions Associated with the Stigma of Non-Offending Pedophilia: A Vignette Experiment», *Archives of Sexual Behavior*, (47-2), 2018, pp. 363-373.

———, «The Stigma of Pedophilia: Clinical and Forensic Implications», *European Psychologist*, (23-2), 2018, pp. 144-153.

JORDAN/FROMBERGER/MÜLLER/WERNICKE/STOLPMANN/MÜLLER, «Sexual interest and sexual self-control in men with self-reported sexual interest in children – A first eye tracking study», *Journal of Psychiatric Research*, (96), 2018, pp. 138-144.

KALMUS/BEECH, «Forensic assessment of sexual interest: A review», *Aggression and Violent Behavior*, (10-2), 2005, pp. 193-217.

KONRAD/SCHLINZIG/SIEGEL/KOSSOW/BEIER, «Therapeutic Options», en BEIER (ed.), *Pedophilia, Hebephilia and Sexual Offending against Children*, Springer, Berlin, 2021, pp. 27-42.

KRUEGER/REED/FIRST/MARAIS, «Proposals for Paraphilic Disorders in the International Classification of Diseases and Related Health Problems, Eleventh Revision (ICD-11)», *Archives of Sexual Behavior*, (46-5), 2017, pp. 1529-1545.

LASHER/STINSON, «Adults with Pedophilic Interests in the United States: Current Practices and Suggestions for Future Policy and Research», *Archives of Sexual Behavior*, (46-3), 2017, pp. 659-670.

LEVENSON/WILLIS/VICENCIO, «Obstacles to Help-Seeking for Sexual Offenders: Implications for Prevention of Sexual Abuse», *Journal of Child Sexual Abuse*, (26-2), 2017, pp. 99-120.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix, *Abusos sexuales a menores: lo que recuerdan de mayores*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1994.

LORENTE ACOSTA, *Estudio médico-legal de las sentencias por delitos contra la libertad y la indemnidad sexual*, 2021 [Disponible en: <https://n9.cl/1h0cqj>].

LORENZO GARCÍA/AGUSTINA, «Sobre el confuso concepto de psicopatía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: una revisión crítica ante los nuevos retos del Derecho penal de la peligrosidad», *Política Criminal*, (11-21), 2016, pp. 66-103.

LORENZO GARCÍA/AGUSTINA/GÓMEZ-DURÁN/MARTÍN-FUMADÓ, «Trastornos de la personalidad en la jurisprudencia española», *Revista Española de Medicina Legal*, (42-2), 2016, pp. 62-66.

MALÓN, «Pedophilia: A Diagnosis in Search of a Disorder», *Archives of Sexual Behavior*, (41-5), pp. 1083-1097.

MARCO FRANCA, *El agresor sexual de menores: aspectos penales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MCMANUS/LONG/ALISON/ALMOND, «Factors associated with contact child sexual abuse in a sample of indecent image offenders», *Journal of Sexual Aggression*, (21-3), 2015, pp. 368-384.

MELO REGHELIN/ZAFFARI CAVEDON/CALLEGARI, *Psicopatías e imputabilidad. Un análisis sobre la peligrosidad criminal y los delitos sexuales*, Edisofer, Buenos Aires, 2016.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

MONEY, *Lovemaps: Clinical concepts of sexual/erotic health and pathology, paraphilia, and gender transposition of childhood, adolescence, and maturity*, Prometheus, New York, 1986.

MOSER/KLEINPLATZ, «Conceptualization, History, and Future of the Paraphilias», *Annual Review of Clinical Psychology*, (16-1), 2020, pp. 379-399.

———, «El DSM-IV y las Parafilias: Un argumento para su retirada», *Archivos Hispanoamericanos de Sexología*, (12-2), 2006, pp. 217 ss.

MOSER, «DSM-5, Paraphilias, and the Paraphilic Disorders: Confusion Reigns», *Archives of Sexual Behavior*, (48-3), 2019, pp. 681-689.

———, «Defining Sexual Orientation», *Archives of Sexual Behavior*, (45-3), 2016, pp. 505-508.

———, «When Is an Unusual Sexual Interest a Mental Disorder?», *Archives of Sexual Behavior*, (38-3), 2009, pp. 323-325.

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NIELSEN/AASKOV/LARSEN, «When virtuous paedophiles meet online: A sociological study of a paedophile community», *Sexualities*, (25-5/6), 2022, pp. 598-614.

OBREGÓN GARCÍA/GÓMEZ LANZ, *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2023.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional de Enfermedades*, 11ª ed., 2023.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

POZUECO ROMERO/ROMERO GUILLENA/CASAS BARQUERO, «Psicopatía, violencia y criminalidad: un análisis psicológico-forense, psiquiátrico-legal y criminológico (Parte II)», *Cuadernos de Medicina Forense*, (17-4), 2011, pp. 175-192.

REQUEJO CONDE, «Tratamiento de la psicopatía en la jurisprudencia penal española. El camino hacia un nuevo enfoque de la imputabilidad penal», *Revista General de Derecho Penal*, (27), 2017.

RIBERAS-GUTIÉRREZ/PRIETO URSÚA/BUENO-GUERRA, «Necesidades de intervención en prisión con internos con pedofilia», *Papeles del Psicólogo*, (45-1), 2024, pp. 11-18.

RICE/HARRIS/LANG/CHAPLIN, «Sexual Preferences and Recidivism of Sex Offenders With Mental Retardation», *Sexual Abuse: Journal of Research and Treatment*, (20-4), 2008, pp. 409-425.

SÁNCHEZ GARRIDO, *Delincuencia habitual, psicopatía y responsabilidad penal*, Dykinson, Madrid, 2019.

SÁNCHEZ VILANOVA, *Neuroimputabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

———, «Nuevas perspectivas en el tratamiento jurisprudencial de la cleptomanía», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (22), 2019, pp. 159-180.

SAVARD/HIRVIKOSKI/GÖRTS ÖBERG/DHEJNE/RAHM/JOKINEN, «Impulsivity in Compulsive Sexual Behavior Disorder and Pedophilic Disorder», *Journal of Behavioral Addictions*, (10-3), 2021, pp. 839-847.

SAVE THE CHILDREN, *Los abusos sexuales hacia la infancia en España*, 2021 [Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2021-11/Los_abusos_sexuales_hacia_la_infancia_en_ESP.pdf]

———, *Ojos que no quieren ver*, 2017 [Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/ojos_que_no_quieren_ver_27092017.pdf]

SCARPAZZA/FINOS/GENON/MASIERO/BORTOLATO/CAVALIERE/PEZZAIOLI/MONARO/NAVARIN/BATTAGLIA/PIETRINI/FERRACUTI/SARTORI/CAMPERIO CIANI, «Idiopathic and acquired pedophilia as two distinct disorders: an insight from neuroimaging», *Brain Imaging and Behavior*, (15-5), 2021, pp. 2681-2692.

SCHIPPERS/SMID/HOOGSTEDER/PLANTING/DE VOGEL, «Pedophilia is associated with lower sexual interest in adults: Meta-analyses and a systematic review with men who had sexually offended against children», *Aggression and Violent Behavior*, (69-1), 2023, pp. 1-21.

SCHMIDT/IMHOFF, «Towards a Theory of Chronophilic Sexual Orientation in Heterosexual Men», en CRAIG (ed.), *Sexual Deviance: Understanding and managing deviant sexual interest and paraphilic disorders*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2021, pp. 41-52.

SETO, *Pedophilia and sexual offending against children: theory, assessment and intervention*, 2ª ed., American Psychological Association, Washington, 2018.

———, «The Puzzle of Male Chronophilias», *Archives of Sexual Behavior*, (46-1), 2017, pp. 3-22.

———, «Is Pedophilia a Sexual Orientation?», *Archives of Sexual Behavior*, (41-1), 2011, pp. 231-236.

———, «Pedophilia», *Annual Review of Clinical Psychology*, (5-1), 2009, pp. 391-407.

SETO/STEPHENS/LALUMIÈRE/CANTOR, «The Revised Screening Scale for Pedophilic Interests (SSPI-2): Development and Criterion-Related Validation», *Sexual Abuse: Journal of Research and Treatment*, (29-7), 2017, pp. 619-635.

SETO/EKE, «Predicting Recidivism among Adult Male Child Pornography Offenders: Development of the Child Pornography Offender Risk Tool (CPORT)», *Law and Human Behavior*, (39-4), 2015, pp. 416-429.

STANFORD/MATHIAS/DOUGHERTY/LAKE/ANDERSON/PATTON, «Fifty years of the Barratt Impulsiveness Scale: An update and review», *Personality and Individual Differences*, (47-5), 2009, pp. 385-395.

STEVENS/WOOD, «“I Despise Myself for Thinking about Them.” A Thematic Analysis of the Mental Health Implications and Employed Coping Mechanisms of Self-Reported Non-Offending Minor Attracted Persons», *Journal of Child Sexual Abuse*, (28-8), 2019, pp. 968-989.

TANNER, *Fetus into Man: Physical Growth from Conception to Maturity*, 2ª ed., Harvard University Press, Cambridge, 1990.

TENBERGEN/WITTFOTH/FRIELING/PONSETI/WALTER/WALTER/BEIER/SCHIFFER/KRUGER, «The neurobiology and psychology of pedophilia: Recent advances and challenges», *Frontiers in Human Neuroscience*, (9), 2015, pp. 1-20.

URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2004.

WALKER, *A Long, Dark Shadow. Minor-Attracted People and Their Pursuit of Dignity*, University of California Press, Oakland, 2021.

ZUGALDÍA ESPINAR, «La culpabilidad», en MORENO-TORRES HERRERA (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

7. Anexos

7.1. Afectación a la imputabilidad cuando los intereses pedófilos se hallan circunscritos a una causa orgánica

1. SAP Almería 235/2001, Sección Segunda, de 5 de julio (ECLI:ES:APAL:2001:917).
2. SAP Barcelona. Sección Tercera, de 9 de marzo (ECLI:ES:APB:1998:2688)¹⁶³.
3. STS 1065/2019, Penal, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:13122A).
- 3 bis. SAP Barcelona 719/2018. Sección Sexta, de 8 de noviembre (ECLI:ES:APB:2018:13191).
4. STS 1057/1999, Penal, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:1999:4648).
- 4 bis. SAP Cáceres 1/1998, Sección Segunda, de 10 de febrero (ECLI:ES:APCC:1998:156).
5. SAP Cáceres 127/2006, Sección Segunda, de 4 de octubre (ECLI:ES:APCC:2006:727).
6. SAP Islas Baleares 28/2001, Sección Segunda, de 30 de marzo (ECLI:ES:APIB:2001:959).
7. SAP León 536/2019, Sección Tercera, de 29 de noviembre (ECLI:ES:APLE:2019:1428).
8. SAP Madrid 349/1999, Sección Tercera, de 23 de septiembre (ECLI:ES:APM:1999:11993).
9. SAP Madrid 784/2006, Sección Decimoséptima, de 5 de octubre (ECLI:ES:APM:2006:7111).
10. SAP Málaga 289/2004, Sección Segunda, de 7 de mayo (ECLI:ES:APMA:2004:2237).
11. SAP Navarra 136/2016, Sección Primera, de 17 de junio (ECLI:ES:APNA:2016:320).
12. SAP Ourense 11/2003, Sección Segunda, de 29 de diciembre (ECLI:ES:APOU:2003:1083).
13. SAP Santander 5/2005, Sección Tercera, de 29 de junio (ECLI:ES:APS:2005:2138).
14. STS 768/2004, Penal, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2004:4247).
- 14 bis. SAP Segovia 2/2003, Sección Única, de 10 de febrero (ECLI:ES:APSG:2003:14).
15. SAP Valencia 17/2013, Sección Segunda, de 26 de diciembre (ECLI:ES:APV:2012:5850).
16. STS 119/1997, Penal, de 28 de enero (ECLI:ES:TS:1997:480).
17. STS 971/1999, Penal, de 9 de junio (ECLI:ES:TS:1999:4078).
18. STS 1958/2013, Penal, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:9863A).
- 18 bis. SAP Almería 397/2012, Sección Primera, de 12 de diciembre (ECLI:ES:APAL:2012:1818).

¹⁶³ El número de sentencia no se encuentra disponible en ninguna base de datos en el momento de realización de esta investigación. El contacto con la Oficina de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial resultó infructuoso a tal efecto.

19. STS 151/2019, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:1356).
- 19 bis. SAP Barcelona 949/2017, Sección Novena, de 22 de diciembre (ECLI:ES:APB:2017:14650).
20. STS 648/2021, Penal, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3201).
21. STS 20/2021, Penal, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2021:8).
22. STSJ Comunidad Valenciana 318/2021, Civil y Penal, Sección de Apelaciones Penales, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TSJCV:2021:7078).
- 22 bis. SAP Alicante 307/2021, Sección Décima, de 22 de septiembre (ECLI:ES:APA:2021:3207).
23. SAP Barcelona 712/2013, Sección Séptima, de 15 de julio (ECLI:ES:APB:2013:8122).
24. SAP Madrid 40/2015, Sección Cuarta, de 29 de enero (ECLI:ES:APM:2015:18798).
25. SAP Madrid 615/2016, Sección Trigésima, de 23 de septiembre (ECLI:ES:APM:2016:12110).
26. SAP Madrid 234/2016, Sección Decimoséptima, de 6 de mayo (ECLI:ES:APM:2016:5542).
27. SAP Sevilla 85/2009, Sección Séptima, de 16 de diciembre (ECLI:ES:APSE:2009:3921).
28. STS 1098/2010, Penal, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7065).
29. STS 144/1995, Penal, de 8 de febrero.

7.2. Variables empleadas en la codificación de las sentencias

1_Número_de_sentencia	Escribir número de la sentencia
2_Número_de_recurso	Escribir número del recurso
3_Órgano_Jurisdiccional	Escribir el órgano jurisdiccional que emite la sentencia
4_Fecha_de_la_sentencia	Escribir la fecha de la sentencia
5_Sexo_del_sujeto	1: Hombre; 2: Mujer
6_Edad_del_sujeto	Escribir edad del sujeto
7_Abuso_sexual	1: Sí; 0: No
8_Abuso_sexual_continuado	1: Sí; 0: No
9_Abuso_sexual_en_grado_de_tentativa	1: Sí; 0: No
10_Agresión_sexual	1: Sí; 0: No
11_Agresión_sexual_en_grado_de_tentativa	1: Sí; 0: No
12_Captación_de menores_con_fines_pornográficos	1: Sí; 0: No
13_Utilización_de menores_con_fines_pornográficos	1: Sí; 0: No
14_Posesión_de_pornografía_infantil	1: Sí; 0: No
15_Difusión_de_pornografía_infantil	1: Sí; 0: No
16_Provocación_sexual_de menores	1: Sí; 0: No
17_Prostitución_de menores	1: Sí; 0: No
18_Exhibicionismo	1: Sí; 0: No
19_Agresión_sexual_de menores_CP	1: Sí; 0: No

20_Pornografía_infantil_CP	1: Sí; 0: No
21_Otros_delitos	1: Sí; 0: No
22_Escribir_otros_delitos	Especificar por qué otros delitos ha sido condenado en la sentencia
23_Otros_trastornos	1: Sí; 0: No
24_Otras_parafilias	1: Sí; 0: No
25_Trastornos_de_personalidad	1: Sí; 0: No
26_Trastornos_por_consumo_de_sustancias	1: Sí; 0: No
27_Trastornos_del_estado_de_ánimo	1: Sí; 0: No
28_Trastornos_adaptativos	1: Sí; 0: No
29_Trastornos_orgánicos	1: Sí; 0: No
30_Capacidad_intelectual_límite	1: Sí; 0: No
31_Trastornos_psicóticos	1: Sí; 0: No
32_Escribir_otros_trastornos	Especificar qué otros trastornos han sido diagnosticados
33_Capacidad_cognitiva	1: Conservada; 2: Afectación leve; 3: Afectación moderada; 4: Afectación grave; 5: Afectada, pero sin concretar el grado; 99: Sin información
34_Capacidad_volitiva	1: Conservada; 2: Afectación leve; 3: Afectación moderada; 4: Afectación grave; 5: Afectada, pero sin concretar el grado; 99: Sin información
35_Argumentos_judiciales	Escribir los argumentos judiciales sobre la afectación a las capacidades cognitivas y volitivas
36_Circunstancia_modificativa	1: Atenuante por analogía a la anomalía o alteración psíquica; 2: Eximente; 3: Eximente incompleta
37_Sexo_de_las_víctimas	1: Hombre; 2: Mujer; 3: Ambos
38_Exclusividad	1: Pedofilia exclusiva; 2: Pedofilia no exclusiva; 99: Sin información
39_Agresor_dual	1: Sí; 0: No; 99: Sin información
40_Intrafamiliar	1: Sí; 0: No; 99: Sin información
41_Relación_con_la_víctima	1: Desconocido; 2: Conocido; 3: Amigo de familiar; 4: Familiar; 5: Relación profesional (especificar); 6: Otro (especificar); 99: no disponible
42_Resumen_del_caso	Escribir hechos probados
43_Alusión_a_sentencias_previas_o_a_estudios_concretos	

7.3. Características penales relevantes respecto de la imputabilidad a la luz de tres perspectivas clínicas de consideración de la pedofilia

	Es un trastorno (APA, CIE)	Es una cronofilia (Seto, 2017)	No es un trastorno (Moser, 2009)	Otras consideraciones
Existe una base biológica que determina la presencia de los síntomas	Probablemente, pero no es unívoca ni generalizable	Probablemente, pero no es unívoca ni generalizable («pedofilia del desarrollo»)	No se manifiesta a este respecto	Cuando los síntomas de un trastorno se originan por una causa orgánica concreta, generalmente los manuales excluyen el diagnóstico de la entidad clínica ya que la sintomatología se podría explicar mejor por la presencia de esa causa concreta (el tenor literal suele rezar: «Los síntomas no se pueden atribuir a los efectos fisiológicos de una sustancia (p. ej., una droga, un medicamento) o a otra afección médica»), si bien este criterio específico no aparece ni en el DSM ni en la CIE en la definición del trastorno de pedofilia. De hecho, existen casos muy concretos y pocos frecuentes en los que una causa orgánica (ej., tumor) autolimita los síntomas, de manera que, retirada la causa, desaparece el interés sexual por menores (ej., Burns & Swerdlow, 2003). Estos casos se denominan «pedofilia adquirida por daños cerebrales». Por otra parte, existen estudios que apoyan la existencia de algunas características

				idiosincrásicas, tanto adquiridas (ej., previos trastornos craneoencefálicos) como innatas (ej., volumen de materia gris, lateralidad) en el perfil neuropsicológico de las personas con intereses sexuales en menores, pero no es un hallazgo unánime que pueda generalizarse a todos los casos. Similar a la orientación sexual, no existe una causa orgánica unívoca que explique la atracción que ostenta la persona.
Es un TMT	No. No es fugaz ni limitada en el tiempo. El sujeto manifiesta este interés durante al menos 6 meses	No. No es fugaz ni limitada en el tiempo. El sujeto manifiesta este interés desde la adolescencia	No. No es fugaz ni limitada en el tiempo. El sujeto manifiesta este interés durante temporadas o de forma persistente	Existen casos muy concretos y pocos frecuentes en los que una causa orgánica autolimita los síntomas, de manera que, retirada la causa, desaparece el interés sexual por menores. El manual CIE-11 especifica que «el Trastorno Pedofílico es relativamente estable después de la edad adulta temprana, pero los pensamientos, fantasías, impulsos y comportamientos sexuales pueden cambiar con el tiempo de tal forma que un individuo al que se le asignó el diagnóstico de Trastorno Pedofílico ya no cumple los requisitos del diagnóstico». Por tanto, no considera su fugacidad sino en todo caso su declive.

Es una anomalía psicológica (persistente)	Sí. Se mantiene durante al menos 6 meses	Sí. Se mantiene durante el curso vital del sujeto	Sí. Puede variar su intensidad o manifestación, pero cuando está presente persiste al menos durante una temporada	No existe actualmente ningún tratamiento conocido, ya sea psicológico (ej., tratamiento cognitivo-conductual), farmacológico (ej., castración química) o una combinación de los anteriores, que consiga eliminar los deseos o pensamientos sexuales en sujetos con pedofilia. En todo caso, el sujeto debe convivir con la aceptación de sus deseos y el compromiso de no llevarlos a cabo. Por otra parte, la sexualidad se considera una entidad dinámica en el ser humano, de modo que la intensidad o el foco de atención sexual puede variar con el tiempo, pero, mientras existe, perdura durante una temporada. En cualquier caso, las terapias denominadas de conversión, que intentan variar a propósito el foco que es de interés sexual para la persona, no solo no son éticas, sino que no producen resultados.
Capacidad cognitiva: el sujeto puede comprender el ilícito penal	Preservada. No existe alteración de las capacidades cognitivas	Preservada. No existe alteración de las capacidades cognitivas	Preservada. No se considera que el interés sexual en menores sea patológico ni el sujeto tenga, por tanto, ninguna	Existen estudios respecto de la presencia de distorsiones cognitivas que apoyan la comisión de agresiones o intentan justificar que el menor sedujo o buscó activamente la interacción. Estas distorsiones se han

			función mermada	visto tanto en personas con pedofilia, como en personas que, sin pedofilia, agredieron sexualmente a un menor o incluso a un adulto, pero estas distorsiones no afectan a su capacidad de comprender el ilícito y decidir no hacerlo.
Capacidad volitiva: el sujeto puede decidir no ejecutar el ilícito penal	En castellano, el criterio A del trastorno lo define como «deseos sexuales irrefrenables», sin embargo, procede de la traducción en inglés de «sexual urges», que no necesariamente involucra al control de la conducta	Sí. Cursa similar a una orientación sexual, de manera que el sujeto es consciente de su atracción y puede decidir no llevar a cabo acciones sexuales relacionadas	Sí. No se considera que el interés sexual en menores sea patológico ni el sujeto tenga, por tanto, ninguna función mermada	En los manuales, la pedofilia aparece en la sección de parafilias, mientras que en la sección de control de impulsos existe otro trastorno que involucra la conducta sexual donde se hace alusión explícita a la incapacidad de controlar el impulso sexual (ej., Trastorno Compulsivo de la Conducta Sexual). En los programas de prevención de la agresión sexual para personas con intereses sexuales respecto de menores existen módulos dedicados al control de los impulsos. El motivo no es porque se anticipe una incapacidad de controlar los impulsos en estos sujetos, sino porque el celibato que debe derivarse de una pedofilia exclusiva para evitar provocar daño a otros es una situación extraordinaria en el ser humano para la que cabe recibir apoyo y estrategias.

El autoengaño en Derecho penal: elementos para su análisis dogmático

Diego González Lillo
Universidad de Valparaíso (Chile)

Sumario

El artículo tiene por objetivo explorar las dificultades que los casos de autoengaño podrían plantear en determinados ámbitos de la teoría del delito. Para ello, en primer lugar, se ofrece una caracterización del fenómeno y de las causas que explican su relevancia jurídico-penal. Posteriormente, tras indagar los presupuestos conceptuales de una auténtica instancia de autoengaño, se evalúa su relación de compatibilidad o incompatibilidad con las estructuras internas del dolo y de la imprudencia, como criterios de imputación subjetiva. Al respecto, se defiende la siguiente tesis: al constituir una modalidad de dolus antecedens, el autoengaño no puede fundamentar una imputación a título de dolo; sin embargo, su similitud con la imprudencia es estructural y no determina necesariamente su merecimiento de pena. En adición a ello, se ofrece también un contraste entre autoengaño e ignorancia deliberada. Finalmente, el artículo se cierra con la selección y análisis de algunas posibles relaciones entre el autoengaño y las categorías dogmáticas situadas a nivel de culpabilidad.

Abstract

The aim of this article is to discuss the problems that cases of self-deception may arise in certain areas of the criminal law theory. First, a characterization of the phenomenon and the causes that explain its criminal relevance is offered. After analyzing the conceptual conditions of a genuine instance of self-deception, its compatibility or incompatibility with the internal schemes of knowledge, recklessness and negligence, as levels of mens rea, is evaluated. In this regard, the following thesis is defended: Self-deception cannot be the basis for an imputation of knowledge or recklessness since it is a modality of dolus antecedens; however, its similarity with negligence is only structural and is not necessarily related to the deserving of punishment. In addition to this, a contrast between self-deception and willful blindness is also provided. Finally, the article closes with the selection and analysis of some possible relationships between self-deception and theoretical categories related to culpability.

Zusammenfassung

Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, die Schwierigkeiten zu untersuchen, die bei den Konstellationen von Selbsttäuschung in bestimmten Bereichen der Verbrechenslehre aufkommen könnten. Zunächst werden das Phänomen und die Ursachen, die seine strafrechtliche Relevanz erklären, dargestellt. Anschließend werden die begrifflichen Voraussetzungen einer echten Selbsttäuschung untersucht und ihre Vereinbarkeit bzw. Unvereinbarkeit mit den inneren Strukturen von Vorsatz und Fahrlässigkeit als subjektive Zurechnungskriterien bewertet. In diesem Sinne wird die folgende These verteidigt: Die Selbsttäuschung darf keine Grundlage für eine Zurechnung zum Vorsatz sein, da sie eine Modalität des dolus antecedens ist; ihre Ähnlichkeit mit der Fahrlässigkeit ist jedoch nur strukturell und bestimmt nicht notwendigerweise ihre Strafbarkeit. Zusätzlich wird ein Vergleich zwischen Selbsttäuschung und der sog. Tatsachenblindheit aufgezeigt. Schließlich befasst sich der Beitrag mit der Auswahl der möglichen Beziehungen zwischen Selbsttäuschung und den dogmatischen Kategorien der Schuld.

Title: Self-deception in Criminal Law: Elements for its theoretical analysis

Titel: Selbsttäuschung im Strafrecht: Grundlagen für ihre dogmatische Analyse

-

Palabras clave: Autoengaño, dolo, imprudencia, culpabilidad

Keywords: *Self-deception, Knowledge, Negligence, Culpability*

Stichwörter: *Selbsttäuschung, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Schuld*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i2.05

-

Índice

-
- 1. Planteamiento y relevancia jurídico-penal del problema**
- 2. Sobre la posibilidad de auténticas instancias de autoengaño**
- 3. Autoengaño y criterios de imputación subjetiva**
 - 3.1. Autoengaño e imputación a título de dolo
 - 3.2. Autoengaño e imputación a título de imprudencia
 - 3.3. Excurso: autoengaño e ignorancia deliberada
- 4. Autoengaño y culpabilidad: selección y análisis panorámico de algunas relaciones posibles**
 - 4.1. Autoengaño e imputabilidad
 - 4.2. Autoengaño y conciencia de la antijuridicidad
 - 4.3. Autoengaño y exigibilidad de una motivación conforme a cuidado
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**

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

1. Planteamiento y relevancia jurídico-penal del problema*

Nuestras prácticas cotidianas muestran que conocer los espacios en que se interacciona, las posibles consecuencias causales de nuestros comportamientos, el alcance de los desplegados por terceros, o comprender el sentido de tales eventos, normalmente, se considera como algo útil y beneficioso. Por lo demás, muchas veces también será obligatorio. Con todo, cabe constatar igualmente otros escenarios, en absoluto inusuales, en los que una persona, en contra de la evidencia disponible, prefiere distanciarse del conocimiento que antes albergaba con respecto a un determinado fragmento de la realidad, haciendo suya una creencia falsa al respecto¹. En ese caso, podría afirmarse que el agente en cuestión se ha autoengañado. Bajo su modalidad más paradigmática y haciendo abstracción de ulteriores concreciones², por autoengaño cabe entender aquel mecanismo por medio del cual una persona sustituye una creencia acertada (pero generalmente indeseada) por otra creencia errónea (pero generalmente deseada)³, perdiendo de vista la falsedad del contenido del estado mental así adquirido. Para ilustrar el fenómeno, considérese por de pronto el siguiente conjunto de ejemplos, a los que aquí se asignará un rótulo a fin de facilitar remisiones posteriores.

«El calendario alterado». Una prolífica investigadora acepta en enero una invitación a participar en un congreso internacional a fines de noviembre. Para acabar su artículo sin contratiempos, registra

* Autor de contacto: Diego González Lillo (diego.gonzalezli@uv.cl). Profesor de Derecho penal, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso (Chile). Esta investigación se enmarca en la ejecución del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11230951, titulado: «Ignorancia deliberada y autoengaño: dos problemas de imputación subjetiva en el marco de la responsabilidad jurídico-penal», financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), proyecto del cual el autor es investigador responsable. Un avance del tercer apartado de este trabajo fue expuesto como ponencia el día 23 de febrero de 2024, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, mientras que un resumen del mismo fue presentado en las XX Jornadas chilenas de Derecho penal y Ciencias penales, el día 8 de noviembre de 2024, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Por sus valiosos e interesantes comentarios, agradezco a las profesoras y profesores que participaron en ambas instancias. Asimismo, por sus útiles observaciones al presente texto, agradezco a Mauricio Menares Hernández (personal técnico del proyecto FONDECYT antes referido) y a Catalina Sierra Campos.

¹ En lo sucesivo, el término «creencia» será utilizado en sentido técnico, es decir, para designar un estado mental de carácter cognitivo, en el cual un agente da algo por verdadero o estima que será el caso, aun cuando ello no sea así. Entendida de esta manera, una creencia también puede ser latente. Esto último significa que, para que su contenido sea atribuible a quien la alberga, basta con que le sirva como guía de comportamiento; no se requiere, en cambio, que el agente se represente explícitamente dicho contenido o se rinda un reporte al respecto. Para una aplicación de la noción técnica de creencia, en el marco de la imputación jurídico-penal, véase SHUTE, «Knowledge and Belief in the Criminal Law», en SHUTE/SIMESTER (eds.), *Criminal Law Theory*, 2002, pp. 182 ss.; STARK, *Culpable Carelessness: Recklessness and Negligence in the Criminal Law*, 2016, pp. 92 ss., 114 ss., 226 ss.; MAÑALICH, «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, pp. 18 ss.

² Según una tesis minoritaria, junto con la versión más representativa de autoengaño, descrita en el texto, cabría reconocer otra, en la que un agente conserva una creencia errónea sobre un determinado asunto, sin necesidad de haber alcanzado antes una creencia verdadera al respecto. Así, por ejemplo, LEVY, «Self-deception and Moral Responsibility», *Ratio*, (17), 2004, p. 297. De la opinión inversa, COLL MÁRMOL, «Autoengaño y responsabilidad», *Teorema*, (26-3), 2007, p. 157. Una clara defensa del requisito aquí recogido puede apreciarse en el tratamiento del tema en SARTRE, *El ser y la nada*, 1993, p. 83: «debo saber muy precisamente la verdad para ocultármela más cuidadosamente». Por lo demás, desde una visión jurídico-penal del asunto, los casos que ofrecerán mayor interés son precisamente aquellos en que el agente sí alcanzó a imponerse de ese aspecto de la realidad, pues engarzan directamente, como se verá más adelante, con el así llamado *dolus antecedens*.

³ Usualmente, el contenido de la creencia adquirida vía autoengaño se ajusta a los deseos del agente. Ello no excluye la posibilidad, si bien mucho menos frecuente, de que la creencia errónea adquirida se asocie a un evento indeseado o desagradable para ese mismo agente. Como se verá, un ejemplo de ello es convencerse de haber sido víctima de algún delito. Sobre dicha modalidad de autoengaño, véase MELE, *Self-Deception Unmasked*, 2001, p. 94.

en su calendario que el evento tendrá lugar en septiembre. Durante el primer trimestre, antes de administrar su viaje, trabaja teniendo en vista la fecha apuntada, olvidando la correcta.

«La encuesta docente». Un profesor universitario recibe en su correo electrónico los resultados de una lapidaria calificación docente. A pesar de sospechar que la persistencia de tales resultados a lo largo de los años no podría ser casual, en parte, para proteger su autoestima, y, en otra, para no modificar sus métodos habituales, el profesor acaba atribuyendo el resultado al mal diseño de la encuesta, a la vez que discute su situación con colegas cuya opinión negativa sobre ese instrumento ya conoce.

«El examen médico». Un paciente recoge un análisis médico en el que descubre su condición de portador de un virus de transmisión sexual, examen que destruye inmediatamente después de leerlo. Para no alterar la manera en que gestiona su vida sexual, luego de recopilar sistemáticamente comentarios negativos de la clínica donde obtuvo el diagnóstico y de reconstruir sesgadamente sus últimos encuentros sexuales, el paciente acaba persuadiéndose de la existencia de un auténtico error en el examen recibido, estado de ignorancia bajo el cual transmite el virus a otra persona.

«El dilema familiar». En un hogar viven la madre M, su hijo H y N, la hija de este último, cuyo cuidado se encuentra a cargo de M, su abuela. En un inicio, M advierte que H realiza actos de naturaleza sexual cuya víctima es N, de cinco años. Al no soportar la posibilidad de que a su idealizado hijo, recientemente viudo, le impulse un ánimo lascivo, con el transcurso del tiempo, genuinamente, M termina convencida de que tales actos representarían una manifestación normal de cariño⁴.

Como podrá notarse, de los ejemplos recién ofrecidos no todos revelan interés jurídico-penal, y, en el caso de los que sí lo hacen, pareciera ser –al menos preliminarmente– que no merecen una valoración unitaria. Ello, sin embargo, no impide reparar en la presencia del siguiente rasgo estructural común: en contra de la evidencia disponible, sus protagonistas han sustituido, intencionalmente o no, una representación acertada sobre un fragmento de la realidad por otra representación errónea sobre ese mismo aspecto. Como pronto se verá, cuando redundan en la realización de un comportamiento típico, tales escenarios pueden llegar a plantear diversas y complejas incógnitas al interior de la teoría del delito. La explicación de estas dificultades, sin embargo, demanda tener en vista la etiología del fenómeno –como intentará mostrarse ahora–, mientras que para su tratamiento dogmático –durante el desarrollo del trabajo– también será necesario considerar las aristas filosóficas, psicológicas y criminológicas del argumento.

El autoengaño es un sesgo cognitivo cotidiano, precisamente, por la multiplicidad de causas que lo generan y la variedad de funciones que puede llegar a desempeñar en la vida emocional de las personas. Así pues, el autoengaño puede operar, en primer término, como un mecanismo para neutralizar o reducir la tristeza, la angustia, el temor u otras emociones negativas que podría experimentar una persona al afrontar la verdad sobre ciertos hechos indeseados o desagradables. Un ejemplo de ello podría ser el caso de quien, consciente inicialmente de cómo ha acaecido un evento, tras un tiempo y a causa de la malinterpretación de uno o más episodios, se persuade de haber sido víctima de algún delito, el que imputa calumniosamente a otra persona, o bien, como tercero en el contexto de un proceso penal, ofrece un testimonio que resulta ser falso⁵. La lectura sesgada de un evento también puede abarcar ciertos comportamientos ajenos que son fuente de un intenso dolor o culpa para quien, en posición de garante, tenía que haberlos impedido, o tenía

⁴ Con algunos matices, el ejemplo ha sido tomado de NELKIN, «Responsibility and Self-Deception: A Framework», *Humana.Mente*, (20), 2012, p. 131.

⁵ Pormenorizadamente al respecto, TASLITZ, «Willfully Blinded: On Date Rape and Self-Deception», *Harvard Journal of Law & Gender*, (28), 2005, pp. 394 ss. Véase también FUNKHOUSER, *Self-deception*, 2019, p. 252.

que haber evitado su reiteración, y que, sin embargo, ha acabado autoengañándose en torno a su falta de verificación⁶. Por otra parte, es perfectamente posible que la adquisición de una creencia falsa venga determinada, de manera decisiva, por el deseo ansioso de que algo no sea el caso⁷. De ahí que, como se ilustrara con un ejemplo anterior, el autoengaño sea un mecanismo recurrente entre pacientes que sufren enfermedades graves⁸.

En otras ocasiones, el autoengaño podrá operar como una herramienta de protección de la autoestima, permitiéndole a la persona en cuestión preservar su buena imagen ante sí misma, lo que generalmente irá de la mano con generar o mantener esa impresión en terceros⁹. Por un lado, ello puede ocurrir cuando alguien se autoadscribe atributos o rasgos positivos de los que carece, pero también cuando alberga un optimismo o una ilusión de control infundados, en aras de alcanzar algún objetivo, tal cual habrá oportunidad de ver más adelante a propósito de ciertas prácticas en la cultura corporativa. De otra parte, también es posible que una persona niegue ciertos rasgos de su carácter o la connotación objetiva de algunos de sus comportamientos, cuando estos revelan estados afectivos evaluados de manera negativa por el entorno social o son condenables desde un plano normativo¹⁰. Un ejemplo paradigmático es el de quien se autoengaña acerca del odio discriminatorio que alberga con respecto a un grupo de la población y que, por ende, no está al tanto de que algunas de sus conductas (incluyendo las típicamente relevantes) satisfacen esa descripción. En un extremo emocionalmente opuesto, el autoengaño podría operar como una alternativa frente a la frustración y potencial desmoralización del agente, lo que se ilustrará en el último apartado con el ejemplo de las adicciones.

Especialmente importante es la relación entre autoengaño y la producción de engaños interpersonales¹¹. En efecto, quien se ha convencido erróneamente a sí mismo de la veracidad de ciertos hechos –por ejemplo, a fuerza de repetir tantas veces un relato cuya falsedad, poco a poco, va perdiendo de vista–, es alguien que está mejor posicionado de cara a producir esa misma representación falsa en terceros. Ello, no solo porque resulta menos difícil abrazar y transmitir de manera consistente una información que se reputa veraz, en comparación con otra que se sabe falsa, sino también porque, en el evento de resultar descubierto el engaño, aquella persona, de buena o mala fe, posiblemente apelará a su propia ignorancia al respecto¹². De hecho, no es

⁶ Para ilustrarlo, MACKENZIE, «Self-Deception as a Moral Failure», *The Philosophical Quarterly*, (72-2), 2022, pp. 415 s., trabaja el ejemplo de una madre que, no adoptando el cuidado debido, se autoengaña respecto a la anorexia padecida por su hija. Para casos similares, véase, BARNES, *Seeing through Self-deception*, 1997, p. 175; JORDAN, «Instantaneous Self-deception», *Inquiry*, (65-2), 2019, p. 2.

⁷ En detalle, JOHNSTON, «Self-Deception and the Nature of Mind», en MCLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, 1988, pp. 67 ss.; BARNES, *Seeing through Self-deception*, 1997, pp. 59 ss.

⁸ Véase MELE, *Self-Deception Unmasked*, 2001, pp. 67 ss.; FUNKHOUSER, *Self-deception*, 2019, pp. 124 ss.

⁹ Al respecto, MARTÍNEZ MANRIQUE, «Attributions of Self-Deception», *Teorema*, (26-3), p. 132; KRSTIĆ, «On the function of self-deception», *European Journal of Philosophy*, (29), 2021, p. 13.

¹⁰ Detalladamente sobre ello, VENDRELL FERRAN, «Hostile Affective States and Their Self-Deceptive Styles», en MONTES SÁNCHEZ/SALICE (eds.), *Emotional Self-Knowledge*, 2023, pp. 215 ss., 221 ss.

¹¹ Sobre la función «intersubjetiva» del autoengaño, véase VON HIPPEL/TRIVERS, «The evolution and psychology of self-deception», *Behavioral and Brain Sciences*, (34), 2011, pp. 1 ss.; FUNKHOUSER, *Self-deception*, 2019, pp. 236 ss. Para su posible influencia como mecanismo de neutralización en la criminalidad corporativa, MCGRATH, «Self-deception as a technique of neutralisation: an analysis of the subjective account of a white-collar criminal Crime», *Law and Social Change*, (75), 2021, p. 419.

¹² Al puntualizar la necesidad de que, para atribuir dolo eventual al autor, este ha de representarse como reales las posibilidades de realizar el comportamiento típico, KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 163-164, ofrece un ejemplo que ilustra la variante de autoengaño expuesta en el texto principal: si un «prodigioso» inventor finge para sí mismo las posibilidades de utilización de su invento, las que en realidad son infundadas, de acuerdo con circunstancias fácticas que él también conoce, no actuará sin embargo con dolo de estafa (al vender, bajo esa

infrecuente que, en ocasiones, los mismos terceros engañados puedan llegar a dispensar un trato indulgente o menos severo a quien, después de todo, podría estimarse a la vez como una víctima de su propio engaño¹³.

En fin, otra de las múltiples funciones que puede desempeñar el autoengaño es la de posibilitar que quien lo padece se culpe a sí mismo por el comportamiento de otros o por eventos en los que no ha participado, lo cual podría contribuir a que terceros adopten esa misma actitud reactiva hacia aquel sujeto¹⁴. Si bien es cierto que ello podría resultar inusitado en un contexto jurídico-penal, la confesión de un inocente autoengañado –y, con ello, la configuración de un eventual delito contra la Administración de Justicia– es una posibilidad perfectamente concebible.

Aun cuando los escenarios bajo los cuales puede verificarse un autoengaño son múltiples, como se ha visto, todos ellos comparten un denominador común: se trata de ámbitos de la vida práctica que resultan relevantes para quien lo padece. De no exhibir alguna prestación, la persona en cuestión simplemente mantendría ajustadas sus creencias a la evidencia disponible, en vez de acudir a mecanismos de autoengaño, que generalmente le supondrán algún esfuerzo psicológico y, como más adelante se mostrará, un costo en términos de razonamiento práctico. Debido a este carácter instrumental, el autoengaño suele estimarse un fenómeno inherentemente selectivo¹⁵. Y de ahí que el surgimiento de una potencial responsabilidad (también jurídico-penal) pueda operar como un factor que contribuya a la producción y conservación de estados de autoengaño.

Junto con caracterizar fenomenológicamente el problema objeto de análisis, las disquisiciones previas han intentado anticipar y ejemplificar algunas de sus varias y diversas ramificaciones jurídico-penales. En atención al exiguo tratamiento teórico que ha recibido el autoengaño, el planteamiento metodológico adoptado en este trabajo priorizará asuntos de orden conceptual y estructural; no obstante ello, durante su desarrollo se discutirá casos ulteriores, mediante los cuales se ilustrará la posible configuración de supuestos de autoengaño en distintos segmentos de la parte especial. De lo avanzado hasta aquí, ya se dejan asomar algunos de los complejos problemas que este grupo de casos podría suscitar al interior de la teoría del delito, dificultades que hablan acerca de la necesidad e importancia de examinar las dimensiones jurídico-penales del autoengaño, un argumento escasamente explorado en la dogmática penal¹⁶.

representación errónea, su creación a un tercero). A propósito de este ejemplo, véase VAN WEEZEL, «Una vez más sobre la distinción entre dolo e imprudencia: los casos en que el agente no persigue la realización del tipo penal», *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, p. 55, n. 32.

¹³ Véase BACH, «An Analysis of Self-Deception», *Philosophy and Phenomenological Research*, (41), 1981, p. 358; HERTWIG/ENGEL, «Homo Ignorans: Deliberately Choosing Not to Know», en LOS MISMOS (eds.), *Deliberate Ignorance*, 2020, pp. 9 ss.

¹⁴ KRSTIĆ, *European Journal of Philosophy*, (29), 2021, p. 14.

¹⁵ Así, BERMÚDEZ, «Self-deception, intentions and contradictory beliefs», *Analysis*, (60), 2000, p. 317.

¹⁶ Con todo, merecen destacarse algunas excepciones. Por ejemplo, considerándolo un caso de ignorancia o de falta de representación que podría reprocharse a título de dolo, PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 2011, p. 144, describe el autoengaño como el resultado de la conjunción de dos requisitos: «que averiguar la verdad sea muy fácil» y que ello «pueda traer aparejado algún efecto desagradable para quien la averigua». Por su lado, FEIJOO SÁNCHEZ, «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret*, (3), 2015, p. 18, a propósito de la presencia de algún componente afectivo-emocional en la atribución de dolo, ha sostenido que el «auto-engaño o auto-instrumentalización» del agente no debiera atenuar su responsabilidad. Acogiendo una comprensión, al parecer, similar a la defendida por las «tesis particionistas» en torno al autoengaño –a las que aquí pronto se aludirá–, VARELA, *Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, 2016, p. 610, estima que quien se autoengaña es, «de algún modo, consciente de la evidencia, pero se las arregla como para ocultarse a sí mismo dicho conocimiento»; bajo la tesis favorecida por Varela, tales casos posibilitarían una «perfecta imputación ordinaria del conocimiento» (p. 612). Recientemente, SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, 2025, 12/84, a propósito de la interrelación

Al respecto, la primera hipótesis investigativa reza como sigue: el autoengaño es ante todo un problema de imputación subjetiva. Para abordar dicha cuestión, se ofrecerá un análisis comparativo entre la estructura del autoengaño y la de los casos que dan lugar a una imputación a título de dolo o de imprudencia. A su vez, tal examen conducirá a delimitar el autoengaño de otros supuestos con los que podría guardar un parecido de familia: los de ignorancia deliberada. Tras lo anterior, y sobre la hipótesis adicional de que el autoengaño, eventualmente, también podría llegar a vincularse con categorías de la culpabilidad, se examinará algunos problemas seleccionados en materia de imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de una motivación conforme a la norma. Ahora bien, puesto que todo ello presupone haber clarificado las condiciones bajo las cuales se verifica una genuina instancia de autoengaño –posibilidad conceptual que no está exenta de controversia–, dicho asunto será abordado inmediatamente a continuación, como paso previo al análisis dogmático recién proyectado.

2. Sobre la posibilidad de auténticas instancias de autoengaño

En términos generales, resulta relativamente sencillo explicar cómo una persona podría engañar a otra: la primera, que se halla (o cree hallarse) al tanto de un fragmento de la realidad, lo oculta o distorsiona de manera relevante, causando a ese respecto una representación errónea en la segunda persona. Pero, ¿cómo es posible que dicha maniobra sea ejecutada y padecida por un mismo sujeto? A pesar de que, según se ha visto, es perfectamente factible que supuestos de genuino autoengaño (también con relevancia jurídico-penal) se presenten en la vida cotidiana, como se notará enseguida, esta posibilidad no es autoevidente y ha de superar una potencial barrera conceptual, que, de ser efectiva, haría imposible articular el estado mental atribuible al agente autoengañado. Junto con delinear los contornos del grupo de casos que son abordados en este trabajo, el siguiente ejercicio de demarcación conceptual permitirá diferenciarlos de otros supuestos, en los que una imputación a título de dolo, al menos en principio, no debiera resultar excesivamente conflictiva.

Pues bien, sobre la base de que podrían venir en consideración al menos dos creencias distintas –por un lado, la original, que generalmente es una creencia verdadera, pero indeseada; y, por otro, la adquirida, que suele ser una creencia falsa, pero deseada–, la dificultad conceptual anticipada no es otra que la identificación del concreto estatus epistémico que ostentaría el agente al momento en que el autoengaño ha terminado de materializarse. En la literatura especializada se han explorado al menos cuatro alternativas al respecto: 1) la de no adscribir a dicho agente ninguna de las creencias en liza; 2) la de atribuirle tanto la creencia originaria como la adquirida vía autoengaño; 3) la de adscribirle solo la primera creencia, descartando la obtención de una nueva; 4) y, en fin, la de atribuirle exclusivamente la creencia producida vía autoengaño, que sustituiría a la primitiva¹⁷. A continuación, se abordarán estas cuatro

entre conocimiento y emoción, identifica en el autoengaño una posible manifestación de «razonamiento por motivos». Por otro lado, al hilo de la influencia que pueden ejercer las emociones a nivel cognitivo, se ha discutido bajo qué título cabría imputar un hecho a quien ha abrigado, con respecto a su no verificación, un pensamiento desiderativo (*wishful thinking*) –como se verá, una categoría usualmente vinculada al autoengaño–. Así, en el debate en torno a casos de confianza irracional, véase HÖRNLE, «Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie „bedingter Vorsatz“», *JuristenZeitung*, (74), 2020, pp. 442 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 12/83; a propósito de su vínculo con la imprudencia, MOORE/HURD, «Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak, and the Selfish: The Culpability of Negligence», *Criminal Law and Philosophy*, (2), 2011, pp. 155 ss. A lo largo del trabajo se aportarán ulteriores referencias sobre argumentos similares, discutidos, especialmente, en materia de imputación subjetiva.

¹⁷ Sobre estas alternativas posibles, véase NELKIN, *Humana.Mente*, (20), 2012, p. 119; EDWARDS, «Nondoxasticism about Self-Deception», *Dialectica*, (67), 2013, pp. 267 ss.

posibilidades, consignando en cada caso las implicaciones que su asunción podría comportar a propósito de una potencial imputación a título de dolo.

Como acaba de señalarse, la *primera alternativa* es que el agente autoengañado no aloje ninguna de las creencias en juego. Aunque probablemente se trata de la tesis que menos simpatizantes ha captado entre quienes se han ocupado del problema, su plausibilidad se ha hecho descansar en la circunstancia de que el autoengañado versaría en una situación indeterminada, ya sea de duda, indecisión o de suspensión del juicio (esto es, habiendo decidido abstraerse y no adoptar postura alguna al respecto), o bien, en un estado intermedio entre una creencia y un deseo¹⁸.

De los cuatro planteamientos que se presentarán, el recién esbozado posiblemente sea el menos convincente. Pues, aun cuando el autoengaño, en principio, pudiera dar cuenta de una situación de tensión entre dos creencias, ese conflicto no puede permanecer como uno indefinidamente pendiente de resolver. De ser esto así, el engaño, como tal, no acabaría de fraguarse. Por lo demás, en los casos de duda no es que el agente abrace dos creencias contradictorias –«creo que *p* será el caso» y «no creo que *p* será el caso»¹⁹–, sino que más bien alberga una sola creencia (dubitativa) que contiene una disyuntiva –«creo que tanto *p* como no *p* podrían llegar a ser el caso»–. Dado que quien versa en duda tiene una razón epistémicamente fundada para no ejecutar el comportamiento prohibido (o bien, para ejecutar la acción debida), es posible estimar que, bajo un tal escenario, ya se dan las condiciones para una imputación a título de dolo eventual²⁰. Después de todo, aquel agente no habrá incurrido en error alguno. Utilizando como banco de pruebas un ejemplo ya expuesto –«El examen médico»–, cabría adscribir dolo al paciente que, dudando de si contagiará un virus de transmisión sexual, condiciona causalmente una merma en la salud individual de un tercero.

La *segunda alternativa* respecto del estatus epistémico atribuible a la persona autoengañada postula que a esta han de adscribirse tanto la creencia original como la adquirida. De este modo, a diferencia de la primera tesis y de la que enseguida se analizará, esta postura sí razona sobre la base de que el autoengaño es un proyecto mentalmente posible. Para ello, sin embargo, dicho grupo de planteamientos traslada al autoengaño el esquema del engaño interpersonal, con la obvia modulación de que, en este caso, el agente que produce el engaño y aquel que lo padece serían la misma persona²¹. Para explicar lo anterior, bajo alguna modalidad de lo que se ha denominado «particionismo psicológico», estas tesis suelen atribuir al agente dos creencias contradictorias: una de ellas –abrazada fenoménicamente– sería reconocible en la «superficie» de sus cogniciones, mientras que la otra, en cambio, reposaría en un nivel inferior, solo de manera inconsciente (e incluso, según algunos, inaccesible)²². Quienes patrocinan dicho modelo explicativo del autoengaño estiman que su principal prestación consistiría en permitir que se

¹⁸ Para una tesis revisionista orientada en dicha línea, véase EGAN, «Imagination, Delusion, and Self-Deception», en BAYNE/FERNÁNDEZ (eds.), *Delusions, Self-Deception, and Affective Influences on Belief-formation*, 2010, pp. 275 s.

¹⁹ En lo sucesivo, para supuestos en que no se especifique, por «*p*» cabrá entender una proposición cualquiera.

²⁰ Véase ya BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1965 (reimp. original 1919), pp. 420 ss. Al respecto, también, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 163 s.; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 289 s.

²¹ Para dicho modelo, paradigmático, DAVIDSON, *Problems of Rationality*, 2004, pp. 210 ss.; véase asimismo HANSON, *Thinking about Addiction*, 2009, p. 54.

²² Véase McLAUGHLIN, «Exploring the Possibility of Self-Deception in Belief», en McLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, 1988, pp. 48 ss. En el debate penal angloamericano, véase GARVEY, «What's Wrong with Involuntary Manslaughter?», *Texas Law Review*, (85), 2006, p. 377: «el agente está autoengañado ya que, aunque cree que *p*, mantiene esa creencia inconscientemente, y lo hace inconscientemente, porque no quiere ser consciente de ello». En esa dirección, también MOORE/HURD, *Criminal Law and Philosophy*, (2), 2011, p. 156.

responsabilice al agente «engañador» por aquello que este mismo ha realizado en posición de agente «engañado». Aplicada esta tesis al ejemplo trabajado, cabría nuevamente adscribir dolo al paciente que contagia a otro un virus de transmisión sexual, pues, al menos «en parte», seguiría estando al tanto de ese aspecto de la realidad.

La principal objeción que enfrenta la alternativa recién descrita descansa justamente en cuán difícil de configurar sería el estatus epistémico que pretende atribuirse al autoengaño. Así, bajo el rótulo «paradoja estática», suele cuestionarse la posibilidad de que alguien pueda adquirir consistentemente una creencia falsa, y, sin embargo, seguir conservando intacta la creencia inicial, verdadera y opuesta. Pues, si el agente permanece al tanto del engaño, aunque sea en un nivel inferior de consciencia, de nuevo, el engaño no habrá terminado de configurarse²³. Por lo demás, si se sigue adscribiendo al agente la creencia inicial indeseada, ya no es posible explicar supuestos perfectamente factibles de autoengaño, en los que el agente ha instrumentalizado su memoria a partir de alguna estratagema²⁴. Para ilustrarlo, considérese el siguiente ejemplo:

«La libreta manipulada». El policía P registra en su libreta de trabajo ciertos eventos a sabiendas de que son falsos, perdiendo de vista dicha falsedad tiempo después, debido a su similitud con varios casos posteriores que también llegarían a su conocimiento. Así, dos años más tarde, cuando P es llamado a prestar declaración por los hechos primitivos, sin notarlo, ofrece un relato abiertamente falso acerca de lo ocurrido, que involucra a sujetos distintos de los realmente implicados²⁵.

En otro orden de ideas –pero aún a propósito de la segunda tesis en examen–, si bien no tendría que resultar en absoluto extravagante la posibilidad de que a un agente se atribuya uno o más contenidos mentales que no son abrazados bajo estados de consciencia representacionales o explícitos –circunstancias fácticas que, sin embargo, todavía podrían imputarse a título de dolo, de suscribirse la posibilidad de una «co-consciencia» al respecto²⁶, o de manejarse una noción de «consciencia disposicional»²⁷–, lo realmente conflictivo, bajo la postulación de un particionismo psicológico, es el hecho de atribuir simultáneamente al agente dos creencias contradictorias. Ello no solo es problemático en términos de «desintelectualizar» un mecanismo que es perfectamente adoptable de forma estratégica, sino también porque, desde un plano jurídico-penal, tendría que conducir inmediatamente a cuestionar la imputabilidad de una persona de quien tácitamente se estaría predicando tener, si no personalidades múltiples, una mente dividida²⁸.

²³ Fundamental, MELE, *Self-Deception Unmasked*, 2001, pp. 59 ss. Véase ya LINEHAN, «Ignorance, Self-deception and Moral Accountability», *The Journal of Value Inquiry*, (16), 1982, pp. 103 s.

²⁴ Al respecto, véase MCLAUGHLIN, en MCLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, 1988, pp. 31 ss. Asimismo, VON HIPPEL/TRIVERS, *Behavioral and Brain Sciences*, (34), 2011, p. 6, sobre procesos autoinducidos de producción de recuerdos falsos.

²⁵ La base del caso ha sido tomada de DEWEESE-BOYD, «Self-Deception», en ZALTA/NOELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023. Para ejemplos estructuralmente similares, véase MCLAUGHLIN, en MCLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, 1988, p. 31; MELE, *Self-Deception Unmasked*, 2001, p. 16.

²⁶ Para la noción de co-consciencia, véase PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 81 ss. Para su ponderación, véase RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 513 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., 2020, 12/123.

²⁷ Sobre la noción de consciencia disposicional, en el contexto de la imprudencia, véase MOORE/HURD, *Criminal Law and Philosophy*, (2), 2011, pp. 154 ss.; GONZÁLEZ LILLO, «(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia “inconsciente”», *InDret*, (2), 2019, pp. 17 ss. Por contraste a una consciencia de carácter «fenoménica», en la «disposicional» el agente no necesita representarse explícitamente aquello de lo cual es consciente, en la medida en que la información con la que dispone sirva actual y efectivamente como guía de comportamiento.

²⁸ Críticamente, ya JOHNSTON, en MCLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, 1988, p. 82.

La *tercera alternativa* consiste en adscribir al autoengaño únicamente la creencia originaria. En los casos paradigmáticos de autoengaño, esta última se ajusta a la realidad, pero a la vez resulta indeseada para el propio agente. Si bien pueden ser diversas las razones acerca de por qué, para quienes patrocinan esta tesis, solo cabría adscribir al autoengaño la creencia primigenia, lo que comparten tales planteamientos es una evidente suspicacia frente a la posibilidad –bajo esa perspectiva, siempre frustrada– de que dicha persona *realmente* haya podido autoengañarse.

Entre aquellas posturas cabe aquí destacar, en primer lugar, la que atribuye al autoengaño una falta de sinceridad consciente para consigo mismo. Desde esa perspectiva, se ha podido sostener que una cosa es lo que declara la persona y otra cosa distinta es lo que –dicho metafóricamente– «en el fondo de su corazón» seguiría creyendo²⁹. Bajo su versión más radical, esta tesis presenta el autoengaño como una simulación, donde el agente simplemente fingiría que la realidad es de tal o cual manera³⁰. Un innegable punto a favor de esa tesis es su correlato con nuestras prácticas cotidianas y su parecido de familia con otros fenómenos psicológicos ampliamente estudiados, como es la noción de negación³¹. Con todo, es justamente la condición de sinceridad, presupuesto fundamental del autoengaño, lo que impide que este pueda reducirse a una mera herramienta de simulación³². En efecto, solo puede simular quien está consciente de la discrepancia entre lo que piensa o declara, por una parte, y la realidad objetiva, por otra; al contrario, el autoengaño exige que el agente haya perdido de vista la falsedad de lo que ahora *genuinamente* cree. Por ejemplo, la persona que solo simula no haber contraído un virus de transmisión sexual, probablemente, no llevará tan lejos su simulación hasta el punto de no procurarse un tratamiento médico.

Otra vía de negar que el autoengaño albergue la creencia deseada es sostener que, respecto a esa posible configuración del mundo, este no abrazaría más que un pensamiento desiderativo (*wishful thinking*)³³. Por este último cabe entender el deseo de creer que algo sea el caso. Ilustrado de nuevo con uno de los ejemplos de base: al abrazar un pensamiento desiderativo, el paciente no solo desearía no ser portador de un virus de transmisión sexual, sino que además desearía creer que no lo es. Como es de apreciar, el pensamiento desiderativo se encuentra notablemente próximo a una ilusión³⁴. Sin embargo, y justamente por lo anterior, es un estado mental donde predomina lo volitivo por sobre lo cognitivo³⁵. Cuando abriga un pensamiento desiderativo, el

²⁹ Así, AUDI, *Action, Intention and Reason*, 1993, p. 214: «(...) a nivel de sus declaraciones sobre sus emociones y su comportamiento superficial, [el agente] se deja engañar. Sin embargo, no acaba de creerse lo que dice».

³⁰ El vínculo entre autoengaño, simulación y mala fe puede rastrearse a la obra de SARTRE, *El ser y la nada*, 1993, pp. 81 ss. Para la conceptualización del autoengaño como simulación, véase también GENDLER, «Self-Deception as Pretense», *Philosophical Perspectives*, (21), 2007, pp. 233 s.

³¹ En la negación, de acuerdo con FREUD, «La negación (1925)», en GERMAIN (rev.), *Sigmund Freud. Obras completas*, t. II, 1968, pp. 1134 ss., se produce un alzamiento del pensamiento reprimido, aunque no por ello una aceptación de lo reprimido. Como mecanismo de defensa, la negación permite al agente gestionar ciertos sucesos como si no fueran el caso. En la discusión jurídico-penal, VARELA, *Dolo y error*, 2016, pp. 606, 612, considera que, en los casos de «tozudez en la negación de la realidad», debiera proceder aún una imputación a título de dolo. Sin embargo, como se apunta en el texto principal, mientras la negación siga siendo consciente, precisamente, no acabará de configurarse un autoengaño, y de ahí que este último no quepa ser tratado de manera análoga a aquellos casos en que el agente simplemente no quiere aceptar lo que ya sabe.

³² Véase MELE, *Self-Deception Unmasked*, 2001, pp. 85 ss.; FUNKHOUSER, *Self-deception*, 2019, pp. 79, 184.

³³ Para una vinculación especialmente íntima entre ambas nociones, véase JOHNSTON, en McLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, 1988, pp. 67 ss.

³⁴ DAVIDSON, *Problems of Rationality*, 2004, p. 206: «en el pensamiento desiderativo la creencia toma la dirección del afecto positivo, nunca del negativo», como, en cambio, eventualmente puede ocurrir en el autoengaño.

³⁵ El pensamiento desiderativo pareciera exhibir –utilizando terminología introducida por SEARLE– una dirección de ajuste «mundo-a-mente», propia de los deseos e intenciones, pues el mundo tendría que adaptarse a cómo la mente del sujeto quiere o pretende que aquel sea. Se distingue, entonces, de una creencia, cuya dirección de ajuste

agente no termina de adquirir un compromiso epistémico a favor de lo que quiere que sea el caso, en términos tales que, por ello, resulte pertinente predicar la veracidad o falsedad de aquel estado mental. En la dogmática penal, esta constatación aparece refrendada por la premisa –desde hace tiempo, sólidamente afianzada– de acuerdo con la cual, aun bajo la (hoy controvertida) hipótesis de que resultara pertinente acoplar al dolo un componente volitivo, este no habría de confundirse con un mero deseo³⁶. Por otra parte, quien alberga la ilusión de que algo sea el caso no necesita adoptar ningún mecanismo estratégico que le permita contemplar dicha posibilidad; con ello, no requiere un tratamiento sesgado de la evidencia disponible, como sí el autoengaño, en tanto que modalidad de engaño. Esta última consideración halla cierta correspondencia con un argumento proveniente de la dogmática de la estafa. Tratándose de mentiras abiertamente burdas, que hacen inverosímil que una persona promedio pueda resultar engañada –como ocurre paradigmáticamente con los llamados «productos milagro»–, se ha podido sostener, con razón, que la ausencia de un engaño típico descansaría precisamente en el hecho de que ha sido la «víctima» quien se ha autoengañado, por la vía de «comprar una ilusión»³⁷.

Como ha intentado mostrarse, el autoengaño no admite reducirse a un simple ejercicio de simulación ni tampoco a un pensamiento desiderativo, pues una nota distintiva de aquel es que quien lo padece adquiere una creencia errónea. Por ello, si tales maniobras no pasan de una actitud emocional que el agente asume ante un potencial evento desagradable, tampoco tendrán la virtud de eliminar la representación indeseada que este albergaba al respecto. En dicho sentido, ya por una razón de carácter conceptual cabría favorecer una imputación a título de dolo en tales casos. Con todo, lo anterior no obsta al reconocimiento de otro factor adicional que podría explicar por qué, eventualmente, a un sujeto acabaría adscribiéndose solo la creencia verdadera indeseada, aun cuando este declarara haberse distanciado de ella. Dicho factor puede asociarse a la baja credibilidad del autoengaño invocado. Semejante dificultad, que es de índole probatoria, atraviesa precisamente a otro conocido y problemático grupo de casos discutidos al interior de la dogmática del dolo: los de confianza irracional³⁸. En estos últimos no es en absoluto inusual que el alegato consistente en haber confiado en que las cosas irían bien (o que no saldrían mal) se deseche al tratarse de un pronóstico abiertamente infundado³⁹. En otros casos, la inverosimilitud del desconocimiento aducido por el agente puede conducir a que se descarte una hipótesis de genuina ignorancia deliberada, imputándose el hecho también a título de dolo eventual⁴⁰. Como se ha prevenido, algo similar podría llegar a ocurrir con ciertos supuestos de

«mente-a-mundo», determina que, para que aquella sea verdadera, es la mente del sujeto la que tendría que ceñirse a cómo el mundo efectivamente es. Véase SEARLE, *Making the Social World*, 2010, pp. 27 ss.

³⁶ Véase ya VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1917, p. 411. Al respecto, KÖHLER, AT, 1997, p. 163; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., 2016, 10/101; ROXIN/GRECO, AT, t. I, 5ª ed., 2020, 12/40.

³⁷ Así, PASTOR MUÑOZ, «Caso de las pastillas adelgazantes», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, 2011, pp. 310 ss., con referencias además a ARZT, quien acuña la frase citada. Como se aprecia, el símil entre dicho argumento y el aquí abordado radica en la posibilidad de responsabilizar a quien, al no haber adoptado medidas de cuidado (de autoprotección), se habría dejado engañar (a sí mismo).

³⁸ HÖRNLE, JZ, (74), 2020, pp. 442, 444, establece un vínculo entre la noción de pensamiento desiderativo y los casos de confianza irracional, ilustrándolo con el ejemplo de un esquiador que confía excesivamente en sus capacidades y que, por eso, piensa que no lesionará a nadie en la pista, lo que, sin embargo, termina ocurriendo.

³⁹ Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS, «Irracionalidad de la confianza y dolo eventual», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *LH Luzón Peña*, 2020, p. 984, quien, junto con distinguir diversos escenarios de confianza irracional, subraya la necesidad de diferenciar el distinto nivel de problemas involucrados en torno al dolo: el probatorio y el conceptual.

⁴⁰ Sobre la fijación procesal del dolo y la ignorancia deliberada, véase RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 128 ss.; MANRIQUE, «Ignorancia deliberada y responsabilidad penal», *Isonomía*, (40), 2014, p. 166; FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2015, pp. 8 ss.; RÖNNAU/BECKER, «Vorsatzvermeidung durch Unternehmensleiter bei betriebsbezogenen Straftaten», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (10), 2016, pp. 172 s.

autoengaño. Sin embargo, de lo anterior no cabría desprender la imposibilidad conceptual del mismo, ni tampoco cabría descartar el hecho de que, bajo ciertas circunstancias, la ilusión ingenua pero honesta, o la recalcitrante falta de aceptación de un aspecto de la realidad, sí acaben por exceder los contornos de un mero deseo, para devenir en la asunción de un efectivo compromiso epistémico al respecto. En un clásico trabajo, CLIFFORD ofrecía un verosímil ejemplo de ello:

«La embarcación averiada». El propietario de un barco está a punto de enviarlo a navegar. En principio, él sabía que el navío era viejo y que a menudo tenía que ser reparado. Sin embargo, las dudas de que el barco no fuese seguro le generaron preocupación, por el alto costo de las reparaciones y por tener que reembolsar a los pasajeros las tarifas pagadas. Desde entonces, el armador empezó a persuadirse de que el barco ya había superado varias tempestades en viajes previos; despejó de su mente todas las sospechas sobre la honestidad de quienes lo construyeron; puso su fe en que Dios protegería a esas familias, que buscaban mejores oportunidades lejos de su patria; y, de ese modo, «adquirió una sincera y reconfortante convicción de que su embarcación era completamente segura y navegable»⁴¹.

Las consideraciones previas han preparado el terreno para explorar una *cuarta alternativa*. Bajo este último punto de vista, al momento en que ha terminado de materializarse el autoengaño, al agente solo cabría adscribir la creencia deseada y errónea, mas no así la verdadera e indeseada, que ha sido abandonada⁴². En ese instante ya habrá operado el mecanismo que suprimió la creencia originaria, tornándola inaccesible, al menos de manera inmediata, para ese mismo agente⁴³. Precisamente para que no se verifique la llamada «paradoja estática», es imprescindible que, transcurrido cierto periodo, el autoengañado pierda de vista tanto la falsedad de la creencia adquirida como el hecho de haber predispuesto o dejado que operase ese mecanismo supresor⁴⁴. Por cierto, esta última circunstancia impide que el agente autoengañado pueda caracterizarse con exactitud como alguien que se «miente a sí mismo», pues la mentira implica saber que lo que se dice es falso, amén de que no siempre producirá una creencia errónea –se puede «mentir sin (conseguir) engañar»–; en cambio, el autoengaño, en tanto que especie de engaño, exige la producción de una creencia errónea, pero sin que se precise la intención actual de generar dicho resultado⁴⁵. Dadas estas condiciones, se podrá verificar entonces un autoengaño real y efectivo, lo que, como se ha insistido, no es hacedero si sigue atribuyéndose al autoengañado la creencia verdadera e indeseada –como sugieren la segunda y la tercera de las alternativas analizadas–.

Ahora bien, es crucial prevenir que el hecho de atribuir al agente la creencia errónea y deseada –descartándose, por ende, adscribirle la creencia verdadera e indeseada como una *actualmente* tenida por este– en modo alguno supone asumir que esa persona también ostentaría una competencia primaria en dicho ejercicio adscriptivo. Si no hay suficientes indicios que permitan

⁴¹ CLIFFORD, *Lectures and Essays*, t. II, 1901, pp. 163 s.

⁴² BARNES, *Seeing through Self-deception*, 1997, pp. 98 ss.; MELE, *Self-Deception Unmasked*, 2001, p. 51.

⁴³ El rótulo «mecanismo supresor de conocimiento» ha sido acuñado por MARTÍNEZ MANRIQUE, *Teorema*, (26-3), 2007, pp. 133 ss., y es empleado aquí en clave puramente descriptiva, pues no supone un compromiso a favor del carácter intencional de su puesta en marcha, ni de la presencia de una multiplicidad de agentes o mentes divididas.

⁴⁴ Cuánto tiempo ha de transcurrir para que pueda operar un genuino autoengaño, por supuesto, dependerá de cada caso. Incidirán, por ejemplo, factores como cuán arraigada esté la creencia original; el estado emocional del agente; su facilidad para olvidar eventos o su capacidad para recordarlos; la sistematicidad de las maniobras persuasivas, etcétera. Cabe registrar, sin embargo, una tesis minoritaria de acuerdo con la cual sería posible, al menos conceptualmente, un «autoengaño instantáneo». Al respecto, véase JORDAN, *Inquiry*, (65-2), 2019, pp. 8 ss.

⁴⁵ Para un refinado contraste entre los conceptos de mentira y engaño, véase CARSON, *Lying and Deception*, 2010, pp. 54 s., quien también discute la posibilidad (menos pacífica) de «engañar sin mentir», es decir, de que una persona pueda crear en otra una representación errónea, aun cuando la primera esté afirmando algo verdadero.

tener por objetivamente acreditada la plausibilidad de haber operado aquel mecanismo supresor, sencillamente, no podrá adscribirse al sujeto el estatus de autoengañado⁴⁶. Por supuesto, y como fuera anticipado, la objetividad de la operación no excluye la posibilidad de que –en contra de lo que inicialmente pudiera parecer– el agente sí esté en condiciones de ofrecer un esquema alternativo de racionalización de su conducta, que torne verosímil el autoengaño. En el caso «El examen médico», ciertas circunstancias aún podrían hacer creíble el alegato de un paciente que, después de un tiempo, realmente se ha persuadido de no ser portador de un virus de transmisión sexual. Por ejemplo: que no buscó un tratamiento médico durante ese periodo; que su estado de salud no se vio deteriorado; la falta de seguimiento de su caso en el centro médico; la lectura de múltiples comentarios negativos sobre el lugar donde se emitió su informe; una reconstrucción sesgada de su historial sexual; o, en fin, el haber mantenido relaciones sexuales con otra persona, a quien bajo ningún motivo habría querido contagiar⁴⁷. Ahora bien, como se verá en el siguiente apartado, que ese sujeto haya adquirido una creencia errónea al respecto, es analíticamente independiente de las razones que le han conducido a autoengañarse (verbigracia: no modificar su vida sexual, sus convicciones morales, el temor a la muerte, no defraudar a terceros, etcétera). Ello, por supuesto, no significa afirmar que tales razones sean irrelevantes de cara a un potencial reproche jurídico-penal, sino solo que su nivel de referencia no es uno de carácter conceptual.

Hasta aquí el examen de las condiciones conceptuales para una genuina instancia de autoengaño. Con este análisis se ha intentado, por un lado, contribuir a perfilar el problema objeto de estudio, delimitándolo de otro grupo de casos que, en su mayoría, no debieran generar (tantas) dificultades a la hora de sustentar una imputación a título de dolo; por otra parte, se ha pretendido dar cuenta de que, si bien el autoengaño reviste una estructura compleja, este último dista de ser un fenómeno misterioso y extravagante, pudiendo llegar a repercutir en múltiples y heterogéneos contextos de relevancia jurídico-penal.

3. Autoengaño y criterios de imputación subjetiva

Desde el prisma del Derecho penal, la pregunta fundamental que suscita el autoengaño concierne al lugar sistemático que su problematización habría de ocupar al interior de la teoría del delito, junto con su relación y delimitación de otras categorías cuya discusión dogmática se halla más extendida. Para ello, según fuese anticipado, se abordará primero su vínculo con los criterios tradicionales de imputación subjetiva.

3.1. Autoengaño e imputación a título de dolo

Como se ha examinado en el apartado anterior, los auténticos casos de autoengaño presuponen que la situación epistémica del agente no quede asociada a una estrategia de simulación, ni que se adscriba a este la mera ilusión o confianza irracional de que las cosas resultarán ser de un modo distinto al que efectivamente cree. Pues, aunque ello pudiera llegar así en múltiples escenarios, no se resolvería en absoluto el problema que representan las genuinas instancias de autoengaño. En efecto, recuérdese que quien se encuentra en una posición de efectivo autoengaño es una persona que, al momento de ejecutar el comportamiento típico, ya se ha

⁴⁶ Para un desarrollo pormenorizado acerca de la objetividad de la atribución de estados mentales en el contexto de una imputación jurídico-penal, véase STARK, *Culpable Carelessness*, 2016, pp. 99 ss., 114 ss.

⁴⁷ Analizar las demás creencias y conductas del agente supuestamente autoengañado puede contribuir a detectar una «sinceridad puramente superficial». Al respecto, véase FINGARETTE, *Self-Deception*, 2000, pp. 49 ss.

despojado de aquella base cognoscitiva que, según una tesis todavía mayoritaria (aunque lejos de ser unánime), es necesaria para fundamentar una imputación a título de dolo.

Si bien este trabajo se ha enfocado en los problemas que podría suscitar el autoengaño respecto de comportamientos posteriormente típicos, ello no significa que el que recae en eventos ya acaecidos carezca siempre de importancia. Por ejemplo, quien, teniendo el deber de denunciar un hecho, no lo hizo cuando tomó conocimiento del mismo, y, posteriormente, continuó sin hacerlo, pero porque se autoconvenció acerca de su falta de verificación, es alguien que, en efecto, no podrá apelar a un error de tipo referido a ese mismo hecho, pues al respecto dispuso de una capacidad actual de evitación, fundante de dolo. Por el contrario, el autoengaño que reconstruye eventos acaecidos sí podría ser relevante, tratándose de casos en que la omisión se refiere a hechos distintos, o cuando el respectivo garante aún debe impedir que se reitere la acción productiva de cierto resultado. A ello justamente apunta «El dilema familiar», ejemplo ofrecido al inicio de este trabajo.

Como se ha visto, debido a la propia estructura del autoengaño, la viabilidad de una imputación a título de dolo en este grupo de constelaciones enfrenta una dificultad conceptual evidente. Sin embargo, excluir dicha posibilidad es una solución que, al menos de manera preliminar, podría resultar insatisfactoria desde un plano valorativo. De ahí que sea pertinente evaluar, cuando menos, dos posibles vías a través de las cuales, superándose la dificultad antes descrita, pudiera llegar a sustentarse una imputación a título de dolo en estos casos.

La primera opción consiste derechamente en renunciar a la premisa de la que se deriva aquella conclusión. Por ejemplo, la tesis podría formularse del siguiente modo: la base representacional, tradicionalmente ligada al dolo, pudiendo servirle de refuerzo en algunos casos, sin embargo, no es imprescindible a tal efecto. Una propuesta así orientada podría ganar plausibilidad en códigos penales que no contienen una definición de dolo (y todavía más, en aquellos que carecen de una regulación explícita e inequívoca del error de tipo, tal cual sucede, por ejemplo, con el Código penal chileno). Ahora bien, como podrá apreciarse, el compromiso teórico que ha de asumir esa estrategia dista de ser exiguo, pues implica, ni más ni menos, que una redefinición del dolo, cuya nota definitoria –puesta asimismo en duda, y desde hace tiempo, la pertinencia de un elemento volitivo– tendría que buscarse en aspectos de otra índole. En todo caso, ese potencial quiebre con el concepto tradicional de dolo no representa una novedad en el debate especializado, en atención a la sobradamente conocida, pero aún altamente encendida y muy compleja polémica en torno a la ignorancia deliberada. Es al hilo de esta última discusión que se han propuesto diversas alternativas para compensar la ausencia de un componente cognoscitivo.

A modo ilustrativo, y sin ninguna pretensión de exhaustividad, algunas de tales propuestas discurren a grandes rasgos por las siguientes sendas: 1) atender a factores de carácter actitudinal, como la indiferencia o la enemistad hacia el derecho que manifestaría el agente al ignorar ciertos hechos relevantes que son de su incumbencia⁴⁸; 2) apelar a los fines de la pena, de manera tal que una sanción a título imprudente de estos hechos no termine por premiar al agente que ha preordenado su ignorancia, especialmente cuando su motivación ha sido obtener algún beneficio indebido o eludir una eventual responsabilidad⁴⁹; 3) o bien, imputar a título de dolo la infracción

⁴⁸ Véase, respectivamente, JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto», en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (eds.), *LH Bacigalupo*, 2004, pp. 349 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, 2012, pp. 394 s., 404 ss.

⁴⁹ En esa dirección, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 171 ss., 183 ss., 205 ss.

grave (por epistémicamente injustificada) de deberes de conocimiento, sobre la base de que la diferencia entre el injusto doloso y el imprudente sería de índole estrictamente cuantitativa⁵⁰.

El instrumental teórico en que descansa cada una de las propuestas aquí apenas enunciadas merecería un análisis diferenciado. No obstante, en aras de no desbordar el marco del presente trabajo, solo se registrará algunas razones de por qué, para el grupo de casos que aquí interesa, una imputación a título de dolo podría seguir siendo conflictiva. En primer lugar, aunque un Derecho penal del hecho resultara compatible –por mor del argumento– con asignar relevancia a la actitud interna adoptada por el autor, este no podrá acabar de expresar una postura de hostilidad frente a la norma, si es que desconoce estar realizando las circunstancias fácticas en que descansa la concreta antinormatividad de su conducta. Además, particularmente en los casos de autoengaño, antes que un desinterés por conocer, o de una postura de enemistad frente al derecho, lo habitual, más bien, será identificar en el agente autoengañado un interés por abstraerse de una realidad ya conocida, a la par que un conflicto consigo mismo (y no tanto con otros). En segundo término, si bien el carácter estratégico del desconocimiento padecido acaso podría reclamar relevancia al distinguirse internamente entre una y otra clase de comportamiento contrario a cuidado, las razones que explican por qué el agente ha preordenado su desconocimiento no están en condiciones de equiparar su situación con la de quien ha obrado con pleno conocimiento. Por lo demás, la calidad de los motivos es un aspecto que no incide directamente en la capacidad de evitación atribuible al agente. De ahí que, no por «altruista», el dolo deje de ser tal⁵¹. En todo caso, este último argumento ha de entenderse bajo la reserva de que, como pronto se verá, las consideraciones relativas al sentido (y eventual fracaso) de la pena todavía podrían tener algo que decir, incluso si no resultara procedente una imputación a título de dolo. En fin, aunque sea certero afirmar que la imputación subjetiva es una pregunta en torno a la capacidad de evitación del agente, esta última aptitud resultará ser cualitativamente distinta, dependiendo de qué es aquello de lo que el agente se encontraba al tanto: de si un *concreto* comportamiento suyo ejemplificaría las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo, o de si ha dejado de adoptar medidas que asegurarían su capacidad indirecta (o de segundo orden) de estar en condiciones de, llegado el momento y en caso de proponérselo, abstenerse de ejecutar *algún* comportamiento típico, cuyos contornos precisos todavía ignora⁵².

Las dificultades recién planteadas hacen pertinente explorar una segunda vía a través de la cual las constelaciones aquí analizadas podrían sustentar una imputación a título de dolo. Para ello, sin embargo, tendría que concederse un rol protagónico al hecho de que, a diferencia de los supuestos ordinarios de imprudencia, en los casos paradigmáticos de autoengaño el agente sí disponía de una representación de los hechos que, de haber conservado en el momento típicamente relevante, habría sido total o parcialmente suficiente para adscribirle dolo.

Ahora bien, que tenga sentido evaluar la alternativa recién enunciada exige insistir en lo siguiente: el momento en que empieza a operar el mecanismo supresor materializado en autoengaño no cuenta como una tentativa del respectivo tipo de delito. Esta precisión es necesaria de cara a distinguir

⁵⁰ Véase PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», *En Letra: Derecho penal*, (11), 2021, pp. 101 ss., 120 ss.

⁵¹ Así, GRECO, «Comentario al artículo de Ramon Ragués», *Discusiones*, (13), 2013, p. 73; PÉREZ BARBERÁ, *En Letra: Derecho penal*, (11), 2021, p. 109.

⁵² Que el control presupone una base epistémica, o que un control no será completo sin esta última, lo muestra el hecho de que podría generarse una regresión al infinito de «deberes epistémicos» quebrantados y, sin embargo, no obtenerse una base para su imputación, si es que el agente desconocía las circunstancias fácticas en que se fundaba su quebrantamiento.

estructuralmente los casos aquí examinados de aquellos otros en que, a pesar de que el dolo no se mantiene durante toda la fase ejecutiva, sí estuvo presente en su inicio⁵³.

Lo anterior denuncia la posibilidad de que el instrumental teórico desarrollado a partir de la *actio libera in causa* (en adelante, *alic*) quizá pueda contribuir a la comprensión y tratamiento de las incógnitas que suscitan los casos de autoengaño. Para ello, por cierto, habría de adoptarse una concepción amplia de *alic*, esto es, comprenderla como una estructura de imputación, y no solo como una figura, radicada tradicionalmente a nivel de imputabilidad⁵⁴. Aquello que posibilitaría el nexo entre ambos tópicos no sería otra cosa que la identificación de dos momentos relevantes: la presencia de una *actio praecedens*, que provoca un déficit epistémico en el agente⁵⁵, y la de una *actio subsequens*, representada por el comportamiento típico ejecutado bajo tales condiciones deficitarias.

En este contexto teórico, la hipótesis estipulada podría ganar notablemente en plausibilidad de llegar a defenderse una solución ligada al modelo del tipo (denominado también modelo de la anticipación), en materia de *alic*. Como se sabe, bajo ese modelo la producción de un estado defectuoso cuenta ya como parte del respectivo comportamiento típico, pues, de esa manera –es decir, por la vía de adelantar el momento típicamente relevante, sincronizándolo con el que funda la culpabilidad del agente– se conseguiría resguardar el principio de coincidencia⁵⁶. Dicha conclusión posiblemente no sufriría una alteración sensible en caso de trasladarse a la *alic* la estructura de la autoría mediata –especialmente si se acoge la llamada «solución individual», a propósito del inicio de la tentativa en los hechos imputables a ese título–, variante que concibe a la primera de ellas como una suerte de «auto-instrumentalización»⁵⁷.

En cuanto a su adaptación a nivel de imputación subjetiva, tanto el modelo del tipo como el de la autoría mediata podrían traducirse, *mutatis mutandis*, en que la producción dolosa (o incluso imprudente) del respectivo error de tipo debiera entenderse, asimismo, como parte integrante de un comportamiento típico que, posteriormente, acabaría de ser realizado por el mismo agente bajo tal déficit de conocimiento⁵⁸. En esa última dirección se orienta una reciente propuesta de

⁵³ Por ello, una genuina instancia de autoengaño no resulta ser estructuralmente idéntica al prototípico caso del sujeto que programa una bomba que produce la muerte de varias personas en un instante en que aquel ya no se representa el hecho, se encuentra bajo un estado de inconsciencia o uno de inimputabilidad. Sobre esto último, e ilustrado con el mismo ejemplo, véase GRECO, *Discusiones*, (13), 2013, pp. 69 s. Que el principio de coincidencia se refiere al momento en que se ejecuta el comportamiento (activo u omisivo), y no al de la producción del resultado, lo destaca también STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, p. 377.

⁵⁴ Así, JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal*, 1992, p. 75; ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, 2004, p. 22.

⁵⁵ Por cierto, dicha *actio praecedens* perfectamente podría estar compuesta por una serie de comportamientos interpretables como una unidad de acción.

⁵⁶ Sobre el modelo de la tipicidad, *pars pro toto*, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, 20/59 ss.

⁵⁷ Para dicho modelo, véase, por ejemplo, JAKOBS, «La denominada *actio libera in causa*», en EL MISMO (dir.), *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, p. 229; DOLD, «Die actio libera in causa als Sonderfall der mittelbaren Täterschaft», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (155-7), 2008, pp. 427 ss.

⁵⁸ Cabe recordar que los partidarios del modelo de la anticipación suelen acoplar a este la exigencia de un «doble dolo», lo que implica que el agente se represente, por un lado, la producción del déficit respectivo, y, por otro, que bajo dicho estado defectuoso realizará un determinado comportamiento típico. Véase JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal*, 1992, pp. 385 ss. En cambio, dudando de si realmente ese estado mental designa un dolo en sentido estricto, MONTIEL, «Estructuras de responsabilidad y contextos anómalos», en EL MISMO (dir.), *Responsabilidad penal en contextos anómalos*, 2023, p. 45. En todo caso, que el objeto de esa representación sea dúplice, no altera el hecho de que, desde el modelo del tipo al menos, el momento en que ha de fijarse el dolo sigue siendo el de la *actio praecedens*. Por ello, en los casos de *alic* no solo se encuentra comprometida la dimensión temporal del dolo, sino también una concreción suficiente del mismo. Lo advierte igualmente BECK, «Neue

MANSDÖRFER, para quien podría resultar admisible –e incluso el «sentimiento jurídico» así lo dictaría– una normativización del principio de coincidencia, bajo la suerte de un «*dolus liberus in causa*»⁵⁹. El argumento central de MANSDÖRFER es que el momento determinante no es el de la ejecución de la acción, sino aquel en que se toma la decisión definitiva a favor de ella, con tal de que se mantenga durante la fase ejecutiva⁶⁰. Si el destinatario de la norma estuvo consciente de que se produciría una situación de desconocimiento, según MANSDÖRFER, habrá tenido la dirección del evento en sus manos, configurándose así un *dolus liberus in causa* punible⁶¹.

Sin embargo, el intento de fundamentar el dolo en el instante inmediatamente anterior a aquel en que se activa el mecanismo supresor de conocimiento enfrenta una importante dificultad: la maniobra que gatilla el autoengaño no queda captada por la norma de comportamiento –o al menos, no sin erosionar el contenido de esta, por la vía de ampliar su contenido o de anticipar el instante de su aplicación–. Y esto último rige con independencia de que el agente haya tenido la intención previa de predisponer dicho mecanismo; que, sin esa intención, no obstante, haya previsto aquel efecto; o bien, que, a pesar de no haberlo previsto, ello le hubiese resultado previsible. Lo recién sugerido reclama aun mayor consideración si se observa que el principio de coincidencia, materialmente entendido, no intenta preservar un aspecto puramente cronológico, pues, ante todo, se trata de la proyección de un argumento de orden normológico (y, con ello, de legalidad): impedir que la pregunta sobre un *objeto* de imputación jurídico-penal –esto es, la ejecución de un comportamiento prohibido o la no ejecución de una acción debida por una norma– acabe fagocitando la relativa a una *potencial base* para esa misma imputación –esto es, aquello que provee un fundamento acerca de por qué podría atribuirse a una persona un concreto comportamiento antinormativo, previamente identificado *qua* objeto de imputación⁶²–. La primacía sintáctica del objeto sobre la base de una imputación, interna a todo enunciado (tanto laudatorio como condenatorio) de responsabilidad (tanto moral como jurídica)⁶³, deriva a su vez en una prioridad pragmática: a falta de un objeto de imputación carece de todo sentido la identificación de una posible base a *su* respecto. Esa prelación analítica en el planteamiento de los interrogantes en liza –que determina que la indagación de un posible criterio de imputación, como serían el dolo, la imprudencia o los presupuestos de la culpabilidad en sentido estricto, devenga pertinente recién sobre la hipótesis de haberse verificado un comportamiento

Konstruktionsmöglichkeiten der actio libera in causa», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (6), 2018, p. 210, aunque favoreciendo una equiparación estructural de la *alic* con los delitos omisivos, que aquí no se acoge.

⁵⁹ MANSDÖRFER, *Vorsatz und Entscheidung*, 2024, pp. 35 s., 40. Antes, ya JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal*, 1992, pp. 82 ss., se había referido a la posibilidad de una «*actio dolosa in causa*», como hipótesis de *alic*-error de tipo, estructura atravesada precisamente por la difícil pregunta de si es justo castigar con la pena del delito imprudente a quien provoca dolosamente la situación de error.

⁶⁰ MANSDÖRFER, *Vorsatz und Entscheidung*, 2024, pp. 33, 37. Para una crítica contra la identificación de la resolución al hecho con el dolo –tesis que pareciera subyacer a la postura reseñada en el texto–, véase MAÑALICH, «Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción», *Isonomía*, (51), 2019, pp. 38 ss.

⁶¹ MANSDÖRFER, *Vorsatz und Entscheidung*, 2024, p. 107. Nótese desde ya la bilateralidad del argumento: pues una anticipación del momento típicamente relevante, necesariamente, supone degradar aquello que tiene lugar bajo la respectiva *actio subsequens*. Previniendo acerca de esto último, véase SILVA SÁNCHEZ, «Un nuevo modelo para la *actio libera in causa*: la *actio praecedens* como conducta punible de favorecimiento», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *LH Luzón Peña*, 2020, p. 1119.

⁶² Sobre la diferencia entre objeto y base de imputación, véase MAÑALICH, «The Grammar of Imputation», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (27), 2019, p. 412. A propósito de la distinción entre objeto y criterio de imputación, subyacente a la anterior, entre otros, véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 ss.; HRUSCHKA, «Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten», *JZ*, (1), 1997, pp. 23 s.

⁶³ Al respecto, DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2007, p. 74.

antinormativo– queda expresada de manera apta en aquello que HRUSCHKA rotulara «principio de referencialidad», sustento lógico del de simultaneidad⁶⁴.

De las disquisiciones previas es posible inferir que la afirmación de un *dolus liberus in causa*, sea que se apoye en el modelo del tipo, sea que lo haga en el de la autoría mediata, de todos modos acaba expresando una variante de *dolus antecedens*, por verificarse una divergencia temporal entre el momento en que se satisface un elemento del que dependería la atribución de dolo y aquel otro en que es desplegado el comportamiento que efectivamente será objeto de imputación. Si bien es un lugar común que los supuestos de *dolus antecedens* se despachen sin más trámite –aquello que el agente quiere, en efecto, resulta irrelevante mientras no se verifique un comportamiento típico–, es importante subrayar que, en esos casos, el déficit volitivo no suele ser más que una consecuencia de la ausencia de un componente cognoscitivo que pudiera servirle de base. Y, a su vez, que esto último sea determinante para excluir una imputación a título de dolo obedece al hecho de que la *actio praecedens* no es un comportamiento antinormativo⁶⁵. En suma, cabe concluir lo siguiente: si, al momento en que el agente se ha representado un cierto estado de cosas, sin embargo, todavía no se ha presentado a este la oportunidad práctica para ejecutar u omitir una acción –prohibida o requerida por la norma en cuestión–, entonces, esa capacidad de control atribuible al agente –que es, en definitiva, lo que se halla en juego a nivel de imputación subjetiva– será insuficiente para sustentar la imputación a título de dolo del respectivo hecho (una vez que este efectivamente tenga lugar)⁶⁶.

3.2. Autoengaño e imputación a título de imprudencia

Como ya se ha sugerido, la persona que padece o se sitúa a sí misma en un escenario de autoengaño es alguien que, en el momento típicamente relevante, sufre un déficit epistémico constitutivo de un error de tipo. Su evitabilidad insta a explorar el problema desde el prisma de la imprudencia, pues, por referencia al comportamiento típico, el agente autoengañado padece una inevitabilidad actual que, sin embargo, le era previamente evitable⁶⁷. El fundamento de ello –como pronto se desarrollará– reside en el hecho de que el agente autoengañado no conservó una posición epistémicamente apta, *habiendo podido y tenido que resguardarla*⁶⁸. Con todo, antes

⁶⁴ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 22 s., quien lo ejemplifica de la siguiente manera: «Pedro tiene el cabello negro» es un enunciado que solo tiene sentido si es que significa, a la vez, que Pedro tiene cabello.

⁶⁵ Como advirtiera KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 124, faltan leyes causales que puedan explicar con suficiente precisión científica el comportamiento típico a partir del comportamiento defectuoso previo. Por ende –añádase aquí–, por muy probable que sea la verificación de un comportamiento antinormativo bajo el estado de déficit producido, ello no permite presumir que aquel evento tendrá lugar, pues de esa manera se pasaría por alto la posible incidencia del azar, de terceros o incluso un cambio de parecer en el propio agente. En definitiva, que un comportamiento (o una serie de comportamientos) constituya una *actio praecedens* no es algo que pueda afirmarse de modo prospectivo, ya que ello depende de que efectivamente tenga lugar una *actio subsequens*.

⁶⁶ Sobre la noción técnica de oportunidad para la acción, en el contexto de la dogmática de la tentativa, véase MAÑALICH, *Isonomía*, (51), 2019, pp. 30 ss.

⁶⁷ Sobre la estructura de la imprudencia como inevitabilidad evitable conforme a cuidado, véase KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», *InDret*, (4), 2008, p. 24; MAÑALICH, *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, p. 32; REYES ROMERO, «Sobre la construcción de la exigencia de cuidado», *Política Criminal*, (19), 2015, p. 58; VALIENTE IVÁÑEZ, «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia», *RECPC*, (22), 2020, p. 18.

⁶⁸ El anclaje legal de la imprudencia como criterio de imputación subjetiva impide que los desarrollos efectuados hasta aquí queden expuestos a las mismas críticas que recibe el modelo de la excepción en materia de *alic*, tratándose de contextos normativos –como el alemán– que carecen de una regla expresa en torno a la provocación dolosa o imprudente de una causa de inculpabilidad.

de abordar tales argumentos conviene perfilar primero cuál sería la precisa base de imputación en el autoengaño, pues con este último podrían venir en consideración tres diversos escenarios.

En efecto, es posible distinguir entre el *proceso* a través del cual una persona se engaña a sí misma respecto de un determinado asunto⁶⁹; el *estado* de autoengaño bajo el que se encuentra dicha persona al final de aquel proceso; y, por último, las posibles *consecuencias* externas al autoengaño –de verificación contingente y, por ende, no vinculadas causalmente con él–, entre las que cabe destacar, justamente, los comportamientos que el agente autoengañado ejecuta u omite bajo aquel estado⁷⁰. Así, recuperando un ejemplo ya trabajado, cabría distinguir el conjunto de acciones por cuyo medio un paciente tergiversa las conclusiones de un examen médico; la situación de desconocimiento que origina el tratamiento sesgado de la evidencia; y, en definitiva, los comportamientos (eventualmente típicos) ejecutados bajo ese estado de autoengaño. Si se acoge –como aquí– un modelo teórico donde el *objeto* de una posible imputación jurídico-penal está constituido únicamente por comportamientos que satisfacen todas y cada una de las propiedades de una clase de acción especificada en algún tipo delictivo, solo el tercero de aquellos escenarios podría proveer un objeto de imputación. Ahora bien, como en los casos de genuino autoengaño ese comportamiento ha sido ejecutado u omitido bajo un estado deficitario, la segunda de las dimensiones recién aludidas conduce a descartar la imputación (ordinaria) del hecho. Con todo, esta última circunstancia no excluye la posibilidad de imputar (extraordinariamente) el respectivo comportamiento típico, justamente porque, bajo el primero de los sentidos arriba señalados, con la expresión autoengaño también cabe designar el proceso que genera el déficit. Este mecanismo ofrece una respuesta a la pregunta acerca de por qué cabría imputar aquel hecho al agente autoengañado, pese a las condiciones deficitarias bajo las cuales obró. Así entendido, el autoengaño operaría como *base* para dicha imputación⁷¹.

De lo expuesto hasta aquí, cabe desprender provisionalmente lo siguiente: el agente no responde *del* autoengaño, sino del respectivo comportamiento típico, que, sin embargo, le sería imputable *por* haberse autoengañado. Esta aproximación contrasta con las antes examinadas, a propósito de un posible *dolus liberus in causa*, pues la persona a quien cabría responsabilizar jurídico-penalmente es el agente, no en tanto que «engañador», sino en tanto que «engañado»⁷², en la medida en que solo bajo esta última condición ha tenido lugar un comportamiento típico. Otra

⁶⁹ La expresión «proceso» tiene un sentido neutro desde un plano intencional –es decir, puede interpretarse tanto como un evento susceptible o no de control por parte de quien lo experimenta–, pues con aquel término pretende designarse, ante todo, la transición de una creencia originaria a otra creencia errónea, que la sustituye.

⁷⁰ Fundamental, NELKIN, *Humana.Mente*, (20), 2012, pp. 129 s.

⁷¹ Los casos de olvido, que suelen ser trabajados como una hipótesis de imprudencia inconsciente, plantean un escenario estructuralmente similar. En efecto, no es posible que el olvido, como tal, fundamente responsabilidad, pues esto último implicaría reprochar a una persona el hecho de ignorar algo, bajo circunstancias en las que ni siquiera cabría decir que es disposicionalmente consciente de esa situación de hecho (justamente, porque la ha olvidado). Ahora bien, ello no impide reconocer que, igualmente, podría existir la legítima expectativa de que el agente en cuestión adopte medidas de cuidado dirigidas, precisamente, a recordar o a no olvidar ciertos asuntos importantes. De ahí que una eventual responsabilidad penal en tales casos pueda basarse en un momento previo. En esta última línea, HUSAK, «Distraction and Negligence», en ZEDNER/ROBERTS (eds.), *Essays in Honour of Andrew Ashworth*, 2012, pp. 85 ss.; GONZÁLEZ LILLO, *InDret*, (2), 2019, pp. 25 ss. Sobre las dificultades que plantean los casos de olvido, véase también HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, 2002, pp. 232 s., si bien acudiendo a la noción de co-consciencia para darles solución.

⁷² Acertadamente, DARWALL, «Self-Deception, Autonomy, and Moral Constitution», en MCLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, 1988, p. 413. El traslado de la estructura de la autoría mediata a la *alic* tropieza con la dificultad de que el autor mediato responde «a causa» del déficit provocado en la «persona de delante», mientras que en la *alic*, en cambio, a la «persona de delante» se imputa el hecho «a pesar» del déficit que padece.

cosa distinta es que la evitabilidad del déficit padecido en ese instante, efectivamente, tenga que rastrearse a uno o más comportamientos ejecutados previamente⁷³.

En contra de la hipótesis recién postulada acaso podrían levantarse dos objeciones. En primer lugar, que no sería apropiado hablar de imprudencia tratándose de un agente que inicialmente disponía de una capacidad de evitación plena y suficiente. En segundo término, que resultaría inadecuado discurrir en torno de un injusto imprudente cuando el proceso de autoengaño ha sido dispuesto intencionalmente –como en el ejemplo «La libreta manipulada»–⁷⁴. Pero la pareja de críticas recién proyectada podría replicarse. Por una parte, para que se constituya un injusto imprudente lo decisivo no es que el sujeto carezca de una capacidad con la que nunca contó, sino que su falta de adquisición o su *pérdida* se explique por un comportamiento contrario a cuidado. En uno u otro supuesto el agente no habrá adoptado las medidas de cuidado necesarias para alcanzar o *conservar* dicha capacidad de evitación. En cuanto a la segunda objeción, si bien es cierto que la imprudencia se asocia paradigmáticamente a quien, por desatención, distracción o desidia no adopta alguna medida de cuidado, aquella no es conceptualmente incompatible con el hecho de que el agente haya tenido la intención de no adoptar el cuidado exigido. Pues, en efecto, no es posible garantizar que, de no haber padecido un error de tipo, el agente en cuestión no se habría formado la intención de realizar el respectivo tipo de delito⁷⁵. En cambio, lo que sí cabría sostener es que, de haber adoptado el cuidado exigido, el agente habría dispuesto al menos de una «capacidad de evitación intencional» al respecto, entendiendo por tal la aptitud situacional para poder formarse tanto la intención de ejecutar como la de abstenerse de ejecutar una instancia de comportamiento típico⁷⁶. Desde luego, un asunto distinto es que el carácter preordenado del déficit padecido pudiera merecer consideración al evaluarse la gravedad del mismo. Sobre este aspecto de orden penológico habrá oportunidad de volver más adelante.

Avanzando ahora a los presupuestos de los que depende la constitución de un injusto imprudente en este grupo de casos, como fuese ya anticipado, es imprescindible que, primero que todo, la persona autoengañada *haya tenido* que conservar la información con la cual disponía. En este contexto de análisis, sin embargo, resulta indispensable sustentar la juridicidad de semejante exigencia de cuidado, pues no parecería descabellado imaginar que alguien pudiera invocar a su favor un pretendido derecho a autoengañarse, bajo la suposición de que cada cual sería libre de formarse (o deformar) su perspectiva del mundo. Ello podría ganar alguna plausibilidad si se

⁷³ Sobre la capacidad de rendimiento de un mecanismo de rastreo para fundar la responsabilidad atribuible al agente autoengañado, véase LEVY, *Ratio*, (17), 2004, p. 304; NELKIN, *Humana.Mente*, (20), 2012, p. 133; y, en la teoría jurídico-penal, MOORE/HURD, *Criminal Law and Philosophy*, (2), 2011, p. 194.

⁷⁴ Como se sabe, JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020, p. 31, ha criticado la solución de excluir el dolo en aquellos casos en que el agente, por un defecto de valoración, decide no conocer las circunstancias típicas, sobre la base de que «error» y «desconocimiento» no serían conceptos coextensivos: el error es una representación errónea o una falta de representación que solo puede padecer la persona interesada en obtener una acertada representación de los hechos. Véase también RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, p. 197; PERALTA, «El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (coords.), *LH Luzón Peña*, 2020, p. 910; VAN WEEZEL, *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, pp. 63 s.

⁷⁵ Pues, asumir generalizadamente que, de conocer las circunstancias fácticas, el autor imprudente nunca se hubiese comportado como lo hizo, implicaría levantar, como advertiera BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1965 (reimp. original 1919), p. 370, una injustificada «*benignissima interpretatio* de todo quebrantamiento inconsciente del derecho». Antes bien, solamente basta con saber que el agente no dispuso de las capacidades en cuestión y no, en cambio, cómo se hubiese comportado de haber contado con ellas en un mundo alternativo.

⁷⁶ Con más detalle sobre la noción de capacidad de evitación intencional, véase VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, 1993, pp. 70 ss.; MAÑALICH, *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, pp. 16 ss.; VALIENTE IVÁÑEZ, «La doble dimensión del dolo como criterio de imputación», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *LH Corcoy Bidasolo*, 2022, pp. 954 ss.

recuerda que a este mecanismo normalmente se asocia la función de regular el dolor, la angustia, el temor y otras emociones negativas, respecto de las cuales acaso podría resultar comprensible que una persona quiera protegerse a sí misma.

Sin embargo, justamente para neutralizar aquella posible intuición, es crucial incorporar la siguiente premisa: estas medidas de cuidado no son «deberes puramente intelectuales», ni tampoco obligaciones que un agente tendría exclusivamente para consigo mismo. Como se sabe, en la dogmática de la imprudencia suele hablarse de «cuidado interno», para aludir al ejercicio de facultades cognitivas que permiten que un sujeto pueda advertir determinadas circunstancias fácticas⁷⁷. Entre tales medidas destacan, precisamente, la necesidad de informarse o de examinar previamente los contextos en que se interviene, y perfectamente podría incluirse también la de no desprenderse de evidencia o de datos fiables con los que ya se cuenta, así como la necesidad de supervisar la influencia de las propias emociones en la ponderación de aquella evidencia disponible, o la exigencia de valorarla de manera imparcial y desapasionada. La situación de quien se autoengaña, por lo tanto, no es jurídico-penalmente relevante por el hecho de que se infrinjan «deberes del intelecto», sino porque la no adopción de aquellas exigencias de cuidado, de naturaleza instrumental, compromete la previsibilidad de un eventual comportamiento típico⁷⁸. En consecuencia, tales precauciones epistémicas se encuentran intersubjetivamente orientadas, ya que su cumplimiento resguarda la capacidad de un agente para decidir entre alternativas de comportamientos que pueden llegar a incidir de manera sensible en bienes jurídicos cuyos titulares son terceras personas. No se trata, en definitiva, de una instancia de paternalismo jurídico, si es que el déficit en la capacidad de agencia de un sujeto puede redundar en el quebrantamiento de normas de comportamiento que se hallan jurídico-penalmente reforzadas. Solo si esta última posibilidad se encontrara previsiblemente excluida, de manera que el déficit epistémico impactara únicamente en la esfera de intereses del propio agente involucrado –como sucede con otros ejemplos ofrecidos: «El calendario alterado» y «La encuesta docente»–, tendría que quedar descartada, por ilegítima, una imputación jurídico-penal.

Ahora bien, según fuese adelantado, para la constitución de un potencial injusto imprudente no solo es necesario que el agente haya tenido, sino que además *haya podido* eludir el respectivo autoengaño. Como es fácil columbrar, de ello depende si una eventual imposición de pena en estos casos resulta compatible o no con principios tan importantes como son el de culpabilidad y el de responsabilidad por el hecho propio. El nudo no se deja desatar de manera sencilla, precisamente porque, al designar un proceso –y no solo un estado–, el autoengaño podría llegar a reducirse a un evento que la persona «sufre». Bajo esa descripción (solo parcialmente certera) del fenómeno, que haría casi irresistible invocar el axioma «debe implica puede», difícilmente cabría fundamentar responsabilidad alguna; antes bien, semejante caracterización instaría a la

⁷⁷ Pormenorizadamente al respecto, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., 2005, pp. 131 ss.; véase también REYES ROMERO, *Política Criminal*, (19), 2015, pp. 71 ss. En contra de la comprensión del hecho imprudente como un «delito de pereza intelectual», ya BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, 1965 (reimp. original 1919), p. 502.

⁷⁸ Acerca de la negligencia reconocible en la infracción de precauciones epistémicas que dan lugar a autoengaño, véase LINEHAN, *The Journal of Value Inquiry*, (16), 1982, p. 104; COLL MÁRMOL, *Teorema*, (26-3), 2007, p. 148; DEWEESE-BOYD, «Taking Care: Self-Deception, Culpability and Control», *Teorema*, (26-3), 2007, pp. 170 ss.; NELKIN, *Humana.Mente*, (20), 2012, pp. 133 ss.; LYNCH, «Willful ignorance and Self-deception», *Philosophical Studies*, (173), 2016, p. 516. A propósito de la delincuencia corporativa, de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ/VARELA, «Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 283: «[e]n general, a la influencia de sesgos cognitivos sobre la *actio in se*, es posible oponer la infracción de algún deber *in causa*, como mínimo por imprudencia».

adopción de actitudes de condescendencia o de compasión hacia el autoengañado⁷⁹. Pese a que bajo ciertas circunstancias dicho proceso efectivamente podría llegar a escapar del control del agente, desde luego, ello no siempre será así.

Según la tesis que aquí se patrocina, para que pueda atribuirse legítimamente responsabilidad penal en estos escenarios es indispensable que el agente haya tenido la posibilidad de no incurrir en los procesos cognitivos que han terminado por erosionar la representación acertada de la realidad con la que contaba antes. Pues, si la creencia errónea ha sido adquirida tras un proceso encausado por la reflexión y la investigación del propio agente, pareciera más bien inapropiado caracterizarla como una «representación involuntaria»⁸⁰. Nótese desde ya, sin embargo, que se tratará de un control indirecto, pues el agente carece de libertad en orden a elegir si abraza tal o cual creencia. En cambio, lo que sí puede (y necesita) estar sujeto a su control es el procedimiento de adquisición de la creencia que finalmente hace suya. Como ya se ha sugerido, ello implica que el agente preste atención a su entorno, que se informe a partir de fuentes confiables, no eluda la información desfavorable o la opinión crítica, que revise el contenido de la creencia adquirida, etcétera⁸¹. Por el contrario, quien busca, selecciona y/o sopesa sesgadamente fuentes alternativas que apoyan la creencia de lo que quiere que sea el caso, pero a sabiendas de su baja confiabilidad o de las altas probabilidades de que el pronóstico resulte errado, es alguien que, desde un plano epistémico, se comporta de manera irresponsable⁸². En definitiva, no es que por las vías descritas el agente pueda controlar el resultado del proceso en que se forjan sus representaciones, pero sí, en cambio, el sustento sobre el que estas se erigen⁸³. De dicha manera, la base de responsabilidad del autoengañado no descansaría en el hecho de creer «que *p*», cuando «*p*» no es el caso, sino más bien en la absoluta falta de justificación epistémica de las razones por las que cree «que *p*».

Los desarrollos efectuados hasta aquí permiten afirmar que, estrictamente desde un plano estructural, los casos de autoengaño se asimilan más a supuestos que fundamentarían una imputación a título imprudente antes que una a título doloso. Sin embargo, como es obvio, el problema que supone abrazar dicha conclusión concierne al régimen de punibilidad al que quedaría anclado aquel grupo de casos. Los inconvenientes no se refieren únicamente al sistema de *numerus clausus* que suele gobernar el castigo de hechos a título imprudente –y que excluiría la punibilidad de varios de los ejemplos aquí ofrecidos–, sino que también atañen a la potencialmente amplia brecha penológica con el correlativo injusto doloso, en ciertos casos de apertura de aquel régimen clausurado por defecto. Ambas consideraciones podrían apoyar la postulación, *de lege ferenda*, de alguna regla –preferentemente en la parte general– que permita graduar la pena en casos de desconocimiento autoinducido –por ejemplo, rebajando la sanción a partir del hecho doloso–, con lo cual además podrían evitarse eventuales instancias de fraude

⁷⁹ Próximo a dicha idea, véase LEVY, *Ratio*, (17), 2004, p. 310.

⁸⁰ Así, STARK, *Culpable Carelessness*, 2016, p. 234. Véase también DUFF, *Answering for Crime*, 2007, p. 61.

⁸¹ MELE, *Self-Deception Unmasked*, 2001, p. 27; VON HIPPEL/TRIVERS, *Behavioral and Brain Sciences*, (34), 2011, p. 8.

⁸² Como habituales fuentes de autoengaño se destacan la malinterpretación negativa y la malinterpretación positiva. En la primera, el deseo de que algo sea el caso conduce a omitir los antecedentes que lo niegan; en el segundo supuesto, el deseo de que algo sea el caso conduce a considerar en su apoyo ciertos antecedentes que, en realidad, no son favorables. Con detalle al respecto, MELE, *Self-Deception Unmasked*, 2001, p. 26.

⁸³ Así, DEWEESE-BOYD, *Teorema*, (26-3), 2007, p. 171; BAYNE/FERNÁNDEZ, «Delusion and Self-Deception: Mapping the Terrain», en LOS MISMOS (eds.), *Delusions, Self-Deception, and Affective Influences on Belief-formation*, 2010, p. 5. En la discusión jurídico-penal, fundamental, GARVEY, *Texas Law Review*, (85), 2006, pp. 337 ss., 363 ss.; así también, STARK, *Culpable Carelessness*, 2016, p. 235.

de ley⁸⁴. El fundamento de una regla tal residiría en que, por una parte, a pesar de su similitud estructural con la imprudencia, estos casos podrían llegar a ser más graves; sin embargo, por otro lado, esa gravedad seguiría siendo inferior a la de un hecho doloso⁸⁵. En cuanto a lo primero, en efecto, la situación del autoengaño no admitiría caracterizarse como un error ordinario o un simple olvido, pues el agente no solamente ha incurrido en comportamientos que causan dicho déficit, sino que los ejecuta u omite advirtiendo que podrían causar un desconocimiento que, no obstante, después pierde de vista⁸⁶. Adicionalmente, mientras más evidencia fiable tenga a su disposición el agente, mayor será la dificultad y el esfuerzo que habrá de empeñar para conseguir distanciarse de ella. A nivel de imputación subjetiva, esa instancia de autoengaño daría cuenta de una divergencia mayor con el comportamiento conforme a cuidado esperable, revelándose como más evitable y, en definitiva, de gravedad superior a la de un descuido cualquiera⁸⁷. Como contrapartida, sin embargo, la imputabilidad del déficit así provocado –aun si es intencionado– no tendrá la virtud de proveer al agente de la alternativa de conducta de la que, en efecto, careció en el momento típicamente relevante. Por ello, si se aplicara a los casos de autoengaño una pena idéntica que la asignada al hecho doloso –cuya magnitud se justifica precisamente por la plena capacidad psicofísica de la que dispuso el agente al ejecutar el comportamiento típico–, dicha solución, a su vez, seguramente resultaría desproporcionada.

3.3. Excurso: autoengaño e ignorancia deliberada

Como se sabe, la mayoría de códigos penales europeo-continenciales e iberoamericanos acoge un modelo bipartito de imputación subjetiva, cuyos criterios exclusivos y mutuamente excluyentes suelen ser el dolo y la imprudencia. Bajo ese binomio, la ignorancia deliberada –que es un grupo de casos, no un criterio de imputación– no tiene cabida *de lege lata* en tales ordenamientos –como el chileno, el español o el alemán, por ejemplo–, salvo que sus supuestos se estimen reconducibles a una de aquellas dos categorías. Con todo, lo que justifica este excuso son las similitudes que *prima facie* exhibirían las constelaciones de autoengaño con la ignorancia deliberada. Una exposición esquemática de sus rasgos comunes, pero sobre todo de su diferencia estructural, contribuirá a reforzar las particularidades del problema objeto de este trabajo.

El principal común denominador de los supuestos de autoengaño y de ignorancia deliberada lo provee el estatus epistémico atribuible al agente al instante de realizar el comportamiento típico: tanto el ignorante deliberado como el sujeto autoengañado desconocen las concretas circunstancias fácticas en que se funda la antinormatividad de su comportamiento, lo que en ambos casos excluye una imputación a título de dolo –de nuevo, bajo un concepto de dolo que aún exija un componente cognoscitivo, y sin perjuicio de otras alternativas teóricas que pudieran apoyar la conclusión inversa–. En efecto, aquello que el ignorante deliberado conoce es el hecho de ignorar ciertas circunstancias fácticas que son de su incumbencia; empero, dicha

⁸⁴ El fraude de ley es un instituto que suele invocarse en la discusión sobre la ignorancia deliberada. Véase RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, p. 160; MANRIQUE, *Isonomía*, (40), 2014, pp. 189 ss.

⁸⁵ Según esta tesis, no se restablece la pena que habría operado de tener lugar una imputación ordinaria del hecho, pero tampoco se aplica la misma que procedería respecto de otras modalidades menos graves de imputación extraordinaria. Sobre la posibilidad de diferenciar el plano estructural del plano penológico, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal*, 2014, pp. 157 s., aunque con una solución distinta de la aquí propuesta.

⁸⁶ La persona autoengañada no es simplemente quien causa su propio error. De lo contrario, como dice DAVIDSON, *Problems of Rationality*, 2004, p. 207, se autoengañaría la persona que lee una noticia falsa en un periódico. De ahí que el autoengaño suela ser descrito, más bien, como una instancia de «irracionalidad motivada».

⁸⁷ Acerca del autoengaño como una modalidad más grave que una imprudencia ordinaria, véase TASLITZ, *Harvard Journal of Law & Gender*, (28), 2005, pp. 423 ss., con especial aplicación a los delitos sexuales.

representación no es fundante de dolo, pues desconoce que un *concreto* comportamiento suyo ha devenido o devendrá típico. Por su parte, y como ya fuese señalado, el conocimiento del que dispone el autoengañado no es fundante de dolo, pues, aun cuando hubiese contado con una representación acertada de la realidad, esta ya se disipó en el momento típicamente relevante. Luego, por referencia al respectivo comportamiento típico, ninguno de estos dos agentes dispone de una capacidad actual de evitación, y, sin embargo, en ninguna de tales situaciones podría afirmarse que dichos déficits son puramente accidentales⁸⁸. Al contrario, en ambos escenarios cabe rastrear a uno o más comportamientos previos la base que sustentará una imputación extraordinaria del respectivo hecho⁸⁹.

Otra nota común es la neutralidad de ambos fenómenos desde un plano motivacional. Aunque la variable más paradigmática de ignorancia deliberada, ciertamente, sea aquella que es producida o preservada por un motivo reprochable, ni este último ni la generación de una actitud reactiva negativa de parte de terceros son condiciones necesarias para ignorar deliberadamente algo⁹⁰. De hecho, en algunos contextos institucionales, el desconocimiento de ciertos asuntos es dispuesto estratégicamente como un medio para favorecer la justicia de alguna decisión o la imparcialidad de quienes la adoptan⁹¹. De forma correlativa, aunque en contra de lo que intuitivamente podría parecer, el autoengaño no solo podría afectar a quien, sin quererlo, sufre un conflicto psicológico, versa en un complejo dilema existencial o, en general, se halla bajo determinadas circunstancias que, al menos en principio, conducirían a que otros lamenten su situación o aun empaticen con ella, sino que también puede experimentarlo quien, por ejemplo, ha orquestado dicho déficit en aras de neutralizar sus inhibiciones, eludir una eventual responsabilidad u obtener la indulgencia del resto. En breve: quien se autoengaña también puede hacerlo por un motivo censurable.

Ahora bien, pese a las semejanzas esbozadas y de que al interior de la teoría del delito pudieran llegar a incidir en los mismos niveles sistemáticos, existen ciertas diferencias relevantes entre autoengaño e ignorancia deliberada. La principal de ellas atiende a un aspecto estructural. En efecto, mientras que en la ignorancia deliberada el agente se alejó de un hecho o bloqueó su acceso a este *antes* de llegar a conocerlo⁹², por el contrario, en ciertos casos paradigmáticos de autoengaño –justamente en los que se ha centrado este trabajo–, el agente sí alcanzó a acceder a circunstancias fácticas cuyo conocimiento *luego* abandona, estado de cosas que, de haber tenido todavía en vista al instante de ejecutar el comportamiento típico, habría sido total o parcialmente suficiente para sustentar una imputación a título de dolo⁹³. De ahí que los estatus epistémicos

⁸⁸ LYNCH, *Philosophical Studies*, (173), 2016, p. 519.

⁸⁹ La dimensión temporal del autoengaño fue presentada en el apartado anterior. Acerca de la similitud estructural entre ignorancia deliberada y *alic*, si bien con importantes matices, véase RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, p. 159; PÉREZ BARBERÁ, *En Letra: Derecho penal*, (11), 2021, p. 96. Sobre la estructura temporal de la *willful blindness*, véase SARCH, *Criminally Ignorant*, 2019, pp. 117, 211.

⁹⁰ Para una distinción entre la pregunta por el carácter deliberado de la ignorancia y aquella otra relativa a las condiciones bajo las cuales la ignorancia resulta reprochable, véase HELLMAN, «Willfully Blind for Good Reason», *Criminal Law and Philosophy*, (3), 2009, pp. 312 ss.; al respecto, GONZÁLEZ LILLO, «La ignorancia deliberada frente al dolo y la imprudencia: una propuesta de delimitación conceptual», *Política Criminal*, (19), 2024, p. 425.

⁹¹ Véase HERTWIG/ENGEL, en LOS MISMOS (eds.), *Deliberate Ignorance*, 2020, p. 10; WIELAND, «Willful Ignorance», *Ethical Theory and Moral Practice*, (20), 2017, pp. 106, 118.

⁹² Al respecto, GONZÁLEZ LILLO, *Política Criminal*, (19), 2024, p. 428; en sentido próximo, RÖNNAU/BECKER, *NStZ*, (10), 2016, p. 569. Para contrastarlo con un ejemplo ya citado: se verificaría una hipótesis de ignorancia deliberada (y no de autoengaño) si un paciente decide no leer el informe médico en que consta su condición de portador de una ITS, respecto de lo cual tampoco alberga una sospecha (que haga reconducible su caso a uno de dolo eventual).

⁹³ Sobre la diferencia a nivel epistémico entre autoengaño e ignorancia deliberada, véase también MOORE/HURD, *Criminal Law and Philosophy*, (2), 2011, p. 155; LYNCH, *Philosophical Studies*, (173), 2016, p. 516.

del ignorante deliberado y del agente autoengañado resulten ser mutuamente excluyentes, y que, por ende, no quepa predicar de una misma persona ambas condiciones a la vez: quien ignora deliberadamente algo necesita saber que hay un aspecto de la realidad que es objeto de su ignorancia; a contrapelo, quien se autoengaña da por verdadero lo que es falso, pero no puede estar consciente de esa falsedad, pues ello es justamente el indicador de éxito en su autoengaño⁹⁴.

Los diferentes estados epistémicos bajo los que se encuentran el autoengañado y el ignorante deliberado, a su vez, impactan en las medidas de cuidado que tendrían que haber adoptado tales sujetos para estar en condiciones de abstenerse de ejecutar el respectivo comportamiento típico. En efecto, en los casos más paradigmáticos de autoengaño, en los que el agente inicialmente disponía de una representación acertada de los hechos, para este habría bastado con *conservar* el conocimiento con el que ya contaba; en cambio, para asegurar sus capacidades de evitación, el ignorante deliberado necesita *mejorar* una posición, desde el inicio, epistémicamente deficitaria. De esto último cabría desprender una ulterior (mas solo contingente) diferencia a nivel fenomenológico, referida al modo en que suelen comportarse tales agentes⁹⁵. El ignorante deliberado tiende a bloquear o a distanciarse de la evidencia que se halla a su disposición, evadiéndola para no tomar conocimiento de circunstancias fácticas que jurídicamente son de su interés; el autoengañado, por su parte, dado que conoce originariamente dicha porción de la realidad, para desvirtuar la creencia primitiva indeseada y así adquirir otra que se ajuste a sus anhelos, necesita interactuar con otras evidencias, menos fiables, mediante procesos de atención selectiva o de malinterpretación⁹⁶. Con todo, dado el carácter interdefinible de las prohibiciones y de los mandatos, posiblemente sería precipitado establecer una asociación generalizada entre autoengaño y acción, por una parte, e ignorancia deliberada y omisión, por la otra⁹⁷; e igualmente apresurado sería intentar extraer de ello una diferencia absoluta en cuanto a la gravedad de uno y otro caso⁹⁸. En cualquiera de ambos, el contenido de la medida de cuidado, y la gravedad de su infracción, dependerá de qué es aquello que tendría que haber hecho u omitido el agente para imponerse de circunstancias fácticas que son de su incumbencia. Ahora bien, lo que sí cabría afirmar es que, tratándose de un autoengaño que ha sido preordenado estratégicamente –similar a lo que ocurre en la ignorancia deliberada–, la mayor evitabilidad –y no necesariamente mayor culpabilidad– atribuible a quien se autoengaña de esa manera podría dar lugar a un supuesto más grave que una imprudencia cualquiera.

⁹⁴ En consecuencia, el ignorante deliberado padece una ignorancia que cabría caracterizar como una de primer orden –está al tanto de que hay algo que ignora–, la cual le permitiría, bajo condiciones ideales de sinceridad, reportarla a terceros y autoadscribirse su estatus de ignorante al respecto. El agente autoengañado, en cambio, padece de una ignorancia de segundo orden –ignora que ignora algo–, pues no puede reportarla a terceros ni tampoco atribuírsela a sí mismo. Para la distinción entre ignorancia de primer orden e ignorancia de segundo orden, véase PEELS, *Ignorance. A Philosophical Study*, 2023, p. 92; en el marco de la ignorancia deliberada, GONZÁLEZ LILLO, *Política Criminal*, (19), 2024, pp. 422 ss.

⁹⁵ Así también LYNCH, *Philosophical Studies*, (173), 2016, pp. 518, 522, aunque generalizando dicha distinción.

⁹⁶ Como puntualiza LYNCH, *Philosophical Studies*, (173), 2016, p. 518, al haber tomado contacto con evidencia que le resulta desagradable, para el agente autoengañado ya es «demasiado tarde» para evadirla.

⁹⁷ En efecto, el proceso de autoengaño también podría describirse como la omisión de no preservar el conocimiento que antes se poseía, mientras que la ignorancia deliberada podría describirse a partir de las acciones mediante las cuales el agente bloquea su acceso a hechos que son de su incumbencia.

⁹⁸ Así, sin embargo, LYNCH, *Philosophical Studies*, (173), 2016, p. 521, para quien la ignorancia deliberada, al ser intencional, generalmente fundamentaría una mayor culpabilidad que el autoengaño. Junto con lo señalado en el texto principal, en contra de ello cabría aducir que, una cosa es la intención con la cual obra el agente, y otra distinta son los motivos que lo impulsan a actuar. De ahí que aquella pretendida diferencia en cuanto a su gravedad pareciera disiparse si se compara, por ejemplo, una instancia de ignorancia deliberada por acrasia con un supuesto de autoengaño por manipulación de la memoria cuyo objeto es evadir una posible responsabilidad.

Un último elemento de contraste puede obtenerse desde el plano intencional. Por definición, la ignorancia deliberada representa un fenómeno no solo consciente, sino perseguido por el propio agente. Si bien la decisión de no saber algo, según lo ya señalado, no prejuzga la evaluación de los motivos que han impulsado a una persona a mantenerse en una situación de ceguera, sí permite excluir de la órbita de la ignorancia deliberada aquellos casos en que el desconocimiento no ha sido preordenado, por reconducirse a la desidia o desinterés por parte de quien lo padece⁹⁹. No cabe asegurar lo mismo acerca del autoengaño. Pues, aun cuando sea enteramente factible concebir supuestos en que el agente articula intencionadamente un mecanismo supresor de conocimiento –como ocurre en los ejemplos «La libreta manipulada» y «El examen médico»–, también es posible que la creencia errónea posteriormente adquirida solo haya surgido del ferviente deseo de que el mundo sea de tal o cual manera, pero sin que el autoengaño, como tal, sea intencionado o buscado de propósito –como han permitido ver aquí otros ejemplos: «El dilema familiar» y «La embarcación averiada»–¹⁰⁰. Y esto último, como ya se ha sugerido, no es problemático de cara a responsabilizar a quien se autoengaña. Para delimitar el autoengaño de un simple error, y poder postular así la hipótesis de una eventual responsabilidad jurídico-penal del autoengañado por lo que ejecuta u omite bajo dicho estado, no es indispensable atribuirle la intención de engañarse a sí mismo, lo cual significa decir: no es necesario que, para ese agente, su comportamiento haya sido intencional bajo la descripción «autoengañarme»¹⁰¹. Por oposición a su aparición puramente accidental o fortuita, el sustrato «agencial» del autoengaño –y, con ello, su estatus de base para una eventual responsabilidad jurídico-penal– puede descansar, sin problemas, en la ejecución intencional (mas no necesariamente intencionada) de aquellos comportamientos que conducen a la producción del déficit¹⁰². Así, en el caso del paciente que adquiere la creencia errónea de que no porta un virus, no se precisa que este haya actuado «con la intención» de autoengañarse, pero sí que haya ejecutado intencionalmente la serie de comportamientos en que se manifiesta su tratamiento sesgado de la evidencia disponible y que, en definitiva, le llevan a autoengañarse.

En síntesis, los casos de autoengaño y de ignorancia deliberada dan cuenta de un problema en común: la imputación a título de dolo puede enfrentar complejas dificultades conceptuales en ambas constelaciones, mientras que su reconducción a la imprudencia dista asimismo de ser

⁹⁹ Así, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 187 ss.

¹⁰⁰ Conviene registrar que para las llamadas «teorías intencionalistas», en cambio, el autoengaño necesariamente debiera ser provocado de forma intencional, pues, entre otras cosas, solo así podría responsabilizarse al agente. Para su exposición y ponderación, véase FUNKHOUSER, *Self-deception*, 2019, pp. 137 ss., con múltiples referencias. Estas tesis se hallan enfrentadas usualmente a la «paradoja dinámica»: ¿cómo es posible que alguien despliegue intencionalmente una estrategia tendente a engañarse, pero, a la vez, pueda esconderse a sí mismo esa intención, para que el engaño efectivamente se materialice? Al respecto, véase MELE, *Self-Deception Unmasked*, 2001, p. 60. Además, en las teorías intencionalistas la pregunta por las condiciones de posibilidad del autoengaño acaba fagocitando a otra analíticamente distinta, referida a los presupuestos para que genere responsabilidad. En fin, de todos modos, desde una visión jurídico-penal del asunto, de lo que se trataría no es de responsabilizar al agente por autoengañarse –en cuyo caso, y no de manera obvia, podría llegar a reclamar alguna pertinencia la necesidad de una intención al respecto–, sino por los comportamientos típicos realizados bajo dicho estado.

¹⁰¹ BACH, *Philosophy and Phenomenological Research*, (41), 1981, p. 368; LEVY, *Ratio*, (17), 2004, p. 299.

¹⁰² La diferencia entre un comportamiento «intencionado» y otro «intencional» pretende aprovechar los distintos usos del concepto de intención al interior de la teoría de la acción. Fundamental al respecto, ANSCOMBE, *Intention*, 2ª ed., 2000, pp. 34, 37, 45; DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, 2ª ed., 2001, pp. 43 ss. En sentido próximo, ya AUSTIN, «Three Ways of Spilling Ink», *The Philosophical Review*, (75-4), 1966, pp. 428 ss., con la distinción entre actuar intencionalmente (*intentionally*), actuar intencionadamente (*purposely*) y actuar deliberadamente (*deliberately*). Tratándose del tópico aquí abordado, sería posible afirmar que, aunque alguien no haya ejecutado uno o más comportamientos con la intención de autoengañarse, ni habiéndolo planificado (es decir, aunque no exista un autoengaño «intencionado» o «deliberado»), dicho estado sí podría ser el resultado de la ejecución u omisión de comportamientos intencionales por parte de esa misma persona.

pacífica. Pese a ello, existen importantes diferencias estructurales entre estos dos grupos de casos, identificables tanto en la clase de déficits epistémicos a los que dan lugar como en la elaboración contrafáctica de qué es aquello que tendría que haber hecho u omitido un agente para no padecer tales déficits. Adicionalmente, y como se verá enseguida, el autoengaño es un argumento que, en atención a las causas que lo desatan, eventualmente podría generar mayores tensiones a nivel de culpabilidad. Por ello, si bien las similitudes entre ambos fenómenos exige ponerlos en diálogo, sus diferencias igualmente relevantes desaconsejan exagerar en demasía sus notas comunes¹⁰³, y, sobre todo, instan a descartar como plausible la caracterización del autoengaño como mera variable fenomenológica de la ignorancia deliberada.

4. Autoengaño y culpabilidad: selección y análisis panorámico de algunas relaciones posibles

Dado que una de las notas distintivas del autoengaño es situar a quien lo padece en un estado epistémicamente deficitario, su horizonte de referencia en la teoría del delito, primariamente, tendría que ser la imputación subjetiva. Pero ello no significa en modo alguno que sus peculiaridades no puedan incidir también en un nivel sistemático diverso: la culpabilidad. Bajo la premisa de que la culpabilidad recae sobre un injusto (previamente constituido), la manera en que este último se ha configurado necesariamente habrá de tenerse en vista a la hora de articular el correspondiente juicio de reproche. Más concretamente, se trataría aquí de indagar si el agente disponía de la capacidad para comprender y ajustar su comportamiento con arreglo a la o las medidas de cuidado que le hubiesen permitido no autoengañarse respecto de circunstancias fácticas posteriormente típicas, y si su adopción, además, resultaba o no exigible en su caso.

Nótese que, aun cuando tales vicisitudes pudieran reclamar atención ya a nivel de imputación subjetiva –bajo la forma, por ejemplo, de un error de tipo psíquicamente condicionado, excluyente del dolo–, la pregunta acerca de los presupuestos de la culpabilidad en sentido estricto no deviene superflua. Ello, porque todavía restaría verificar si el déficit en cuestión, además de afectar la capacidad de acción del agente, comprometió asimismo su capacidad de motivación. En otras palabras, la exclusión del dolo basada en el «adelantamiento» de una circunstancia que, a nivel de culpabilidad, habría sido candidata para fundamentar una causa de inculpabilidad o de exculpación, no impide que, eventualmente, el hecho sí pueda llegar a constituir un injusto imprudente culpable, si es que los presupuestos de la culpabilidad se satisfacen con respecto a la infracción imputable de la correspondiente medida de cuidado.

A fin de evaluar sintéticamente el nexo anticipado, primero, se explorará la posibilidad de que una causa de inimputabilidad afecte la capacidad del agente para motivarse a adoptar una o más medidas que le prevengan de autoengañarse sobre un determinado estado de cosas. De modo análogo, en segundo lugar se discutirá en torno a instancias de autoengaño que podrían incidir en la conciencia de la ilicitud de quien lo padece, bajo la forma de un error directo o indirecto de prohibición. Finalmente, se analizará cómo ciertos casos de autoengaño podrían originarse en circunstancias que atañen a la exigibilidad de la adopción de una o más medidas de cuidado, las que habrían evitado que una persona se autoengañara respecto de hechos con relevancia típica.

¹⁰³ En esa dirección, sin embargo, TASLITZ, *Harvard Journal of Law & Gender*, (28), 2005, p. 413; WIELAND, *Ethical Theory and Moral Practice*, (20), 2017, p. 112, n. 16.

4.1. Autoengaño e imputabilidad

No es inusual que el autoengaño sea caracterizado como una instancia de irracionalidad teórica¹⁰⁴, pues quien lo padece generalmente tiene a su alcance evidencia suficiente, que apunta en una dirección diametralmente opuesta a la creencia errónea que hace suya. De lo anterior, sin embargo, no cabe desprender que el autoengaño sea un fenómeno «arracional», en términos de que el agente carezca, situacional o permanentemente, de la capacidad para actuar conforme a razones¹⁰⁵. Si una persona desea fervientemente que algo sea o no el caso, su autoengaño al respecto precisamente responderá a una razón (asunto distinto es que se trate de una razón carente de sustento epistémico). Generalmente, el autoengaño es el resultado de estrategias psicológicas que presuponen la capacidad del agente para comprender el sentido negativo de ciertos eventos, y es precisamente por eso que se activan procesos de racionalización tendentes a cambiar su percepción sobre tales asuntos¹⁰⁶.

De cara a su repercusión jurídico-penal, que es lo que aquí interesa, la prevención anterior hace posible introducir la siguiente premisa: el autoengaño no necesariamente es un problema de (in)imputabilidad. Lo anómalo del autoengaño reside, fundamentalmente, en el proceso que conduce a la formación sesgada de una creencia errónea –proceso que compromete aptitudes cognitivas relevantes, como la memoria, la percepción o la atención–, mas no habitualmente en la incapacidad del agente para resistirse a ello –o no de un modo tal que el autoengaño tenga que entenderse inexorablemente como la consecuencia de una patología en sentido clínico–. Con todo, lo anterior no excluye la posibilidad de que sean concebibles ciertos escenarios en los que es un trastorno psíquico severo lo que determina que una persona acuda al autoengaño como mecanismo para regular sus propias emociones. Para ello, considérese –por mor del argumento– el siguiente caso ficticio:

«El reloj falso». En 2022, como regalo de cumpleaños, N recibe un reloj de parte de A, su abuelo y única figura paterna. Dada la situación económica de A, N sospechaba que el reloj no podría ser auténtico, pese a su apariencia fidedigna. Además, N sabía que A solía comprar objetos de segunda mano. Tras la muerte de A, poco después de su cumpleaños, N empezó a padecer de trastorno depresivo mayor, diagnóstico que se expresó, entre otras cosas, en una idealización de la persona de A. En 2025, época en la que N ya se encontraba persuadido de la autenticidad del último obsequio que recibiera de A, bajo un apuro económico, se ve en la dolorosa necesidad de desprenderse del reloj. Atribuyéndole un valor altamente superior al real, N vende el objeto al comprador inexperto C, causando a este un perjuicio patrimonial.

Al explorar la configuración de una potencial estafa, si N hubiese vendido el reloj a C en 2022, una imputación a título de dolo no tendría que resultar conflictiva. Pero en el caso propuesto el problema surge justamente por el hecho de que, al instante de ejecutar el comportamiento típico, N ya había adquirido una representación errónea sobre la autenticidad del reloj, pues, tiempo

¹⁰⁴ Al respecto, BARNES, *Seeing through Self-deception*, 1997, pp. 135 ss.; FUNKHOUSER, *Self-deception*, 2019, p. 48.

¹⁰⁵ Véase DAVIDSON, *Problems of Rationality*, 2004, p. 169; AUDI, *Action, Intention and Reason*, 1993, p. 223. Según DENNETT, *Brainstorms*, 1981, p. 330, el autoengaño –al igual que la acrasia– es una «patología normal», en la que, mientras una persona se comporta de cierta manera, razona sin embargo de forma distinta. En el debate jurídico-penal angloamericano, véase GARVEY, «Insanity», en ALEXANDER/FERZAN (eds.), *The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law*, 2019, p. 399, puntualizando que la irracionalidad inherente al autoengaño no lo convierte en un problema de inimputabilidad (*insanity*).

¹⁰⁶ BAYNE/FERNÁNDEZ, *Delusions, Self-Deception, and Affective Influences on Belief-formation*, 2010, p. 5.

atrás, un trastorno severo del estado de ánimo le llevó a autoengañarse al respecto¹⁰⁷. Así, aunque es cierto que N ha causado una representación errónea en C sobre la calidad del objeto material, ello obedece a que, en el momento de la venta, N padece el mismo error. Esto último no torna impertinente la pregunta acerca de si N habría podido evitar incurrir en ese déficit, aunque sí podría dificultar en grado sumo la evitabilidad del error de tipo, en la medida en que, bajo sus condiciones, N no haya previsto ni haya podido prever que, a raíz de su depresión, tres años después ignoraría estar produciendo un perjuicio patrimonial a un tercero¹⁰⁸.

Junto con escenarios análogos al recién ilustrado, hay cuando menos otros dos grupos de casos en los que eventualmente podría trabarse algún nexo entre autoengaño e imputabilidad: los delirios y las adicciones. A continuación, serán examinados breve y separadamente.

Desde hace tiempo en la dogmática penal se discute la posibilidad de que un trastorno mental o una alteración psíquica redunde en una representación falsa sobre circunstancias típicamente relevantes (el llamado «error de tipo psíquicamente condicionado»)¹⁰⁹. Como se sabe, algunos trastornos del espectro de la esquizofrenia suelen manifestarse en delirios, es decir, «creencias fijas que no son susceptibles de cambiar a la luz de la evidencia en contra»¹¹⁰. Entre ellos, cabe destacar aquí los siguientes. Uno de los más comunes es el delirio persecutorio (una persona cree que será dañada o acosada por otra o por un grupo)¹¹¹, el cual perfectamente podría dar lugar, por ejemplo, a la imputación falsa de un delito o a una representación errónea de los presupuestos fácticos de una causa de justificación. Asimismo, el delirio celotípico o Síndrome de Otelo (la convicción firme, pero infundada, que alberga una persona acerca de la infidelidad de su pareja), el cual podría redundar, por ejemplo, en delitos contra la vida o la salud individual¹¹². Por su lado, el delirio de grandeza (una persona cree que cuenta con habilidades, riqueza o fama excepcionales) eventualmente podría conectarse con fraudes patrimoniales. A su vez, el delirio erotomaniaco (una persona cree erróneamente que otra está enamorada de él o de ella)¹¹³ acaso podría conducir a que alguien ignore la ausencia de consentimiento de otra persona en un contexto de intimidad, dando ello lugar a un delito sexual¹¹⁴. En fin, el delirio querulante (una

¹⁰⁷ Aunque las características del caso quizá inviten a considerar una posible instancia de acrasia, el modo en que se ha abordado responde a la prioridad analítica que reclama el examen de una potencial causa de inculpabilidad respecto de una potencial causa de exculpación. En efecto, si se configura una causa de inculpabilidad, por carecer el agente de la capacidad de motivarse conforme a la norma, sería contradictorio consultar además la exigibilidad de su seguimiento; solo si el agente disponía de aquella capacidad adquiere sentido la pregunta por una potencial causa de exculpación. Detenidamente al respecto, MAÑALICH, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013, pp. 9 ss.

¹⁰⁸ La clausura de la punibilidad de la estafa a título imprudente no impide efectuar este ejercicio teórico, pues aquí se está explorando la posibilidad de constitución de un injusto imprudente culpable, lo que es analíticamente independiente de que este, además, resulte punible o no.

¹⁰⁹ Sobre este asunto, véase SILVA SÁNCHEZ, «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad», en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (eds.), *LH Bacigalupo*, 2004, pp. 870 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Icade*, (74), 2008, pp. 137 ss.; REYES ALVARADO, «Imputabilidad e imputación», *InDret*, (2), 2024, pp. 247 ss.

¹¹⁰ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5-TR), 5ª ed., 2022, p. 101.

¹¹¹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5-TR), 5ª ed., 2022, p. 101. Sobre el autoengaño por delirio persecutorio, véase MCLAUGHLIN, en MCLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, 1988, p. 40.

¹¹² Para un estudio de casos de esta índole, véase SILVA/FERRARI/LEONG/PENNY, «The dangerousness of persons with delusional jealousy», *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, (26-4), 1998, p. 609.

¹¹³ BORTOLOTTI, *The Epistemic Innocence of Irrational Beliefs*, 2020, p. 96.

¹¹⁴ Al respecto, en profundidad, TASLITZ, *Harvard Journal of Law & Gender*, (28), 2005, pp. 394 ss.

persona se representa a sí misma constantemente ofendida por otras, lo que la lleva a presentar denuncias o iniciar contiendas)¹¹⁵, ciertamente, podría conectarse también con la imputación falsa de delitos. Cada uno de los trastornos delirantes recién expuestos podría alterar de manera aguda las capacidades cognitivas y volitivas de quien los padece y, con ello, en los supuestos de mayor gravedad, llegar a sustentar su inimputabilidad o, en su caso, una eximente incompleta. Desde luego, esto último dependerá de factores tan variables como su duración y persistencia en el tiempo, lo alterado de los comportamientos a los que dan lugar, su impacto o ramificaciones en otras esferas de la conducta del agente y, especialmente, lo extravagante que resulte la creencia delirante en virtud de cuán divorciada se encuentre de la evidencia disponible y de otros datos objetivos¹¹⁶.

De acogerse una aproximación epistémica respecto de los delirios, estos últimos y el autoengaño compartirían el estatus de creencias irracionales¹¹⁷. Ello, sin embargo, no impide advertir que la situación del autoengañado difiere sensiblemente de la de quien padece un delirio. En el primer caso, el agente se halla en condiciones tanto de reconocer la evidencia fiable de la que se aleja como de identificar la inverosimilitud de la creencia que hace suya, aspectos que generalmente no están al alcance de quien alberga una creencia delirante¹¹⁸. De este modo, lo que descarta que la diferencia entre ambos fenómenos sea puramente gradual, e impide que el autoengaño, por sí solo, pueda estimarse como una causa de semiinimputabilidad, es que este último suele suponer una gestión motivacionalmente sesgada de la evidencia disponible; por el contrario, en el delirio no hay engaño alguno¹¹⁹. Ciertamente, lo anterior no modifica el hecho de que, al igual que el autoengaño, la creencia delirante también puede producir un error de tipo, empero, el origen patológico de la segunda es un rasgo distintivo que incide de modo decisivo en el juicio en torno a la (in)vencibilidad de aquel error. Formulado de otra manera: respecto de la persona que sufre un delirio, también es totalmente pertinente examinar la evitabilidad del déficit; no obstante, su capacidad de control a la hora de adoptar la medida de cuidado que le hubiese permitido evitar padecer dicho error, por lo general, será notablemente inferior a la de quien se autoengaña, lo que podría excluir la configuración de un injusto imprudente culpable en el caso de la primera.

Otra posible intersección entre autoengaño e imputabilidad puede hallarse en el plano de las adicciones. Una arista de la literatura en torno al autoengaño se ha ocupado de indagar cómo el razonamiento práctico de la persona adicta a bebidas alcohólicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas suele estar afectado por aquel sesgo cognitivo. Se trata de casos, en absoluto extravagantes, en los que una persona acude a mecanismos de racionalización –verbigracia: la

¹¹⁵ Aunque el delirio querulante no aparece en el DSM-5-TR, sí está incluido en el listado actual de la *International Classification of Diseases*, 11ª ed. (ICD-11), apartado 6D10.Z (disponible en: <https://icd.who.int/>). Sobre tal delirio, véase también MARTÍNEZ GARAY/FRIGOLS I BRINES, «Anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2023*, 2022, p. 283, con jurisprudencia al respecto.

¹¹⁶ Rotulados «delirios extravagantes» (*bizarre delusions*) por la AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5-TR), 5ª ed., 2022, p. 102, que los define como aquellos «claramente inverosímiles, incomprensibles por pares de la misma cultura y no procedentes de experiencias vitales ordinarias».

¹¹⁷ Así, BAYNE/FERNÁNDEZ, *Delusions, Self-Deception, and Affective Influences on Belief-formation*, 2010, p. 2; BORTOLOTTI, *The Epistemic Innocence of Irrational Beliefs*, 2020, pp. 106 s.

¹¹⁸ FUNKHOUSER, *Self-deception*, 2019, p. 124. Para la diferencia entre ambos fenómenos, véase también MELE, «Self-Deception and Delusions», en BAYNE/FERNÁNDEZ (eds.), *Delusions, Self-Deception, and Affective Influences on Belief-formation*, 2010, pp. 63 s.

¹¹⁹ Como advierte MARTÍNEZ GARAY, «Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad», en CARBONELL MATEU (dir.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, 2008, p. 368, tratándose de quien padece un delirio (como también de un cuadro esquizofrénico), el aspecto capital reside en la anomalía del proceso psíquico que genera la creencia, por lo que el contenido de los motivos pasa a un segundo plano.

minimización del daño a su salud, los pretendidos efectos compensatorios de la sustancia o comparaciones favorables con terceros– para convencerse a sí misma de que sigue gozando de una capacidad de autogobierno o incluso de que no padece de adicción alguna¹²⁰. A esto último podría favorecer el hecho de que, para que tales instancias de autoengaño sean eficaces, no se precisa estar bajo dicho estado de forma permanente. La persona podría ser plenamente consciente de su adicción, tanto antes como después de un episodio de recaída, a cuya verificación puntual habrá contribuido su autoengaño¹²¹. Ahora bien, mientras más habituales sean esos episodios, desde luego, menores serán las probabilidades de un autoengaño genuino.

Aunque la situación puede variar dependiendo del concreto horizonte normativo en el que se fije la mirada, quien comete un hecho potencialmente delictivo bajo un estado de intoxicación plena, habiéndose propuesto cometerlo, habiéndolo previsto o debiendo haberlo previsto, generalmente, no es alguien que quede exento de responsabilidad penal, ya sea por aplicación de reglas legales explícitas a ese respecto o, en su ausencia, de esquemas teóricos relativos a la *alic* (si bien, en este último caso, a riesgo de infringirse el principio de legalidad). En este sentido, desde un punto de vista jurídico-penal, la dificultad que ofrecen estos escenarios no tiene que ver directamente con que la persona se autoengañe sobre su condición de adicta a una sustancia tóxica –ello, como tal, no tiene nada de ilícito–, sino más bien con el hecho de realizar, bajo el influjo severo de la misma, algún comportamiento típico, habiendo quizá carecido –y aquí reside el posible conflicto– de toda capacidad para evitar dicho déficit. En efecto, quien ha desarrollado la necesidad adictiva de consumir una sustancia tóxica es alguien que ha de adoptar medidas de resguardo más estrictas en comparación con el resto. Pues, pese a que no hace falta algún grado de adicción para que el consumo de aquellas sustancias comprometa las capacidades psicofísicas de una persona, en este caso, la potencial encrucijada podría radicar justamente en el hecho de que el autoengañado sobre su adicción no se percibe a sí mismo en un escenario de especial vulnerabilidad, ni, por ende, bajo la necesidad de adoptar medidas adicionales de cuidado. En otros términos, lo afectado no sería solamente la fuerza motivadora del agente, sino también su capacidad para evaluar las circunstancias particulares bajo las que se encuentra¹²².

Con todo, el obstáculo antes descrito podría relativizarse de forma significativa si se considera que, en estos contextos, usualmente el autoengaño es producto de ejercicios de racionalización que presuponen una autoconciencia y una ponderación acerca de los costos y beneficios que comporta mantenerse al margen de la sustancia versus los asociados a su consumo¹²³. Esto último refuerza soluciones normativas, como la del Código penal español (artículo 21.2), donde la adicción grave, a diferencia de la intoxicación aguda, solamente atenúa la responsabilidad penal. Pues, en efecto, la (in)imputabilidad referida al seguimiento de la norma de comportamiento quebrantada (por ejemplo: no lesionar a otro) no afirma ni excluye la (in)imputabilidad referida a la aplicación de una medida de cuidado (por ejemplo: no beber alcohol) que hubiese permitido

¹²⁰ En detalle sobre la relación entre autoengaño y adicción, HANSON, *Thinking about Addiction*, 2009, pp. 45 ss.

¹²¹ Véase DARWALL, en MCLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, 1988, p. 413; con aplicación al ámbito jurídico-penal, véase MOORE, *Mechanical Choices. The Responsibility of the Human Machine*, 2020, p. 504; SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 28/76.

¹²² Así, WHITE, «Self-Deception and Responsibility for the Self», en MCLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, 1988, p. 458.

¹²³ Dicha descripción, por lo demás, permite abarcar tanto la situación de quienes se abstienen de consumir una sustancia como la de quienes lograron hacerlo durante algún periodo. De ahí que, según WALKER, «Addiction and Self-Deception: A Method for Self-Control?», *Journal of Applied Philosophy*, (3), 2010, p. 313, una persona adicta también podría disponer de algún grado de control (si bien relativo). Pues una cosa es la dificultad (en ocasiones, muy elevada) de ajustarse a la alternativa preferida y otro asunto distinto es carecer de toda opción al respecto.

al respectivo agente conservar sus capacidades para comprender y ceñir su comportamiento con arreglo a aquella norma. A diferencia de lo que ocurre con las creencias delirantes, en el pensamiento adictivo suele haber acceso cognitivo a la evidencia objetiva disponible, así como una capacidad –aunque más o menos menguada, dependiendo de cada caso– para ajustarse a dicha comprensión.

Por último, conviene consignar una manifestación de autoengaño en cierto modo inversa a la recién expuesta, pero que se deja solucionar jurídico-penalmente de manera análoga. Se trata de supuestos en que una persona, radicalizando su vulnerabilidad ante una determinada sustancia, termina convenciénndose, en contra de la evidencia disponible, de que todo intento de abstención resultaría inútil¹²⁴. En tales casos, el autoengaño consiste en que el agente cree sufrir, de manera permanente, de una pérdida absoluta de control, cuando objetivamente no es así. Por lo demás, un escenario como ese sería totalmente incongruente con la visión que proyecta cualquier tratamiento médico que tenga mínimamente en cuenta la autonomía del paciente y los riesgos asociados a su desmoralización. Por lo tanto, al igual que en el caso anterior y más allá de que exista o no una solución legal expresa, tampoco parece plausible que un autoengaño de esta índole pueda llegar a eximir plenamente de responsabilidad penal a quien lo padece.

4.2. Autoengaño y conciencia de la antijuridicidad

Hasta el momento, en este trabajo se ha procurado mostrar principalmente cómo la adquisición de una creencia errónea vía autoengaño podría generar dificultades a nivel de imputación subjetiva. En particular, esto ocurrirá cuando el autoengaño recaiga sobre circunstancias fácticas que posteriormente exhibirán relevancia típica. Bajo tales condiciones, si la respectiva instancia de autoengaño redunda en un error de tipo, por añadidura, dará lugar también a un error de prohibición: quien desconoce una situación de hecho es alguien que, necesariamente, ignorará su estatus de prohibida o no permitida¹²⁵.

Para ilustrar el argumento, considérese de nuevo dos ejemplos expuestos al inicio del trabajo. En «El examen médico», el autoengaño del paciente sobre su condición de portador de un virus de transmisión sexual implicará que este ignore, igualmente, la antijuridicidad de su comportamiento, por ejemplo, a la luz de la norma que prohíbe lesionar a otro. Lo mismo podría suceder cuando se quebranta una norma de mandato. Como se observa en «El dilema familiar», una persona que, en posición de garante, adquiere la creencia errónea de que los comportamientos que un tercero realiza con una menor de edad –cuya indemnidad sexual aquella persona debe proteger– son acciones que carecen de significación sexual, es alguien que ya no podrá tener por generada la correspondiente situación típica –que activa su deber de impedir esas acciones–, ni tampoco representarse como antijurídica su propia omisión.

Así, se puede afirmar que el dolo constituye un presupuesto de la conciencia de la antijuridicidad, mientras que la ausencia de esta última, sin eliminar el dolo («natural») ya configurado, lo convierte en uno jurídico-penalmente «infértil», al menos para un reproche de culpabilidad¹²⁶. No obstante, de lo anterior no se sigue que todo error de prohibición presuponga un error de tipo.

¹²⁴ Sobre este problema, véase WALKER, *Journal of Applied Philosophy*, (3), 2010, pp. 311 ss.

¹²⁵ Al respecto, véase MAÑALICH, «El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el Derecho penal chileno», *Revista de Derecho*, (24), 2011, pp. 100 s.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: argumentos para su consagración legislativa», en ACEVEDO/COLLADO/MAÑALICH (eds.), *LH Ortiz Quiroga*, 2020, p. 240.

¹²⁶ Así, MAÑALICH, *Revista de Derecho*, (24), 2011, p. 99.

Desde luego, esta última clase de error podría no verificarse si es que el agente está al tanto de las circunstancias fácticas, y lo que ignora, en cambio, es la antinormatividad que ellas fundamentan. De esta manera, lo que interesa destacar ahora no es la posibilidad, ya examinada, de que una persona se autoengaño respecto del alcance de su comportamiento, sino más bien sobre el sentido antinormativo del mismo¹²⁷. Que dicha posibilidad resulta plenamente factible lo revelan las llamadas «técnicas de neutralización», un fenómeno al que se ha prestado atención especialmente en la criminología, como se puntualiza brevemente enseguida.

Las técnicas de neutralización hacen referencia a un heterogéneo grupo de recursos psicológicos mediante los cuales una persona elimina o suspende su juicio crítico acerca de la transgresión de normas a las que ella misma, paradójicamente, suele adherir, por la vía de convencerse de que su comportamiento justamente no las quebranta¹²⁸. De esta forma, al centrarse en la manera en que el propio agente discierne su comportamiento, las técnicas de neutralización propiciarían su autoengaño¹²⁹. En general, el argumento tiende a caracterizarse como una deriva de las teorías del aprendizaje social, pues, a través de tales herramientas, el agente obtendría estrategias sobre cómo desplegar comportamientos desviados (sin que ello, necesariamente, sea su motivación ulterior). El principal efecto asociado a estos mecanismos es mitigar las valoraciones que, en un inicio, podrían haber inhibido al agente de ejecutar comportamientos cuya ilicitud normalmente conoce. Ello es posible tanto si se neutraliza el carácter prohibido de un comportamiento como si se pretende contrarrestar esa prohibición mediante una supuesta permisión particular.

Lo primero podría ocurrir si el agente niega la incorrección de su comportamiento o infravalora la gravedad o significación antijurídica de un daño del que es consciente¹³⁰. Al respecto, cobra especial interés la frecuente apelación al grado de difusión de esa conducta en terceros, generalmente articulada bajo la fórmula: «¡Todo el mundo lo hace!»¹³¹. Una técnica similar, aunque situada ahora a nivel de norma de sanción, es el razonamiento falaz según el cual, de la ausencia de responsabilidad, cabría inferir la falta de incorrección de la conducta¹³². En fin, también es posible que alguien se convenza erróneamente de que, en caso de generarse alguna responsabilidad penal por ciertos hechos, esta recaería sobre otra u otras personas –porque, en

¹²⁷ Sobre la diferencia entre un error acerca de un estado de cosas y un error de sentido, subyacente a la distinción entre error de tipo y error de prohibición, véase por todos KINDHÄUSER, «El error sobre las circunstancias del hecho frente al error de prohibición», *Revista de Estudios de la Justicia*, (31), 2019, pp. 135 s.

¹²⁸ Pioneros al respecto, SYKES/MATZA, «Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency», *American Sociological Review*, (22-6), 1957, pp. 664 ss. Para una visión panorámica, véase MARUNA/COPEs, «What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?», *Crime and Justice*, (32), 2005, pp. 228 ss.; KAPTEIN/VAN HELVOORT, «A model of neutralization techniques», *Deviant Behavior*, (40), 2019, p. 1261.

¹²⁹ MARUNA/COPEs, *Crime and Justice*, (32), 2005, p. 236; HEATH, «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», *Journal of Business Ethics*, (83), 2008, p. 604. Acerca de la posibilidad de «hacerse trampas a uno mismo», véase GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, 2013, p. 104.

¹³⁰ Al respecto, SYKES/MATZA, *American Sociological Review*, (22-6), 1957, p. 667; KAPTEIN/VAN HELVOORT, *Deviant Behavior*, (40), 2019, pp. 1266 ss.

¹³¹ HEATH, *Journal of Business Ethics*, (83), 2008, p. 603; RABL/KÜHLMANN, «Why or why not? Rationalizing Corruption in Organizations», *Cross Cultural Management International Journal*, (16), 2009, p. 276. Detalladamente al respecto, ya HUSAK, «The “But-Everyone-Does-That!” Defense», *Public Affairs Quarterly*, (10), 1996, pp. 321 ss., según quien la plausibilidad de esa potencial excusa depende de si acaso, bajo las circunstancias del agente, el resto de la comunidad tendería a comportarse como él. Esto último demanda –como advierte el propio HUSAK– una evidencia empírica que, de no hallarse disponible, obviamente, dificultará el éxito de la defensa.

¹³² De acogerse la tesis según la cual la conciencia de la ilicitud ha de abarcar también la punibilidad del hecho –aquí no suscrita, en atención a la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción–, posiblemente, las alegaciones de ese género verían incrementada su plausibilidad. Para un sugerente tratamiento de este debate, véase recientemente PUENTE RODRÍGUEZ, *El error de prohibición en el Derecho penal económico*, 2024, pp. 227 ss.

definitiva, solo el comportamiento de ellas estaría prohibido—. Este último constituye un sesgo cognitivo frecuente en el seno de estructuras jerárquicas¹³³, si bien podría presentarse asimismo en otros ámbitos (verbigracia: el de las asesorías técnicas en contextos de evasión tributaria). Paralelamente, son factibles escenarios en que lo neutralizado no es la prohibición de un comportamiento, aspecto que aún sería reconocido por un agente quien, sin embargo, sí asumiría erróneamente que, en su caso en particular, esa conducta estaría permitida. Ello podría ocurrir cuando se apela a circunstancias extraordinarias que habrían llevado al agente a persuadirse a sí mismo de que, «en su lugar, no había otra salida», responsabilizando al contexto por «no haberle dejado otra opción»¹³⁴. Dicha alegación guarda cierta similitud con lo que, en clave dogmática, se conoce como suposición errónea de los presupuestos fácticos de un estado de necesidad¹³⁵.

Como se puede deducir del examen efectuado hasta aquí, el autoengaño producido a partir de algunas de las técnicas de neutralización antes descritas podría hallar un terreno fértil de aplicación en el Derecho penal empresarial¹³⁶. No es casualidad que, en sus orígenes, el análisis criminológico del argumento haya puesto el foco, justamente, en cómo el llamado «delincuente de cuello blanco» suele adoptar mecanismos que racionalizan sus comportamientos delictivos, de tal manera que, «aun cuando quebranta la ley, no se concibe a sí mismo como criminal»¹³⁷. Además de venir en consideración técnicas como las ya mencionadas –que niegan la ilicitud de un comportamiento o articulan razones justificantes–, son de interés otros sesgos cognitivos. Uno de los más prevalentes en este contexto es el autoengaño como herramienta para mantener la «ilusión de control» ante la incertidumbre, el azar o las dudas sobre las propias capacidades o el resultado de negocios importantes¹³⁸. Enraizado en diversos niveles organizacionales, dicho mecanismo de protección podría ser parte nuclear de una cultura empresarial normativamente deficitaria, donde más bien la no asunción de riesgos o la indecisión se interpretarían como algo anómalo. En tales contextos, como sugiriera ya LANGEVOORT, el autoengaño sobre la licitud de ciertas maniobras podría llegar a considerarse incluso como «necesario», a efectos de mantener esa ilusión de control y de reducir la ansiedad ante la falta de certidumbre¹³⁹.

Por su parte, las propias dinámicas de grupo, y las relaciones jerárquicas que se desarrollan en su seno, también suelen favorecer la producción de importantes sesgos cognitivos. En ese sentido, cabe destacar, entre otros, el «sesgo de conformidad», esto es, la tendencia de un individuo a

¹³³ RABL/KÜHLMANN, *Cross Cultural Management International Journal*, (16), 2009, p. 272; KAPTEIN/VAN HELVOORT, *Deviant Behavior*, (40), 2019, p. 1274.

¹³⁴ KAPTEIN/VAN HELVOORT, *Deviant Behavior*, (40), 2019, pp. 1272 ss.

¹³⁵ Como sugiere TASLITZ, *Harvard Journal of Law & Gender*, (28), 2005, p. 415, ello podría quedar ilustrado con el caso de los directivos de una empresa que, sabiendo que la colusión es «técnicamente ilícita», se convencen de que, en su caso, resulta indispensable para conservar los empleos de sus trabajadores.

¹³⁶ Sobre el asiduo empleo de técnicas de neutralización en el marco corporativo, véase HEATH, *Journal of Business Ethics*, (83), 2008, pp. 605 ss.; SILVA SÁNCHEZ/VARELA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 278 s.; MCGRATH, *Law and Social Change*, (75), 2021, pp. 423 ss.; TURIZO FERNÁNDEZ/CIGÜELA SOLA, «Cultura de cumplimiento: más allá de la ética corporativa (y del principio del hecho)», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *El principio de responsabilidad penal por el hecho*, 2024, pp. 270 ss.

¹³⁷ SUTHERLAND, *White Collar Crime. The Uncut Version*, 1983, p. 230.

¹³⁸ Véase LANGEVOORT, «Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (and Cause Other Social Harms)», *University of Pennsylvania Law Review*, (146), 1997, p. 139; SILVA SÁNCHEZ/VARELA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 267 ss., 276 ss.; MANSDÖRFER, *Vorsatz und Entscheidung*, 2024, pp. 26 s.

¹³⁹ LANGEVOORT, *University of Pennsylvania Law Review*, (146), 1997, p. 139.

alinearse con la opinión de una mayoría o de un grupo al cual pertenece¹⁴⁰. Como consecuencia de ello, es posible que alguien, inicialmente consciente de la ilegalidad de los patrones de conducta colectivos, acabe convenciéndose erróneamente de la corrección de las reglas y de los comportamientos seguidos por la mayoría, en busca de su adaptación al grupo o de obtener la validación de sus pares y/o de sus superiores. Igualmente relevante son los efectos del «rol asignado» y del «rol asumido», en los que la valoración personal de ciertas clases de conducta y la percepción de su antijuridicidad resultan erosionadas por los códigos grupales, en tanto que vía de integración a la respectiva cultura empresarial¹⁴¹.

Como podrá notarse a partir de la panorámica proyectada –y si se asume una comprensión «no-intencionalista» del autoengaño–, es plenamente factible que una persona ignore el carácter prohibido de su comportamiento por haberse persuadido a sí misma sobre ese extremo¹⁴². Así, si el desajuste en su representación solo se refiere al sentido antijurídico de lo ejecutado u omitido, pero no a las circunstancias fácticas en las que se ha desenvuelto, entonces, el agente padecerá un error de prohibición, cuya modalidad concreta de punibilidad dependerá, por supuesto, del régimen adoptado por el respectivo ordenamiento. Lo que interesa subrayar aquí –en consonancia con lo sugerido a nivel de imputación subjetiva– es el carácter generalmente evitable de un error producido y padecido bajo semejantes condiciones. Las precauciones epistémicas que se espera que una persona aplique en aras de evitar autoengañarse respecto de hechos que, por su eventual relevancia jurídico-penal, son de su incumbencia, corresponden a medidas que también habrían de ser adoptadas cuando de lo que se trata es de evitar que esa misma persona erosione su conocimiento sobre el carácter antijurídico de aquellos hechos.

4.3. Autoengaño y exigibilidad de una motivación conforme a cuidado

Por último, cabe examinar sintéticamente cómo ciertas instancias de autoengaño podrían relacionarse con categorías pertenecientes a la dogmática de la exculpación. Ello supone partir de la base de que la disposición emocional de un individuo podría incidir de modo decisivo en su apreciación de un estado de cosas o en la identificación correcta de las consecuencias derivadas de su comportamiento¹⁴³. Este nexo ha sido abordado, entre otros contextos teóricos, en el debate en torno a la ignorancia deliberada, donde no es inusual que se asigne un papel protagónico a la

¹⁴⁰ RABL/KÜHLMANN, *Cross Cultural Management International Journal*, (16), 2009, p. 272; SILVA SÁNCHEZ/VARELA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, p. 276. En detalle sobre la adaptación y habituación a comportamientos delictivos, especialmente en materia de corrupción, ya ASHFORTH/ANAND, «The normalization of corruption in organizations», *Research in Organizational Behavior*, (25), 2003, pp. 13 ss.

¹⁴¹ Así, SILVA SÁNCHEZ/VARELA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 278 s. Véase también MCGRATH, *Law and Social Change*, (75), 2021, p. 418.

¹⁴² Del sinóptico examen aquí ofrecido, aflora también la posibilidad de que, junto con instancias de autoengaño individual, puedan verificarse otras de carácter colectivo, en las que dos o más personas, habiendo operado alguna técnica de neutralización, llegan a compartir el estatus de autoengañadas sobre un mismo asunto. Al respecto, FUNKHOUSER, *Self-deception*, 2019, p. 243; DEWEESE-BOYD, en ZALTA/NOELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023. Naturalmente, no habrá autoengaño si el sesgo cognitivo que erosiona la conciencia de la ilicitud de quien ejecuta el comportamiento típico ha sido producido por otro sujeto (bajo la potencial calidad de autor mediato), lo que, sin embargo, no descartará de antemano la posibilidad de que el primero de ellos responda a título de imprudencia –abierto su *numerus clausus*–, por no haber adoptado las medidas de cuidado que le hubiesen permitido evitar ser instrumentalizado por otro.

¹⁴³ Al respecto, véase STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 268 s.; HÖRNLE, *JZ*, (74), 2020, p. 442.

clase de razones que impulsa a un sujeto a producir o preservar un estado de desconocimiento¹⁴⁴; así como también al hilo de una posible autoría mediata por imprudencia, bajo aquella modalidad en que el hecho es reconducible a la «persona de atrás», cuando esta ha coaccionado a la «persona de delante» a obrar de manera contraria a cuidado, pero sin que la primera haya previsto la realización del correspondiente comportamiento típico por parte de la segunda¹⁴⁵.

Como se ha insistido en este análisis, que el autoengaño represente un problema a nivel de imputación subjetiva no significa que la situación motivacional del agente sea irrelevante. Al contrario, una vez respondida afirmativamente la pregunta sobre si pudo y tuvo que haber adoptado alguna medida de cuidado que le hubiese permitido evitar autoengañarse respecto de circunstancias que resultarían típicamente relevantes, aún debe indagarse si, bajo la situación en que se encontraba, era o no exigible a ese agente haber priorizado en su razonamiento práctico la adopción de un comportamiento conforme a cuidado, por encima de la alternativa de conducta, contraria a este, finalmente escogida (como sería justamente la de autoengañarse).

El grupo de casos que mejor retrata la potencial tensión recién descrita es el del autoengaño por acrasia. La acrasia, también conocida como «debilidad de voluntad», es una forma de irracionalidad práctica –no teórica, como el autoengaño–, pues quien la padece se deja motivar por razones que sabe que no son las mejores, y, sin embargo, aun así termina *actuando* «en contra de su mejor juicio»¹⁴⁶. La hipótesis de una eventual falta de control por parte del agente acrático explica que, en su caso, la atribución de responsabilidad (tanto moral como jurídica) no se halla exenta de dificultades¹⁴⁷. Sobre esto último se volverá más adelante. Por de pronto, es preciso reparar en lo siguiente: dado que la acrasia contiene una condición epistémica –es decir, el agente reconoce que no está tomando como base su mejor juicio práctico–, en principio, no es simultáneamente compatible con el autoengaño, que presupone una falta de consciencia acerca de la falsedad de la creencia adquirida. Sin embargo, ello no impide que una «acrasia epistémica» pueda derivar en autoengaño. Se trata de casos en los que una persona, a pesar de que advierte que tiene buenas razones para *creer* «que *p*», en contra de su mejor juicio teórico, elige dar crédito a «que no *p*». Ahora bien, solo cuando efectivamente se haya obtenido la creencia deseada –lo que generalmente se verá favorecido por la incidencia de factores emocionales agudos–, esta incontinencia epistémica habrá devenido en autoengaño¹⁴⁸. La angustia, el miedo o la ansiedad son emociones que, dependiendo de su intensidad y de las circunstancias, podrían llegar a generar tales escenarios¹⁴⁹. Así, bajo estas condiciones, la hipótesis que ha de explorarse es la

¹⁴⁴ Para su nexa con instancias de acrasia, véase LUBAN, «Contrived Ignorance», *Georgetown Law Review*, (87), 1999, p. 968; RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, p. 146; SARCH, *Criminally ignorant*, 2019, p. 92.

¹⁴⁵ Para tales constelaciones, véase RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 280.

¹⁴⁶ Sobre el carácter «anómalo» de ambos fenómenos, véase DENNETT, *Brainstorms*, 1981, pp. 330 ss.; acerca de su vínculo contingente, DAVIDSON, *Problems of Rationality*, 2004, pp. 200 s.; MOORE, *Mechanical Choices*, 2020, pp. 336 ss., 525, quien discurre también en torno a sus consecuencias jurídico-penales. Para un contraste entre las nociones de ignorancia y acrasia, como carencia de libertad por falta de conocimiento o por falta de voluntad, respectivamente, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, «Coacción, intimidación y coerción en Derecho penal», *Persona y Derecho*, (81), 2019, pp. 188 ss.

¹⁴⁷ Para un esquema acerca de tratamientos posibles desde el Derecho penal, véase SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 28/84.

¹⁴⁸ En consecuencia, como acertadamente advierte GARVEY, *Texas Law Review*, (85), 2006, p. 375, n. 132, es preciso distinguir entre una incontinencia epistémica y un autoengaño generado por debilidad de voluntad (al que la primera, solo eventualmente, podría dar lugar).

¹⁴⁹ No es inusual que ocasionalmente se caracterice (de manera peyorativa) el autoengaño como una suerte de «cobardía del espíritu». Al respecto, BARNES, *Seeing through Self-deception*, 1997, p. 158; FINGARETTE, *Self-Deception*, 2000, p. 139. Con todo, dicho modo de presentación pasa por alto que, como se ha visto, el autoengaño

posibilidad de que el agente autoengañado sea víctima, no solo del autoengaño en sí, sino también de las emociones que le conducen a autoengañarse¹⁵⁰. Aunque, como pronto se verá, no siempre es necesariamente así, la atribución de una inmadurez emocional, si bien puede incidir favorablemente en la pregunta sobre la eventual responsabilidad penal de esa persona, como contrapartida, podría envolver un potencial riesgo de infantilización¹⁵¹.

De este modo, que los procesos cognitivos de una persona pueden resultar sensiblemente afectados por la influencia de sus emociones es algo que cabe afirmar de modo pacífico. Con todo, en ciertas ocasiones, la exclusión plena de responsabilidad penal podría resultar controvertida. Para ilustrarlo, considérese un caso que ha dividido opiniones en la doctrina angloamericana.

«El caso de los Williams». A y B se percatan de que una de las mejillas de su hijo C, de diecisiete meses de edad, ha adquirido un color azulado. Pensando que se trataba de un simple dolor de muelas, solo le administraron un analgésico. En realidad, C sufría un absceso dental que derivó en gangrena. Incapaz de comer, C se desnutrió y días después murió de neumonía. En un inicio, A y B eran conscientes de algunos de los riesgos que podía correr C, sin embargo, no lo llevaron a una consulta médica, pese a tener las condiciones económicas para ello, ya que temían que, al notar el aspecto de la mejilla, las autoridades de bienestar social les privaran de la custodia de C. El temor de A y B se vio reforzado en la circunstancia de que, en esa época (década de 1960, en Estados Unidos de Norteamérica), los niños nativos solían ser separados de sus familias biológicas, entregándose en adopción a otras familias no nativas. Así, el deseo de A y B de que C no fuese apartado de su hogar les impidió reconsiderar el riesgo para su vida y, con ello, la necesidad urgente de atención médica¹⁵².

El caso reseñado permite ilustrar la posibilidad de un autoengaño emocionalmente inducido, que refleja a la vez el conflicto motivacional que padecen sus protagonistas¹⁵³. En efecto, como precisa GARVEY, ellos no querían creer que su omisión representaba algún riesgo para la vida de su hijo, porque, de haberlo creído, habrían tenido que elegir entre poner en peligro la vida del niño o arriesgarse a perder su custodia. Dado que los padres no querían enfrentar ese dilema,

no siempre estará inducido por emociones, y que, en caso de estarlo, también podrían desencadenarlo emociones positivas (como el optimismo y la esperanza).

¹⁵⁰ Cabe identificar aquí otro posible cruce de caminos con la dogmática de la estafa, en la que el estatus de víctima débil de quien padece el perjuicio patrimonial podría basarse en un desarrollo deficitario, no de su capacidad cognitiva, sino de autogestión emocional. Detenidamente sobre ello, PASTOR MUÑOZ, «La debilidad emocional y delito de estafa: sobre el alcance de la protección jurídico-penal frente al fraude», en CARNEVALI RODRÍGUEZ (dir.), *LH Künsemüller Loebenfelder*, 2023, pp. 761 ss. De esta forma, si en ese contexto la falta de adopción de «deberes de autoprotección» de parte de la víctima no cierra aún la puerta a una potencial responsabilidad de terceros por un delito de estafa, la pregunta es estructuralmente similar, cuando de lo que se trata es de indagar si la falta de aseguramiento de la propia capacidad de evitación, también por debilidad emocional, puede eximir o atenuar la responsabilidad penal de esta última persona.

¹⁵¹ De ahí que, en el debate acerca de la responsabilidad por las emociones, las «concepciones mecanicistas» suelen criticarse por el hecho de «desintelectualizarlas», es decir, por reducir las emociones a fuerzas externas frente a las que, quien las experimenta, tendría poco o nada que hacer. Véase GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, responsabilidad y derecho*, 2009, pp. 36 s., 127 ss.; COPPOLA, *The Emotional Brain and the Guilty Mind*, 2021, pp. 29 ss.

¹⁵² Sobre este caso, véase ROBINSON, *Would You Convict? Seventeen Cases That Challenged the Law*, 1999, pp. 132 ss.; GARVEY, *Texas Law Review*, (85), 2006, pp. 333 ss.; AGULE, «Minding Negligence», *Criminal Law and Philosophy*, (16), 2022, pp. 249 ss.

¹⁵³ Bajo un contexto normativo que contemple tanto el estado de necesidad exculpante como el miedo insuperable, pareciera ser que las características del caso relatado se ajustan mejor a las del segundo (sea que se apele al origen interno del apremio, sea que se utilice como criterio distintivo la capacidad del agente para tomar una decisión con su «cabeza fría»). Con más detalle acerca del límite entre ambas causas de exculpación, si bien patrocinando una solución distinta, véase VARONA GÓMEZ, «El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”. Reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, pp. 87 ss. En cambio, si el conflicto existencial genera una situación de genuino terror para el agente, sin dudas, el problema será de imputabilidad. Véase, por todos, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, 24/25.

dicho deseo les cegó de la verdad, autoengañándose respecto de la gravedad del estado de salud de su hijo, a pesar de contar con mejores razones (epistémicas) para creer lo contrario¹⁵⁴. De esta manera, no se trataba de un problema de imputabilidad, pues los padres del menor disponían tanto de la capacidad para comprender cuál era el comportamiento conforme a cuidado como de la capacidad para ajustar su conducta a dicha comprensión. Como en toda instancia de acrasia, la dificultad aquí residía en que, si bien la decisión de A y B revelaba una forma de irracionalidad, ello no excluía el hecho de que, desde su punto de vista, al menos existía una razón que explicaba (aunque no justificaba) por qué se comportaron del modo en que lo hicieron¹⁵⁵.

Así las cosas, el problema capital radica en dilucidar si en escenarios análogos al descrito decae la exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma (o conforme a cuidado, como en este caso). Un punto de partida adecuado para ello lo provee la siguiente consideración: la solución no puede depender *exclusivamente* de cuán irresistible o insuperable haya sido la manera en que el agente experimentó el conflicto, ya que el temer que algo sea o no el caso, normalmente, no es una razón admisible para formarse una creencia errónea al respecto. En este sentido, no es que la perspectiva de primera persona sea irrelevante (porque, en efecto, sí interesa), sino que no resulta autosuficiente ni decisiva, pues aún debe evaluarse qué habría hecho alguien que hubiese experimentado también las mismas motivaciones, deseos o emociones que la persona autoengañada¹⁵⁶. Si la pretensión de vinculatoriedad prioritaria de las normas jurídicas cesara justo allí donde encuentran cierta resistencia en sus destinatarios, difícilmente podrían llegar a exhibir el estatus de razones excluyentes para la acción¹⁵⁷. Por ello, de lo que se trata es de desentrañar cuál es la expectativa jurídica que se impondría en un determinado espacio y tiempo con respecto al hecho de que una persona en derecho, situada en la posición del agente, priorice asegurar sus capacidades para dar seguimiento a una norma¹⁵⁸. En la reconstrucción de tal expectativa ocupará un lugar clave la importancia de los bienes jurídicos potencialmente en liza (que incluyen, por cierto, los del propio agente) y el riesgo de su posible menoscabo. El test que aquí se patrocina al respecto es el siguiente: mientras mayor sea el «costo intersubjetivo» del autoengaño en términos de las consecuencias que previsiblemente podrían seguirse de las acciones ejecutadas u omitidas bajo dicho estado, menos decisivo tendría que resultar el «costo emocional» que para el agente podría representar el tener que afrontar la verdad¹⁵⁹.

Como se observa, pese a las restricciones que plantea, la tesis favorecida aún deja un amplio margen conceptual para la aplicación total o parcial de alguna causa de exculpación. En efecto,

¹⁵⁴ GARVEY, *Texas Law Review*, (85), 2006, p. 339.

¹⁵⁵ En efecto, la acrasia también involucra un ejercicio de racionalización del comportamiento de una persona, pero en el que ha de evaluarse por qué ha preferido una razón, que, sin embargo, no era la mejor dentro del elenco de razones que ella misma reconocía. Sobre ello, MAÑALICH, *InDret*, (1), 2013, p. 20, con ulteriores referencias.

¹⁵⁶ Fundamental, DEWEESE-BOYD, *Teorema*, (26-3), 2007, p. 173. En la misma dirección, BACH, *Philosophy and Phenomenological Research*, (41), 1981, p. 368; LYNCH, *Philosophical Studies*, (173), 2016, p. 516.

¹⁵⁷ Sobre el estatus de una norma como razón excluyente en el proceso deliberativo de sus destinatarios, véase RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., 1990, pp. 35 ss.; asimismo, MAÑALICH, *InDret*, (1), 2013, p. 3, aplicando el argumento a las causas de exculpación.

¹⁵⁸ Así, MAÑALICH, *InDret*, (1), 2013, pp. 11 s. Que el umbral de exculpación no queda exclusivamente determinado por la forma en que el agente experimenta el apremio lo revelan las reglas legales que, bajo ciertas circunstancias, imponen la obligación de tolerar el peligro. Ello también se ve reflejado en la discusión en torno a la provocación de las circunstancias fácticas fundantes de una causa de exculpación (como instancia de *alic*).

¹⁵⁹ Con fines explicativos distintos, MELE, *Self-Deception Unmasked*, 2001, pp. 31 ss., 64 s., acude a un contraste entre el malestar psicológico que para el agente podría representar el hecho de asumir la verdad sobre un estado de cosas versus las consecuencias costosas de formarse una creencia errónea al respecto; cuando prepondera lo primero, entonces el sujeto tendrá mayores motivos para autoengañarse.

demandar un comportamiento conforme a cuidado bajo toda circunstancia implicaría olvidar que un Estado de derecho, erigido sobre el mandato de neutralidad, solo puede esperar de sus ciudadanos una adecuación externa a las normas, mas no un seguimiento a cualquier precio¹⁶⁰. Además de este argumento de legitimidad material, debe considerarse también el sentido de lo real, en términos de que podría resultar absolutamente inoficioso confiar en que alguien, bajo condiciones particularmente adversas, priorice el aseguramiento de sus capacidades por encima de sus intereses propios, olvidando con ello además la base antropológica del concepto de persona que anima al Derecho penal¹⁶¹. Por lo tanto, si, dadas las vicisitudes concretas del caso, la expectativa jurídica de un comportamiento conforme a cuidado ha desaparecido o devenido reducida, debiera operar entonces una eximente de responsabilidad penal o bien una eximente incompleta. Esto último es lo que justamente cabía afirmar en «El caso de los Williams», de considerarse plausible la siguiente lectura: para evitar adquirir una creencia errónea vía autoengaño los protagonistas del caso no solo habrían tenido que adoptar las medidas de cuidado ordinarias, sino que también habrían tenido que supervisar y controlar la influencia de las poderosas emociones que les llevaron a autoengañarse. Exigir esto último, sin embargo, podría implicar que se supere el umbral de comportamiento (conforme a cuidado) razonablemente esperable de alguien situado en su misma posición¹⁶². Ahora bien, que, bajo circunstancias tan singulares, un hecho delictivo así constituido no llegue a ser merecedor de pena (por considerarse la muerte del menor como una posible instancia de *poena naturalis*), por supuesto, es un problema distinto¹⁶³.

5. Conclusiones

Que una persona pueda engañarse a sí misma acerca de un estado de cosas no solo es un fenómeno perfectamente posible en términos conceptuales, sino que, de hecho, es algo recurrente en nuestras prácticas cotidianas. Ello se debe a las múltiples funciones que el autoengaño puede desempeñar en la vida emocional de las personas. Como se ha intentado ilustrar a lo largo del presente trabajo, dicho proceso cognitivo puede dar lugar a complejos y heterogéneos escenarios con relevancia jurídico-penal. De ahí la importancia de su estudio.

La modalidad más problemática de autoengaño, en la que se ha concentrado este análisis, presenta una estructura que puede sintetizarse como sigue: quien lo padece abandona una representación acertada sobre un fragmento de la realidad y, en contra de la evidencia disponible, acaba adoptando una creencia errónea al respecto.

El singular esquema de este grupo de constelaciones –que no es idéntico al de la ignorancia deliberada– plantea difíciles incógnitas a la luz de la teoría del delito. En efecto, el hecho de que el agente haya contado inicialmente con una base representacional que, en su oportunidad, podría haberle proporcionado una suficiente capacidad de evitación, pero que ya no se encuentra disponible en el momento típicamente relevante, convierte al autoengaño en un caso especial de

¹⁶⁰ Sobre el papel de dicho principio en la elaboración de un concepto material de culpabilidad, véase KINDHÄUSER, «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», en KINDHÄUSER/MAÑALICH (dirs.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 68 ss.

¹⁶¹ GUZMÁN DALBORA, *Elementos de Filosofía Jurídico-Penal*, 2021, pp. 166 s.

¹⁶² Como aquí, AGULE, «Minding Negligence», *Criminal Law and Philosophy*, (16), 2022, p. 250. En cambio, abogando por una exculpación plena, GARVEY, *Texas Law Review*, (85), 2006, p. 381.

¹⁶³ En esa dirección los comentarios aprobatorios de la decisión de la justicia estadounidense –que levantaron la pena a los padres del menor fallecido– desarrollados por ROBINSON, *Would You Convict?*, 1999, pp. 137, 142.

dolus antecedens. Su particularidad radica en que ha sido el propio agente quien provocó la pérdida de esa base epistémica.

Por una parte, dicha circunstancia excluye en estos casos una imputación ordinaria a título de dolo –al menos, bajo una noción que siga exigiendo un elemento cognoscitivo al momento en que se realiza el comportamiento típico–, aunque, al mismo tiempo, instala la posibilidad de imputar extraordinariamente el hecho a quien ha gestionado de manera contraria a cuidado la evidencia fiable que se encontraba a su disposición. Todo ello concierne al plano estructural del problema. Ahora bien, un asunto distinto es que esta modalidad de imputación (extraordinaria) tenga que acoplarse también al régimen incriminatorio y punibilidad asociados a la imprudencia, aspecto que perfectamente podría reconsiderarse en un contexto discursivo *de lege ferenda*.

Aun cuando el autoengaño se manifieste principalmente como un problema de imputación subjetiva, esto no implica que solo repercuta en dicho nivel sistemático. Como se ha sugerido aquí, en algunos casos el autoengaño puede traer causa en circunstancias que, ya sea de manera permanente o situacional, afectan la capacidad del agente para motivarse a adoptar el cuidado exigido. En otras situaciones, en cambio, y sin una merma en sus facultades cognitivas o volitivas, puede ser que la persona en cuestión se haya autoengañado respecto a la antinormatividad de su comportamiento. En ambos supuestos será necesario evaluar la vencibilidad del déficit padecido y producido de semejante manera. Por último, también cabe la posibilidad de que la adquisición de una creencia errónea vía autoengaño se origine en circunstancias que podrían ser candidatas para excluir o atenuar la exigibilidad de un comportamiento conforme a cuidado, tal como se ha propuesto aquí a propósito del autoengaño que es producto de una instancia de acrasia.

6. Bibliografía

- AGULE, «Minding Negligence», *Criminal Law and Philosophy*, (16), 2022, pp. 231-251.
- ALCÁZER GUIRAO, *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2004.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5-TR), 5ª ed., American Psychiatric Association Publishing, Washington DC, 2022.
- ANSCOMBE, *Intention*, 2ª ed., Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2000.
- ASHFORTH/ANAND, «The normalization of corruption in organizations», *Research in Organizational Behavior*, (25), 2003, pp. 1-52.
- AUDI, *Action, Intention and Reason*, Cornell University Press, Ithaca, 1993.
- AUSTIN, «Three Ways of Spilling Ink», *The Philosophical Review*, (75-4), 1966, pp. 427-440.
- BACH, «An Analysis of Self-Deception», *Philosophy and Phenomenological Research*, (41-3), 1981, pp. 351-370.
- BARNES, *Seeing through Self-deception*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.
- BAYNE/FERNÁNDEZ, «Delusion and Self-Deception: Mapping the Terrain», en LOS MISMOS (eds.), *Delusions, Self-Deception, and Affective Influences on Belief-formation*, Psychology Press, New York, 2010, pp. 1-22.

BECK, «Neue Konstruktionsmöglichkeiten der actio libera in causa», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (6), 2018, pp. 204-211.

BERMÚDEZ, «Self-deception, intentions and contradictory beliefs», *Analysis*, (60), 2000, pp. 309-319.

BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, Scientia Verlag, Aalen, 1965 (reimp. original 1919).

BORTOLOTTI, *The Epistemic Innocence of Irrational Beliefs*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

CARSON, *Lying and Deception*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

CLIFFORD, *Lectures and Essays*, t. II, Macmillan and Co., London, 1901.

COLL MÁRMOL, «Autoengaño y responsabilidad», *Teorema*, (26-3), 2007, pp. 145-159.

COPPOLA, *The Emotional Brain and the Guilty Mind*, Hart Publishing, Oxford, 2021.

CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2005.

DARWALL, «Self-Deception, Autonomy, and Moral Constitution», en McLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, University of California Press, Berkeley, 1988, pp. 407-430.

DAVIDSON, *Problems of Rationality*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

———, *Essays on Actions and Events*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2001.

DENNETT, *Brainstorms*, The MIT Press, Cambridge (Massachusetts), 1981.

DEWESE-BOYD, «Self-Deception», en ZALTA/NODELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, Stanford, 2023.

———, «Taking Care: Self-Deception, Culpability and Control», *Teorema*, (26-3), 2007, pp. 161-176.

DOLD, «Die actio libera in causa als Sonderfall der mittelbaren Täterschaft», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (155-7), 2008, pp. 427-441.

DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007.

EDWARDS, «Nondoxasticism about Self-Deception», *Dialectica*, (67), 2013, pp. 265-282.

EGAN, «Imagination, Delusion, and Self-Deception», en BAYNE/FERNÁNDEZ (eds.), *Delusions, Self-Deception, and Affective Influences on Belief-formation*, Psychology Press, New York, 2010, pp. 263-280.

FEIJOO SÁNCHEZ, «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret*, (3), 2015, pp. 1-28.

FINGARETTE, *Self-Deception*, University of California Press, Berkeley, 2000.

FREUD, «La negación (1925)», en GERMAIN (rev.), *Sigmund Freud. Obras completas*, trad. por López-Ballesteros y de Torres, t. II, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1968, pp. 1134-1136.

FUNKHOUSER, *Self-deception*, Routledge, New York, 2019.

GARVEY, «Insanity», en ALEXANDER/FERZAN (eds.), *The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, pp. 385-419.

———, «What's Wrong with Involuntary Manslaughter?», *Texas Law Review*, (85), 2006, pp. 333-383.

GENDLER, «Self-Deception as Pretense», *Philosophical Perspectives*, (21), 2007, pp. 231-258.

GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, responsabilidad y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ LILLO, «La ignorancia deliberada frente al dolo y la imprudencia: una propuesta de delimitación conceptual», *Política Criminal*, (19), 2024, pp. 407-436.

———, «(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia “inconsciente”», *InDret*, (2), 2019, pp. 1-41.

GRECO, «Comentario al artículo de Ramon Ragués», *Discusiones*, (13), 2013, pp. 67-78.

GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, trad. por Agustina Sanllehí/Amorós Bas/Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2013.

GUZMÁN DALBORA, *Elementos de Filosofía Jurídico-Penal*, Prolibros, Valparaíso, 2021.

HANSON, *Thinking about Addiction*, Rodopi, Amsterdam, 2009.

HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2002.

HEATH, «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», *Journal of Business Ethics*, (83), 2008, pp. 595-614.

HELLMAN, «Willfully Blind for Good Reason», *Criminal Law and Philosophy*, (3), 2009, pp. 301-316.

HERTWIG/ENGEL, «Homo Ignorans: Deliberately Choosing Not to Know», en LOS MISMOS (eds.), *Deliberate Ignorance*, The MIT Press, Cambridge/London, 2020, pp. 3-17.

HÖRNLE, «Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie „bedingter Vorsatz”», *JuristenZeitung*, (74), 2020, pp. 440-449.

HRUSCHKA, «Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten», *JuristenZeitung*, (1), 1997, pp. 22-27.

———, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin, 1988.

HUSAK, «Distraction and Negligence», en ZEDNER/ROBERTS (eds.), *Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 81-93.

———, «The “But-Everyone-Does-That!” Defense», *Public Affairs Quarterly*, (10-4), 1996, pp. 307-334.

JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

———, «Indiferencia como dolo indirecto», trad. por Pérez del Valle, en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dirs.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 345-358.

———, «La denominada *actio libera in causa*», trad. por González Rivero, en JAKOBS (dir.), *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 209-230.

JOHNSTON, «Self-Deception and the Nature of Mind», en McLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, University of California Press, Berkeley, 1988, pp. 63-91.

JORDAN, «Instantaneous Self-deception», *Inquiry*, (65-2), 2019, pp. 1-26.

JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1992.

KAPTEIN/VAN HELVOORT, «A model of neutralization techniques», *Deviant Behavior*, (40), 2019, pp. 1260-1285.

KINDHÄUSER, «El error sobre las circunstancias del hecho frente al error de prohibición», trad. por Contesse/Mañalich, *Revista de Estudios de la Justicia*, (31), 2019, pp. 127-145.

———, «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», en KINDHÄUSER/MAÑALICH (dirs.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2011, pp. 68-114.

———, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», trad. por Mañalich, *InDret*, (4), 2008, pp. 1-35.

———, *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989.

KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin/Heidelberg, 1997.

KRSTIĆ, «On the function of self-deception», *European Journal of Philosophy*, (29-4), 2021, pp. 1-18.

LANGEVOORT, «Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (and Cause Other Social Harms)», *University of Pennsylvania Law Review*, (146), 1997, pp. 101-172.

LEVY, «Self-deception and Moral Responsibility», *Ratio*, (17), 2004, pp. 294-311.

LINEHAN, «Ignorance, Self-deception and Moral Accountability», *The Journal of Value Inquiry*, (16), 1982, pp. 101-115.

LUBAN, «Contrived Ignorance», *Georgetown Law Review*, (87), 1999, pp. 957-980.

LYNCH, «Willful ignorance and Self-deception», *Philosophical Studies*, (173), 2016, pp. 505-523.

MACKENZIE, «Self-Deception as a Moral Failure», *The Philosophical Quarterly*, (72-2), 2022, pp. 402-421.

MANRIQUE, «Ignorancia deliberada y responsabilidad penal», *Isonomía*, (40), 2014, pp. 163-195.

MANSDÖRFER, *Vorsatz und Entscheidung. Überlegungen zur subjektiven Zurechnung im Wirtschaftsstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2024.

MAÑALICH, «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, pp. 13-42.

———, «Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción», *Isonomía*, (51), 2019, pp. 29-64.

———, «The Grammar of Imputation», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (27), 2019, pp. 411-428.

———, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013, pp. 1-29.

———, «El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el Derecho penal chileno», *Revista de Derecho*, (24), 2011, pp. 87-115.

MARTÍNEZ GARAY, «Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad», en CARBONELL MATEU (dir.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 321-422.

MARTÍNEZ GARAY/FRIGOLS I BRINES, «Anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2023*, Lefebvre, Madrid, 2022.

MARTÍNEZ MANRIQUE, «Attributions of Self-Deception», *Teorema*, (26-3), 2007, pp. 131-143.

MARUNA/COPES, «What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?», *Crime and Justice*, (32), 2005, pp. 221-320.

MCGRATH, «Self-deception as a technique of neutralisation: an analysis of the subjective account of a white-collar criminal Crime», *Law and Social Change*, (75), 2021, pp. 415-432.

MCLAUGHLIN, «Exploring the Possibility of Self-Deception in Belief», en MCLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, University of California Press, Berkeley, 1988, pp. 29-62.

MELE, «Self-Deception and Delusions», en BAYNE/FERNÁNDEZ (eds.), *Delusions, Self-Deception, and Affective Influences on Belief-formation*, Psychology Press, New York, 2010, pp. 55-70.

———, *Self-Deception Unmasked*, Princeton University Press, Princeton, 2001.

MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Icade*, (74), 2008, pp. 113-144.

MONTIEL, «Estructuras de responsabilidad y contextos anómalos», en EL MISMO (dir.), *Responsabilidad penal en contextos anómalos*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, pp. 19-46.

MOORE, *Mechanical Choices. The Responsibility of the Human Machine*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

MOORE/HURD, «Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak, and the Selfish: The Culpability of Negligence», *Criminal Law and Philosophy*, (2), 2011, pp. 147-198.

NELKIN, «Responsibility and Self-Deception: A Framework», *Humana.Mente*, (20), 2012, pp. 117-139.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: argumentos para su consagración legislativa», en ACEVEDO/COLLADO/MAÑALICH (eds.), *La Justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020, pp. 237-263.

PASTOR MUÑOZ, «La debilidad emocional y delito de estafa: sobre el alcance de la protección jurídico-penal frente al fraude», en CARNEVALI RODRÍGUEZ (dir.), *Hacia un Derecho penal Liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 757-766.

———, «Caso de las pastillas adelgazantes», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 307-318.

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

PEELS, *Ignorance. A Philosophical Study*, Oxford University Press, Oxford, 2023.

PERALTA, «El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 905-915.

PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», *En Letra: Derecho penal*, (11), 2021, pp. 91-139.

———, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Springer, Wien, 1964.

PUENTE RODRÍGUEZ, *El error de prohibición en el Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2024.

RABL/KÜHLMANN, «Why or why not? Rationalizing Corruption in Organizations», *Cross Cultural Management International Journal*, (16), 2009, pp. 268-286.

RAGUÉS I VALLÈS, «Irracionalidad de la confianza y dolo eventual», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 975-985.

———, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

———, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1990.

RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

REYES ALVARADO, «Imputabilidad e imputación», *InDret*, (2), 2024, pp. 233-266.

REYES ROMERO, «Sobre la construcción de la exigencia de cuidado», *Política Criminal*, (19), 2015, pp. 56-91.

ROBINSON, *Would You Convict? Seventeen Cases That Challenged the Law*, New York University Press, New York, 1999.

RÖNNAU/BECKER, «Vorsatzvermeidung durch Unternehmensleiter bei betriebsbezogenen Straftaten», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (10), 2016, pp. 569-575.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

SÁNCHEZ-OSTIZ, «Coacción, intimidación y coerción en Derecho penal», *Persona y Derecho*, (81), 2019, pp. 185-200.

———, *La libertad del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2014.

SARCH, *Criminally Ignorant*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

SARTRE, *El ser y la nada*, trad. por Velmar, Altaya, Barcelona, 1993.

SEARLE, *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

SHUTE, «Knowledge and Belief in the Criminal Law», en SHUTE/SIMESTER (eds.), *Criminal Law Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 171-296.

SILVA/FERRARI/LEONG/PENNY, «The dangerousness of persons with delusional jealousy», *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, (26-4), 1998, pp. 607-623.

SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 2025.

———, «Un nuevo modelo para la *actio libera in causa*: la *actio praecedens* como conducta punible de favorecimiento», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 1117-1129.

———, «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad», en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dirs.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 867-890.

SILVA SÁNCHEZ/VARELA, «Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 265-286.

STARK, *Culpable Carelessness: Recklessness and Negligence in the Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, De Gruyter, Berlin, 2007.

SUTHERLAND, *White Collar Crime. The Uncut Version*, Yale University Press, New Haven, 1983.

SYKES/MATZA, «Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency», *American Sociological Review*, (22-6), 1957, pp. 664-670.

TASLITZ, «Willfully Blinded: On Date Rape and Self-Deception», *Harvard Journal of Law & Gender*, (28), 2005, pp. 381-446.

TURIENZO FERNÁNDEZ/CIGÜELA SOLA, «Cultura de cumplimiento: más allá de la ética corporativa (y del principio del hecho)», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *El principio de responsabilidad penal por el hecho*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, pp. 255-288.

VALIENTE IVÁÑEZ, «La doble dimensión del dolo como criterio de imputación», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 943-955.

———, «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22), 2020, pp. 1-32.

VAN WEEZEL, «Una vez más sobre la distinción entre dolo e imprudencia: los casos en que el agente no persigue la realización del tipo penal», *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, pp. 43-72.

VARELA, *Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Bosch, Barcelona, 2016.

VARONA GÓMEZ, «El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”. Reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, pp. 59-94.

VENDRELL FERRAN, «Hostile Affective States and Their Self-Deceptive Styles», en MONTES SÁNCHEZ/SALICE (eds.), *Emotional Self-Knowledge*, Routledge, New York, 2023, pp. 209-227.

VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

VON HIPPEL/TRIVERS, «The evolution and psychology of self-deception», *Behavioral and Brain Sciences*, (34), 2011, pp. 1-56.

VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 20ª ed. alemana por Jiménez de Asúa, t. II, Reus, Madrid, 1917.

WALKER, «Addiction and Self-Deception: A Method for Self-Control?», *Journal of Applied Philosophy*, (3), 2010, pp. 305-319.

WHITE, «Self-Deception and Responsibility for the Self», en MCLAUGHLIN/RORTY (eds.), *Perspectives on Self-Deception*, University of California Press, Berkeley, 1988, pp. 450-484.

WIELAND, «Willful Ignorance», *Ethical Theory and Moral Practice*, (20), 2017, pp. 105-119.

Esther Fernández Molina
Centro de Investigación en
Criminología
Universidad de Castilla-La
Mancha

Jóvenes en el sistema penal: ¿una oportunidad de socialización legal?

Sumario

En este trabajo se presentan resultados de una línea de investigación que trata de comprender el impacto que tiene el trabajo del sistema de justicia juvenil en promover el comportamiento normativo futuro de los jóvenes infractores. Desde la perspectiva teórica de la socialización legal y el modelo basado en el proceso de Tyler se pretende explorar y comprender cómo es la experiencia subjetiva que viven los jóvenes infractores en su paso por el procedimiento penal. Para ello, se han analizado los testimonios obtenidos en 47 entrevistas semiestructuradas con menores infractores que tiene un largo historial delictivo, 23 son mujeres y 24 extranjeros. Por lo tanto, se cuenta con una alta participación de menores que pertenecen a colectivos vulnerables en el sistema penal que frecuentemente son obviados en las investigaciones científicas. Los resultados ponen de manifiesto que los jóvenes son capaces de valorar y de dar sentido a lo que les ocurre en su viaje por el sistema de justicia juvenil. Sus experiencias no son categóricamente positivas o negativas, pero estas últimas parecen tener un impacto mayor. En general, los jóvenes se sienten muy ajenos a lo que sucede durante el proceso, y son críticos con el rol pasivo al que el sistema les relega y con el trato deparado por las autoridades legales que, en ocasiones, socava su dignidad. Por tanto, de sus interacciones con las autoridades se infiere que el proceso de socialización legal deja en estos jóvenes participantes una huella negativa, a pesar de que la mayoría perciban el castigo recibido como una oportunidad en sus vidas.

Abstract

This paper presents a study that seeks to understand the impact of the juvenile justice system on promoting the future normative behaviour of young offenders. From the theoretical perspective of legal socialization and Tyler's process-based model, the aim is to explore and understand young offenders' subjective experiences as they go through the criminal justice process. To this end, the testimonies of 47 semi-structured interviews with juvenile offenders with long criminal records were analysed, 23 of whom were women and 24 of whom were foreigners. Thus, there is a high participation of juvenile offenders belonging to vulnerable groups in the criminal justice system, which is often overlooked in scientific research. The results show that young people can evaluate and make sense of what happens to them as they journey through the juvenile justice system. Their experiences are not clearly positive or negative, but the latter seems to have a greater impact. In general, young people feel very alienated from what happens during the process and are critical of the passive role the system relegates them to and the treatment they receive from legal authorities, which sometimes undermines their dignity. Therefore, it can be concluded from their interactions with the authorities that the process of legal socialization leaves a negative imprint on these young participants, even though most young people perceive punishment as an opportunity in their lives.

Title: Juvenile offenders in the criminal justice system: an opportunity for legal socialization?

-

Palabras clave: socialización legal, justicia procedimental, justicia juvenil, jóvenes infractores, actitudes hacia el sistema penal

Keywords: legal socialization, procedural justice, juvenile justice, juvenile offenders, public attitudes towards crime

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i2.10

-

2.2025

Recepción
22/11/2024

-

Aceptación
31/01/2025

-

Índice

-

1. Introducción

2. Metodología

3. Resultados

3.1. Participación en el proceso

3.2. Comprensión del paso por el proceso

3.3. Experiencia subjetiva de las interacciones con los profesionales

a. Interacciones con la policía

b. Interacciones en el juzgado

c. Interacciones con el abogado

d. El paso por el centro de internamiento

4. Discusión y conclusiones

4.1. El rol del menor en el proceso

4.2. Calidad de las interacciones con las autoridades

5. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

El comportamiento de los jóvenes es una cuestión que genera preocupación social. Con frecuencia el debate público se centra en los hábitos de las nuevas generaciones y el foco suele centrarse en aquellas conductas que generan malestar y/o alarma social. Las conductas antisociales y delictivas están siempre en la diana de ese debate público y, cada cierto tiempo, es frecuente que haya un cuestionamiento de las políticas públicas criminales para jóvenes y menores. La cuestión que planea en este debate es cómo conseguir que los jóvenes tengan un comportamiento normativo y seamos capaces de prevenir la conducta juvenil antisocial y delictiva. Y, aunque no se explicita, la pregunta latente es ¿qué se debería hacer para que los jóvenes conozcan y cumplan las leyes? La investigación científica hace ya décadas que ha tratado de responder a estas preguntas y en muchas instituciones públicas se realiza un trabajo considerable para lograr este fin. En este trabajo se presentan resultados de una línea de investigación del grupo de investigación en Criminología y Delincuencia juvenil de la Universidad de Castilla-La Mancha que trata de comprender el impacto que tiene el trabajo del sistema de justicia juvenil en promover el comportamiento normativo futuro de los jóvenes infractores. Desde la perspectiva teórica de la socialización legal se pretende explorar y comprender cómo es la experiencia subjetiva que viven los jóvenes infractores en su paso por el procedimiento penal y qué influencia puede tener esa experiencia en el proceso de responsabilización y educación que el sistema de justicia juvenil pretende.

A pesar de la preocupación por la conducta delictiva de los jóvenes y del esfuerzo de la academia para explicar por qué los jóvenes se involucran en la delincuencia, lo cierto es que la mayoría de los adolescentes se convertirán en adultos que cumplirán con las leyes y cooperarán con las autoridades legales¹. Esta certeza ha llevado a algunos investigadores a intentar comprender cómo es el proceso por el que las personas aprenden y aceptan las normas sociales. Este proceso se denomina en la literatura científica “socialización legal” e intenta explicar, como en cualquier otro proceso de socialización, cómo las personas aprenden y se adaptan a las pautas de comportamiento de la realidad social en las que van a vivir. En este caso, en el proceso de socialización legal el individuo adquiere las normas, valores, roles, creencias y actitudes hacia las leyes y las autoridades legales². Así, se sabe que desde muy pequeños los seres humanos vamos aprendiendo cómo orientarnos hacia la autoridad y las normas establecidas; primero, en el ámbito familiar donde a los padres les corresponde una labor de socialización informal y, posteriormente, en el ámbito escolar donde los maestros y profesores aparecen como figuras de

* Esther Fernández Molina (esther.fdez@uclm.es). Me gustaría agradecer a todas aquellas personas que han permitido la realización de estas entrevistas, esto incluye a los profesionales del sistema de justicia juvenil que nos ayudaron a reclutar a los participantes, pero muy especialmente desde nuestro grupo de investigación estamos en deuda con estos 47 jóvenes que generosamente aceptaron compartir con nosotras sus experiencias, pensamientos y sentimientos sobre sus vidas que, aunque cortas, han sido complejas y muy duras. Este trabajo ha sido financiado con tres ayudas de investigación: Pocos para que importen: un estudio diferente de la justicia juvenil (PID2020-118151RB-I00) financiado por el Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia e Innovación; Justicia penal para todos. Un estudio del funcionamiento y la accesibilidad de la justicia penal (SBPLY/17/180501/000271) y Convenio con Rights International Spain en el marco de un proyecto de investigación financiado por la Unión Europea dentro del programa Pro Jus denominado “Derechos procesales de menores sospechosos o acusados en procesos penales en la UE” (REF. UCTR150443).

¹ BAZ/FERNÁNDEZ-MOLINA, «An empirical approach to the study of legal socialization in adolescence», *European Journal of Criminology*, 19(2), 2022, pp. 237.

² TRINKNER/COHN, «Putting the “social” back in legal socialization: Procedural justice, legitimacy, and cynicism in legal and nonlegal authorities», *Law and Human Behavior*, 38(6), 2014, pp. 602-619.

autoridad semi informales. Sin embargo, va a ser en la adolescencia cuando ese proceso de socialización legal empiece a cristalizar por dos razones fundamentales³: i) el proceso madurativo a nivel cognitivo facilita que los jóvenes logren una capacidad crítica que conduce al desarrollo de su razonamiento moral y por tanto a su capacidad para comprender el funcionamiento de la sociedad y sus leyes. Así, los adolescentes pueden comenzar a apreciar y valorar el desempeño y proceder de las autoridades legales; y ii) durante la adolescencia los jóvenes empiezan a estar presentes en el espacio público sin la presencia de adultos y comienzan a producirse las primeras interacciones con las autoridades legales como, por ejemplo, la policía. Los jóvenes empiezan a tener unas experiencias directas y/o vicarias que les permitirán ir interiorizando las normas y los valores del sistema legal y adoptando una orientación (positiva o negativa) hacia las autoridades legales.

Al igual que los adultos, se sabe que los jóvenes mantienen un dialogo continuo con las autoridades legales que se va ampliando y enriqueciendo con cada interacción, en donde se van generando unas ideas y unas expectativas de cómo operan dichas autoridades y de cómo hacen uso de su poder para mantener las normas. Como indican BOTTOMS y TANKEBE⁴ los ciudadanos están en un perpetuo diálogo con las autoridades legales sobre su eficacia en la misión que tienen encomendada, su capacidad para mantener la ley (asegurando el Estado de derecho) y cómo lo realizan; en concreto, si aplican procedimientos que los ciudadanos consideran justos. En relación con esto último, se ha demostrado que las personas valoran tanto o más que el resultado, la calidad del procedimiento a través del cual la autoridad legal ha adoptado la decisión. Esto es, los procedimientos son valorados como justos por razones simbólicas y relacionales más que instrumentales⁵.

Por ello, en las últimas décadas ha sido precisamente el cómo ejercen el poder las autoridades legales, el elemento sobre el que se ha puesto el foco de la investigación científica ya que otorga un protagonismo al sistema penal como parte activa del proceso de socialización legal, especialmente, de los más jóvenes. El denominado en inglés como *process-based model of self-regulation* desarrollado por Tom TYLER afirma que, cuando las autoridades penales aplican procesos justos, se ganan el crédito de los ciudadanos como autoridades legítimas. Ese reconocimiento es el que conduce a los ciudadanos a cooperar con las autoridades y a cumplir con la ley⁶. Según TYLER para que un ciudadano considere que un procedimiento ha sido justo deben garantizarse dos aspectos fundamentales: la *calidad de la toma de decisiones* que tiene que ver con la neutralidad y la confiabilidad con que actúan las autoridades al aplicar la ley y adoptar sus acuerdos y la *calidad de trato* que está vinculada con el trato digno y respetuoso que se depara a los ciudadanos y las oportunidades de participación que estos realmente tienen en la toma de la decisión. Mientras la primera dimensión hace referencia a la decisión y a la expectativa de que esta se adopte de manera honesta y de acuerdo con la legalidad, la segunda hace referencia a la dimensión interpersonal que tiene toda interacción con la autoridad, una interacción marcada por la evidente relación de asimetría de las partes. La de la autoridad que aplica la ley, que adopta

³ BAZ, La socialización legal en la adolescencia. Una aproximación empírica al contexto español, tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2017, pp. 20 y ss.

⁴ BOTTOMS/TANKEBE, «Beyond procedural justice: a dialogic approach to legitimacy in criminal justice», *Journal of Criminal Law and Criminology*, 102(1), 2012, pp. 129.

⁵ MACCOUN, «Voice, control, and belonging: The double-edged sword of procedural fairness», *Annual Review of Law and Social Science*, 1(1), 2005, pp. 199.

⁶ TYLER, *Why people obey the law*, New Haven, Yale University Press, 2006.

la decisión o que aplica los castigos y el ciudadano que debe acatar lo que aquella considere más apropiado en el caso concreto⁷.

El autor sostiene que las interacciones con las autoridades se convierten así en experiencias de socialización en donde los ciudadanos adquieren creencias, actitudes y valores hacia la ley y las autoridades, y por ello las denomina *teachable moments*⁸.

Por tanto, si la interacción con la autoridad legal puede ser una oportunidad de aprendizaje y una posibilidad para mejorar la socialización legal, resulta de especial interés explorar cómo son las interacciones con los más jóvenes. Conviene comprender y conocer mejor cómo son los contactos con las autoridades legales, cómo viven los jóvenes que pasan por el sistema penal su experiencia y qué impacto real tienen todas las actuaciones y cómo afectan a la conformación de sus percepciones y actitudes hacia la ley y el sistema. Así, se sabe, de hecho, que los jóvenes son mucho más sensibles a percibir la justicia procedimental que los adultos, puesto que sus expectativas previas son más pobres, esperan poca justicia en sus encuentros con la autoridad⁹, y además son mucho más susceptibles a sentirse al margen de la sociedad adulta¹⁰. No obstante, comparado con la ingente cantidad de evidencia científica acumulada sobre esta cuestión respecto a los adultos, se sabe mucho menos sobre las percepciones de justicia procedimental de los menores; si bien, es cierto que en la última década han aumentado los estudios empleando datos longitudinales¹¹ y cualitativos¹². En España las pruebas científicas al respecto son limitadas¹³. Como se decía más arriba, el grupo de investigación en Criminología y Delincuencia juvenil de la Universidad de Castilla-La Mancha inició en la pasada década una línea de investigación sobre las percepciones de los jóvenes hacia las autoridades legales, policía¹⁴ y

⁷ FERNÁNDEZ-MOLINA, «A propósito de la justicia procedimental», en MUÑOZ SÁNCHEZ/GARCÍA-PÉREZ, CEREZO DOMÍNGUEZ/GARCÍA ESPAÑA (dirs.), *Estudios Político Criminales, Jurídicos Penales y Criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1724.

⁸ TYLER/FAGAN/GELLER, «Street stops and police legitimacy: Teachable moments in young urban men's legal socialization», *Journal of Empirical Legal Studies*, 11(4), 2014, pp. 751-785.

⁹ GRANOT/TYLER, «Adolescent cognition and procedural justice: Broadening the impact of research findings on policy and practice». *Social and personality psychology compass*, 13(10), e12503, 2024, pp. 4.

¹⁰ MURPHY, «Does procedural justice matter to youth? Comparing adults' and youths' willingness to collaborate with police», *Policing and Society*, 25(1), 2015, pp. 54. Véase también WOOLARD/HARVELL/GRAHAM, «Anticipatory injustice among adolescents: age and racial/ethnic differences in perceived unfairness of the justice system», *Behavioral Sciences & the Law*, 26(2), 2008, pp. 221.

¹¹ Entre otros RAY, «Examining differences in the effect of vicarious and personal procedural justice on legal orientations and offending across race/ethnicity among a sample of serious juvenile offenders», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 67(10-11), 2023, pp. 1139-1157. Véase también CAVANAGH/LABERGE/CAUFFMAN, «Attitudes toward legal actors among dual system youth», *Journal of Social Issues*, 77(2), 2021, pp. 504-527.

¹² DE BOER/TESTÉ/GUARNACCIA, «How young offenders' perceive their life courses and the juvenile justice system: A systematic review of recent qualitative research», *Adolescent Research Review*, 8(2), 2023, pp. 137-158.

¹³ Véase ACHUTEGUI OTAOLAURRUCHI, «Justicia procedimental aplicada. Efectos de la interacción entre menores y policía», *Boletín Criminológico*, 22, 2016, pp. 1-10. CASADO PATRICIO, *Aproximación criminológica a los menores extranjeros en situación de calle: confianza en las instituciones de protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 y PÉREZ JIMÉNEZ/BECERRA MUÑOZ/AGUILAR CONDE, «Cómo perciben los menores infractores la justicia que se les aplica: un acercamiento desde la justicia procedimental», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 16, 2018, pp. 1-26.

¹⁴ BAZ/FERNÁNDEZ-MOLINA, «Process-based model in adolescence. Analyzing police legitimacy and juvenile delinquency within a legal socialization framework», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 24(3), 2017, pp. 237-252. Véase también BAZ/FERNÁNDEZ-MOLINA, «An empirical approach to the study of legal socialization in adolescence», *European Journal of Criminology*, 19(2), 2022, pp. 237-258.

juzgados de menores¹⁵, que se completa ahora con la presentación en este trabajo de hallazgos cualitativos que permiten profundizar en su comprensión.

2. Metodología

En este trabajo se ha empleado metodología cualitativa en tanto que interesa comprender cómo es la experiencia subjetiva de los menores en su paso por el sistema de justicia juvenil (cómo lo han vivido y sentido), y cómo expresan ellos esta vivencia personal. En concreto, el trabajo se ha desarrollado a través de tres investigaciones distintas que han utilizado la entrevista semiestructurada y una modalidad de la historia biográfica como técnicas de recogida de la información. Aunque cada una de ellas tenía objetivos específicos diferentes, todas comparten un objetivo general común y responden a una pregunta idéntica ¿cómo ha sido tu experiencia concreta en el paso por el sistema de justicia? A todos los participantes se les ha interrogado por las posibilidades de participación que han tenido, si han comprendido lo que los profesionales querían transmitirle y cómo valoran subjetivamente su experiencia concreta, cómo se han sentido y cómo les han tratado los profesionales a lo largo del procedimiento. La primera investigación se realizó en los meses de mayo y junio de 2016 en el marco de un proyecto europeo comparado en el que se entrevistó a 15 menores extranjeros que habían pasado por el sistema de justicia juvenil español por la comisión de algún hecho delictivo. Para aquellos participantes extranjeros que no tenían suficiente competencia lingüística la entrevista se realizó con apoyo de un intérprete. Es la única de las investigaciones cuyos resultados han sido parcialmente publicados¹⁶, el resto son investigaciones inéditas.

La segunda investigación se realizó entre enero de 2021 y junio de 2022 en el marco de un proyecto que explora los problemas de acceso a la justicia penal de algunos colectivos vulnerables. En este caso se entrevistó a 12 menores infractores que en ese momento estaban cumpliendo medidas de internamiento o de libertad vigilada.

Por último, la tercera investigación no ha finalizado todavía, pero desde marzo de 2022 a marzo de 2024 se ha entrevistado a 20 chicas que han pasado por el proceso por la comisión de un hecho delictivo. Excepto 3 de ellas que estaban cumpliendo una medida de libertad vigilada, el resto se encontraban internas cumpliendo una medida privativa de libertad en diferentes regímenes (semiabierto, cerrado y terapéutico). En esta investigación se han llevado a cabo entrevistas biográficas para las que se ha utilizado la técnica “cómo si fuera una película” siguiendo el procedimiento descrito por CANTER y YOUNGS¹⁷. Básicamente, lo que se ha hecho ha sido sugerir a las menores participantes que piensen en su vida, especialmente su “vida judicial” como si fuera una película o una serie. Además, se ha empleado el calendario de eventos¹⁸ que facilita el recuerdo secuencial y jerárquico de eventos. Esto es, ayuda a poner en orden su historia, y en especial su historia judicial que en algunos casos es muy amplia.

¹⁵ FERNÁNDEZ-MOLINA/BERMEJO/BAZ, «Percepciones de los jóvenes infractores sobre la justicia de menores», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 16, 2018, pp. 1-25.

¹⁶ FERNÁNDEZ-MOLINA/VICENTE/TARANCÓN, «Derechos procesales de los menores extranjeros: un estudio de su aplicación práctica en la justicia penal», *InDret*, 17(2), 2017, pp. 1-35.

¹⁷ CANTER/YOUNGS, *The Howard Journal of Criminal Justice*, 54(3), 2015, pp. 219-236.

¹⁸ CASPI/MOFFITT/THORNTON/FREEDMAN/AMELL/HARRINGTON/SMEIJERS/SILVA, *International Journal of Methods in Psychiatric Research*, 6, 1996, pp. 101-114.

La integración o triangulación de estas diferentes fuentes de información ha sido relativamente sencilla, ya que se comparte la misma unidad de análisis (menores infractores) y se han recogido con la misma técnica (la entrevista). Además, como se decía, a todos los menores se les ha interrogado por cuestiones parecidas y, aunque en cada investigación las entrevistas se centraban de manera prioritaria en temas distintos, la realidad social objeto de estudio se ha abordado desde una perspectiva teórica y ontológica común lo que ha permitido una fácil integración de todos los datos¹⁹.

En total, se dispone de los testimonios de 47 menores, 23 varones, 23 mujeres y 1 menor de edad transgénero, 24 extranjeros y 23 nacionales. Por tanto, no se trata de una muestra que represente el perfil del menor infractor en la justicia juvenil (varón nacional) ya que deliberadamente se ha perseguido disponer también de las percepciones de menores que pertenecen a colectivos vulnerables, frecuentemente obviados en las investigaciones científicas. El género de cada participante se identificará con las letras M, Mu y Mt y la condición de extranjería añadiendo “_e” después del número de participante. De esta manera se puede valorar la interseccionalidad. Sus perfiles delictivos son variados, la gran mayoría tienen una historia criminal versátil y ha pasado más de una vez por el proceso. Todos ellos han cumplido al menos una medida judicial por lo que su experiencia con el sistema abarca todo el procedimiento y todos los participantes han interactuado con todos los agentes del sistema penal juvenil. La mayoría tiene un largo historial delictivo que les permite acumular numerosas interacciones.

Para realizar el análisis de todas estas entrevistas se siguió el método de análisis temático²⁰. En primer lugar, se transcribieron las entrevistas y se hicieron varias lecturas del contenido, anotando las primeras líneas generales. En segundo lugar, se codificaron y recopilaron los aspectos más relevantes surgidos del material de las entrevistas para seguidamente elaborar un “mapa” temático del análisis (se agrupó el contenido por temas y subtemas relevantes). En tercer lugar, se analizó detenidamente cada tema, aportando las definiciones y las ideas que cada entrevista generaba sobre el mismo. Por último, se seleccionaron y analizaron los fragmentos de los textos seleccionados para extraer las citas más oportunas utilizadas en la redacción. Para mostrar la prevalencia de los temas, se han utilizado los descriptores recomendados por los autores de *todos*, *muchos* o *algunos* participantes, y excepcionalmente se ha realizado alguna referencia numérica.

En las tres investigaciones se ha puesto especial cuidado en las cuestiones éticas porque se trata de colectivos especialmente vulnerables, menores bajo la intervención del Estado. Por ello, se puso especial cuidado en explicar de manera clara y comprensible para ellos las condiciones de su participación y se recabó su consentimiento informado empleando documentos adaptados para ellos. Se les informó de que podían parar o abandonar la entrevista en cuanto quisieran y se prestó mucha atención al lenguaje no verbal y a cualquier manifestación de incomodidad. Los datos personales de los participantes han sido seudonimizados y han sido almacenados de manera segura para garantizar el anonimato y confidencialidad de todos ellos. La segunda de las investigaciones fue sometida a la aprobación del Comité de Ética de la Investigación Clínica de la Universidad de Castilla-La Mancha (2019/04/046, resolución 27 mayo de 2019) y la tercera al

¹⁹ MASON, *Qualitative researching*, Sage Publications, 2002.

²⁰ BRAUN/CLARKE, «Thematic analysis», en COOPER/CAMIC/LONG/PANTER/RINDSKOPF/SHER (eds.), *APA handbook of research methods in psychology, Vol. 2. Research designs: Quantitative, qualitative, neuropsychological, and biological*, American Psychological Association, 2012, pp. 57-7.

Comité de Ética en Investigación Social de la Universidad de Castilla-La Mancha (CEIS-629207-L6H5, resolución 25 de febrero de 2022).

3. Resultados

En este apartado se exponen los resultados obtenidos en el análisis de las tres fuentes de información. La exposición se realizará atendiendo a los tres temas centrales por los que se interrogó a los jóvenes: i) qué posibilidades de participación han tenido a lo largo del proceso, si sienten que su voz ha sido escuchada y/o tenida en cuenta, ii) si han comprendido lo que los profesionales decían a lo largo del procedimiento y iii) cómo les han tratado los profesionales y cómo se han sentido.

3.1. Participación en el proceso

Todos los participantes informan sobre las dificultades o la imposibilidad para participar en el proceso, especialmente en el juicio que es el momento más propicio para que los menores cuenten su versión de lo que ha ocurrido. Algunos de los chicos y chicas entrevistados manifiestan abiertamente que querían “*contar lo que había pasado*” (Mu18) y demandan “*dialogar [...] y contar la historia como pasó de verdad*” (M22), “*que no sea su palabra contra la mía*” (M19). A pesar de ello, la mayoría consideran que no han podido hacerlo, “*al final el que habla es tu letrado ¿sabes?*” (Mu42). La frase “*no pude hablar*” se repite en casi todos los testimonios y algunos muestran verdadero enfado por ello:

“el día del juicio no me dejó contarle nada. No me dejó hablar nada. “Ya está, listo pa sentencia” y ya está. Solo se vio el hecho y no se me dejó explicarme, ni nada, es que no se me dejó hacer nada. Entonces me quedé, claro, así en plan ‘bueno pues nada, venimos pa ná’” (M22).

“y a veces intentas hablar no sé que y, por favor cállese, ¿sabes? Y te quedas joder...” (Mu11_e)

“¿por qué yo sí puedo escucharlos a ellos y ellos no pueden escucharme a mí, ¿por qué?” (M12_e)

El enfado a veces se canaliza de otra manera y ante la imposibilidad de poder contar su versión de los hechos en fases previas del proceso, cuando llega el juicio, no hablan. Un participante lo explica de esta manera: “*estaba enfado ¿sabes?, ahí llevábamos mucho tiempo, meses... 3 meses cautelar ¿entiendes? Estaba muy rayao no he querido responder nadie ¿sabes?*” (M15_e) y aunque es extranjero y se expresa con limitaciones explica: “*si he hecho la causa no pasa nada, voy a condenar y no me voy a enfadar, porque he hecho yo. Hay causas que no he hecho yo y me he comido*” (M15_e). Se ejemplifica aquí la percepción que tienen algunos de los jóvenes entrevistados en relación con la práctica de los acuerdos de conformidad que muchos participantes viven negativamente, porque los comprenden mal, les impiden contar su versión de los hechos y les fuerza a reconocer hechos que no siempre realizaron. Esto es, los acuerdos de conformidad impiden que se pueda matizar en lo que sí o no participaron los jóvenes acusados y muchos sienten que pagan por lo que han hecho, pero también por cosas que no han hecho y lo viven con una gran sensación de injusticia (M8_e, M10_e, Mu11_e, M12_e, M15_e, M20, M25, M26, M27_e, Mu30, Mu36_e).

Esta manera de resolver los procedimientos por acuerdo se caracteriza, además, por su gran rapidez, lo que desconcierta a muchos de los jóvenes entrevistados que, cuando relatan su primera experiencia en un juicio, manifiestan la sorpresa que les generó que todo sucediera tan rápido (Mu11_e, M13_e, M14_e, M19, M22, M25, M26). Una participante lo relata así:

“la primera vez que fui a un juicio fue nada, entrar y salir, no me lo imaginé así para nada. Pensaba que tardaban y no. Pues tu señorita tienes tal causa, te conformas ¿sí o no? Si dices no, pues te dicen adiós y hasta el día del juicio. Si dices sí, pues ya está, te comes lo que hay, no puedes hablar, ni explicar, no puedes hacer nada” (Mu11_e).

Pero los entrevistados señalan también otras razones que impiden la participación y algunos reconocen que fue el estado en el que ellos se encontraban lo que les llevó a una actitud pasiva. Los nervios se presentan como un impedimento importante (M2_e, M3_e, M4_e, M7_e, M13_e, M14_e, M16, M17, M19, M20, M21, M22, Mu24, M25, M26, Mt29, Mu36_e, Mu40, Mu45, Mu46) no solo para participar sino para ser consciente de todo lo que está pasando “yo de tal miedo que tenía, pensaba en mis cosas y ahora que me van a hacer algo, ahora no sé qué, no escuchaba lo que decía el fiscal” (M7_e). Algunos de ellos explican que la falta de conocimiento y experiencia sobre lo que iba a ser el juicio incrementaba su ansiedad “me sentí nervioso, porque no sabía ni cómo iba a ser la jueza. Ni tampoco las preguntas que me iba a hacer” (M26) y temieron decir algo inconveniente (Mu40, Mu46). Por ello, varios participantes han manifestado que al final en el juicio se limitan a decir “sí” o “no” o “no me acuerdo” (M26, en el mismo sentido M20, Mu24) y se lamentan, como esta joven, por “no haberme explicado mejor, no decir palabras como “sí”, “no”, “vale”, porque significa como que me da igual todo...” (Mu40) confirmando que esa incapacidad de dar más detalles, acabó generando mucha tensión en la sala “la jueza se puso como más enfadada y pues empezó a hablar más mal” (Mu40). Uno de los participantes manifiesta lo complicado que fue para él dar detalles precisos de algo que había sucedido hacía tiempo:

“...éramos chiquillos, pues tampoco estamos muy pendientes de cuándo sucedió, y fue unas preguntas que, la verdad, no fueron claras para nosotros porque decían “el día tal, tal, tal” Y nosotros diciendo, es que no sé qué día es. Yo no sé si fue en ese o fue en otro. porque tampoco estás al tanto [...]. Yo tampoco quería decir mucho, “no me acordaba” porque era como, para mí era como muy sospechoso decir todo el rato “no me acuerdo”, “no me acuerdo”, “no me acuerdo” [...] intenté darle la mejor explicación que yo pude” (M26)

Otro manifiesta que no sabe por qué al final acabó cediendo:

“me estuvo hablando y me dijo que me tenía que conformar que, si no me iban a añadir más, más meses de libertad vigilada [...] entramos a juicio y yo al principio, cuando me preguntaba que si estaba conforme. Le dije que no, porque yo no estaba conforme. Pero bueno, yo ya no sé qué pasó. Me dijo que estaba conforme ¿sí o no? y dije que sí y ya está. Ahí se quedó [...] No debería, ¿sabes? conformar, como me conformé” (M25)

En otras ocasiones no son nervios sino una actitud apática “si te soy sincera yo en ese momento como que ni le prestaba atención ¿sabes? Me daba igual todo lo que me dijese, yo iba un poco por ir ¿sabes?” (Mu23_e, también M3_e), incrédula “es que a veces el juez, cuentas tu versión y no te hacen caso ¿sabes?” (M6_e), “le entraba por un oído y le salía por el otro [...] se ve, cuando una persona está atenta a otra cosa y a lo que tú comentas no” (M2_e) o resignada la que lleva a los jóvenes a

considerar que su participación importa poco *“pude habérselo contaó porque me preguntó, pero no quise porque sabía que iba a dar igual”* (M20). Este comentario es de un participante con más experiencia que expone que el día del juicio además no estaba en condiciones *“estaba cansao, tenía resaca, era en plan de todo, en plan de agobio”* (M20). Algo que en los juicios en los que se adopta una medida cautelar parece que sea más probable que ocurra *“estábamos de fiesta también y... esos dos días ahí en... en el calabozo, tampoco me cayeron bien”* (M2_e).

Por último, uno de los entrevistados demanda también una actitud de escucha por parte de los profesionales y así ante la pregunta de ¿qué hubieras necesitado para estar mejor en el proceso? reclama *“comprensión, yo me sentía como ... ignorado, no no... no puedo hablar con una persona que no me haga caso”* (M2_e, también Mu45). En este sentido, los participantes expresan de manera abierta que no perciben una actitud de escucha por parte de los profesionales y realizan comentarios en este sentido:

“tampoco me hizo mucho caso, tampoco se le veía muy entusiasmado al escucharme”
(M19)

“en algunos procesos me tomaban en serio, y algunos notaba [...] cachondeo” (M12_e)
“yo la sensación que me dio es que estaba deseando que acabase” (M26)

Una de las entrevistadas preguntada por si el juez le había dado la oportunidad de participar, si se le había preguntado si tenía algo más que decir, comenta lo siguiente:

“es que eso realmente es como que no te deja hablar ¿sabes? Es como...es como ¿me tienes que replicar algo tu a mí? ¿tú a mí? Con todo lo que llevo [...] Lo percibes como cuando estás en los matrimonios, en los votos y alguien dice: “¿alguien no está de acuerdo?” ¿me entiendes? [...] Es lo mismo. Imagínate que yo no estoy de acuerdo, no te voy a decir en la ceremonia que no estoy de acuerdo porque te faltó al respeto ¿no? Esto es lo mismo” (Mu42)

3.2. Comprensión del paso por el proceso

Como se ha indicado, buena parte de los entrevistados son chicos o chicas extranjeros, algunos con serias limitaciones con el idioma. De hecho, como se ha indicado, algunas entrevistas tuvieron que realizarse con ayuda de intérprete ante los evidentes problemas de comunicación que experimentó el equipo de investigación. Estos menores explican la dificultad de pasar por un proceso sin conocer la lengua vehicular. El primer problema es que no se llama siempre al intérprete y, aunque las dificultades lingüísticas son evidentes en las entrevistas, algunos de los participantes comentan que los profesionales cuestionan esta incompetencia. Un joven lo relata así:

“De entender un 30%. No podía hablar [...] Cuando me detuvieron yo decía que soy rumano, pero ellos decían que no, que entiendo, que entiendo, que no quiero yo hablar [...] no tengo ni idea de español sabes, porque llevo un mes [...] Y ellos que no, que tú sabes, que no quieres decir... Pero bueno, se han dado cuenta después de dos días, tres días que no sé nada” (M4_e, también M27_e, Mu39_e)

Cuando llega el intérprete los trámites procesales pueden realizarse, pero los jóvenes comprenden poco porque el paso por el proceso es novedoso y desconocido para ellos. Para

muchos porque acaban de llegar al país y es imposible entender lo que les está sucediendo “cuando cometí delito no hablaba español, no hablaba nada el español ... Yo no entendía nada, yo la palabra conformar no sabía qué significa” (M21_e), “yo no sabía hablar español y mi tía tampoco [...] Ese día si vino el traductor ... pero yo no me he enterado de lo que pasó, hasta en el centro. Yo no te miento. Hasta ... Hasta que pasó un tiempo en el centro” (M27_e). Otros menores extranjeros relatan lo mismo que este participante, que comprenden lo que realmente ha pasado y las consecuencias de ello cuando llevan tiempo ingresados en un centro de internamiento “yo no he entendido nada hasta que me he encontrado en el centro serrao [...] el fiscal no sabía quién es [...] qué significa el fiscal hasta que entré a un centro serrao y ahora vas sabiendo” (M14_e). En este sentido, algunos de los entrevistados comentan que son los técnicos que llevan a cabo la ejecución de las medidas a quienes corresponde ir explicando poco a poco todas las lagunas. Así lo relata este participante:

“al principio no entiendes mucho dices, ¿sabes? Te dice, tienes esto, por ejemplo, seis meses de cerrado, ¿dices que es eso, sabes? No entiendes nada, luego empiezas a hablar con la del equipo técnico, la del equipo técnico es la que te va explicando cómo va todo” (M9_e).

Además, habría que recordar que el lenguaje empleado en el sistema penal es técnicamente complejo “hablan de otra forma, como más difícil, no le entendía y tenía miedo de eso” (M7_e, Mu39_e) “que hay cosas que hablan ahí como hablan ellos que no sé, no le entiendo” (M12_e), “hablan un idioma que uf... son muchas palabras, muy cultas y así” (Mu11_e). Esta menor relata muy gráficamente la incomprensión que generan el uso de palabras técnicas:

“el otro día me llegó un papel que ponía, eh... una causa te queda sobreseída, pos yo no entendía; y es archivada. Claro pues que me pongan archivada, no sobreseída [...] Es que hasta mi tutora lo leyó y dice no entiendo, tuvo que llamar al coordinador para decir que pone aquí no sé qué, y él nos dijo pues que la causa está archivada en pocas palabras... y un papel entero” (Mu11_e).

Y aunque la incomprensión es, evidentemente, la tónica general entre los menores extranjeros que pasan por el sistema y dedican parte de la entrevista a explicar los problemas que ello les generó, los participantes nacionales también tienen dificultades para entender “al principio, cuando habla [se refiere a ella en tercera persona] con su abogado, no entiende nada, porque... son palabras que nunca ha escuchado, comparecencia, letrado, entonces se pierde” (Mu47), “sinceramente yo no sabía qué era ese juicio” (Mu24, en términos similares también M20, Mu42) y los que comprenden algo más, reconocen que fue necesario que les explicaran algunas cosas “entendía las preguntas que me hacían, hubo alguna otra que no entendí del todo, pero me la explicó incluso antes de yo preguntar” (M26, en el mismo sentido Mu40). Además, los participantes españoles viven episodios de confusión semejantes a los que han relatado los jóvenes extranjeros. Dos son las confusiones más comunes entre los entrevistados nacionales. La más frecuente se ha comentado en el apartado anterior y tiene que ver con la conformidad “yo lo que no entendí muy bien fue cuando me dijo que si me conformaba” (M17, también Mu24, M25, Mu45) Finalmente, algunos jóvenes que han estado en centros de protección no advierten que están en un proceso penal y descubren tarde que donde van es a un centro de reforma “y dije será un centro de estos típico de protección, pues no, no era un lugar de protección” (Mu18, también Mu33, Mu42).

Sin embargo, a pesar de no entender, si son interrogados por el juez o por cualquier otro profesional si han comprendido, ellos asienten y dicen que lo entienden todo *“te hablan como en castellano antiguo de ese y con 14 años pues yo no entendía lo que me estaba diciendo ¿sabes? [...] Y, al final te dicen: “¿Lo entiendes?” y tú dices: “Sí, sí”, pero porque te da miedo, no por otra cosa”* (Mu44).

En definitiva, los entrevistados relatan evidentes dificultades de comprensión que no han sido atendidas y esto genera malestar entre los jóvenes. Este participante se lamenta en estos términos *“si no sabes nada de lo que están hablando y lo que están hablando ... Lo que te van a echar o qué has hecho o cómo te miran, ..., (suspira) si no sabes nada de eso, ¿cómo te vas a defender?”* (M27_e). Y algunos piensan que si les volviera a pasar actuarían de otra manera *“era mi primera vez y tal [...] sin saber nada, a lo mejor ahora mismo, si yo tengo un juicio, sé que me tengo que preparar bien con mi abogada y sé que, si no estoy de acuerdo en algo con mi abogada, se lo voy a decir. Pero... no tenía ni idea”* (Mu45, también Mu40).

3.3. Experiencia subjetiva de las interacciones con los profesionales

Como se indicaba en el apartado de metodología, casi todos los jóvenes que han sido entrevistados tienen un amplio historial de interacciones con el sistema penal, por lo tanto, no hablan desde una experiencia esporádica, sino que acumulan contactos frecuentes y continuos con diferentes autoridades legales. A continuación, se presentan los resultados obtenidos diferenciando entre policía, tribunales, abogados y los técnicos de los centros de internamiento.

a. Interacciones con la policía

La visión más negativa la muestran respecto a la policía que es con quien más interacciones han tenido. La gran mayoría han sido objeto de identificaciones frecuentes y han sido detenidos e investigados por las diferentes fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Y, aunque matizan que no todos son iguales, *“que hay agentes buenos y agentes malos”* (M19, en el mismo sentido también Mu30e, Mu31, Mu38, Mu45, Mu46), todos tienen experiencias de trato hostil. Los testimonios de trato negativo se repiten en las entrevistas *“son duros, y hay algunos que no te respetan [...] te miran de mala cara”* (M8_e, en términos similares Mu30, Mu35_e_r, Mu36_e_r, Mu38, Mu47). Tienen una actitud chulesca (Mu36_e, Mu39_e) y son despectivos *“me miraban por encima de hombro... tú eres una yonki y no eres nada”* (Mu11).

No obstante, también reconocen que han recibido buen trato de otros policías. Para ellos el trato bueno supone preguntarles cómo están (Mu36_e), si necesitan algo (Mu36_e, Mu38), escucharlos, que les ayuden a calmarse (Mu42).

De las entrevistas se deduce que los comportamientos violentos por parte de los agentes son, sorprendentemente, frecuentes. Estos son algunos testimonios:

“alguno te agrede, yo que sé, se le va la mano” (M2_e), *“te llevan, te dan cuatro hostias [...] a veces te estampan”* (M9_e), *“a mi amiga le metieron un bofetón y la tiraron al suelo y a mí me dieron un empujón y me tiraron también al suelo”* (Mu40). Y a algunos jóvenes estos comportamientos les sorprenden y les afectan negativamente *“como de película, ahí con la cara en el suelo, las manos pa’tras y yo me asusté un montón [...] era de mis primeras detenciones”* (Mu11_e), *“me agarraron de la camiseta de muy malas*

maneras. A mi amigo le metieron de golpe en plan sin preocuparse [...] en el coche [...] entonces ya me preocupé, yo era un menor haciendo un delito que tampoco era una grave infracción” (M26).

Algunos de los entrevistados reconocen que “ellos [la policía] tienen el poder” (M2_e, igual M26, Mu39_e, Mu45) y que hay poco que hacer “te dan dos hostias, te aguantas y ya está” (M20), “¿qué le voy a decir No me pegue señor no me pegue? [...] yo era un niño ¿sabes?” (M2_e), “son gente superior que por mucho que yo haga, tienen ellos la palabra” (Mu46). Una entrevistada muestra un peculiar punto de vista al respecto “yo siempre he dicho que en el momento en el que tú estás con la policía eres su prostituta, tú dices lo que, o sea, tú haces lo que él dice y punto, y no replicas, no puedes decirle nada” (Mu31). No obstante, no todos los participantes lo ven igual y algunos son muy críticos:

“...si están para poner el orden, no entiendo que a un menor le agarren de la camiseta y estén a punto de partírsela y tratar tan mal a otro” (M26), “el adulto eres tú, no te vas a bajar tu a la altura de un niño y que, además, la violencia no se para con violencia” (Mu46).

De las entrevistas se infiere además que las experiencias de los jóvenes en sede policial están cargadas de tensión y que el contexto es violento también porque los jóvenes están en ocasiones muy violentos: “me querían coger, no le deje que me cogieran [...] me hice así pa’tas, le di un cabezazo aquí [se señala] sin querer, el policía empezó a cogerme del cuello pa tirarme al suelo, le mordí la mano pa que me soltara” (M12_e, experiencias similares M9_e, Mu28, Mu33, Mu39_e, Mu41, Mu42) y además bajo el efecto de las drogas como el episodio que relata este participante (también Mu38, Mu42):

“en el momento que me detuvieron ya se liaron conmigo a pegarme [...] ¿Qué voy a hacer si estaba ya en el suelo ya esposao y to, no podía hacer na [...] en la comisaría pos como iba bajo los efectos del alcohol [...] pfff la verdad es que no, no pensaba. Y ya me puse en la comisaría a insultar a los nacionales y me metieron una salita super chiquitita y ahí me sentaron en una silla con las manos atás, esposás y me dieron un par de galletones que flipé en colores [...] me tuvieron esposao cerca de cinco horas... pero porque tenía bastante agresividad yo, estaba pues agresivo. Yo soy un chico que cuando bebe se pone muy agresivo” (M20)

De igual modo, las experiencias bajo custodia policial se viven muy mal emocionalmente, especialmente las primeras veces, “las primeras veces sí que impacta” (Mt29, también Mu28, Mu40). Les impresiona todo el ambiente de la comisaría y la cantidad de gente que hay trabajando y moviéndose de aquí para allá “te quedas ahí quieto, inmo o sea paralizao, ves a muchos agentes [...] te meten en comisaría y está ahí una manada de policías [...] te sientes muy intimidao, la verdad” (M3_e, también Mu40). También la situación de encierro es una experiencia desagradable que genera mucho malestar, “empiezo a llorar, empiezo a gritar, quiero hablar con mamá” (M5_e), “muy agobiada...estaba todo mu, mu cerrado, sin ventanas [...] No sé, era muy incómodo estar allí la verdad” (Mu18, también Mu41), “toda la noche pensando qué van a hacer conmigo” (M13_e) y se narran situaciones en ese contexto en las que no se sienten bien tratados:

“te tratan mal [...] te shillan” (M15_e)

“en la GRUME dentro ya en el calabozo y pides ir al baño o lo que sea, pues te dicen que no grites, que eres un hijo de puta y te insultan y te tratan mal” (Mu40)
“yo me los imaginaba amables [...] pondría [...] que estuviese algún hijo suyo también en los calabozos y que supieran lo que es, que un hijo suyo pase una noche en los calabozos [...] para que se diera cuenta de que todo el mundo es persona, que ninguna persona es peor por estar en un calabozo [...] no porque estés en un calabozo tiene que ser un perro [...] cuando me metieron esas dos noches, ya me di cuenta de que tenía que ser mala con todo el mundo, a los policías les escupía, les insultaba, les decía de to [...] les tirábamos piedras” (Mu28)

Cuando se les pregunta que les hubiera gustado qué hubiera ido de otra manera, es frecuente aludir al comportamiento de la policía y demandan un trato más respetuoso *“hay formas y formas de hacer las cosas” (Mu46)* y que no se les prejuzgue tanto *“te juzgan mucho” (MU47)*, *“vale que nosotros seamos sospechosos [...] pero no me gustó nada por las maneras que fuimos tratados [...] está bien que si has intentado... huido o ha agredido a alguien... pero si no [...], pues no entiendo por qué tienen que ser así” (M26, también M8_e, M9_e, M12_e, M15_e).*

b. Interacciones en el juzgado

En el apartado 3.1. ya se ha hecho alusión a las percepciones que tienen los participantes sobre el juicio y lo que pudieron o no compartir con la sala. No obstante, los entrevistados informaron también sobre lo que supuso para ellos estar en un juicio y sus opiniones se muestran en este apartado.

Como también se señaló en relación con las detenciones en sede policial, las primeras veces en el juzgado parecen dejar en ellos un recuerdo especial o más significativo porque algunos hacen mención expresa a esa primera vez señalando su sorpresa *“la primera vez entras a la sala y dices: ¿qué es esto?” (Mt29)*, *“es muy duro” (Mu47)* y relatan el desconcierto o la falta de comprensión de lo que estaba sucediendo *“el primer juicio que tuve dije: ‘bueno’, es que... es una cosa nueva, y entonces no te enteras mu bien” (M20, también Mu18).* Como en el caso anterior, hay jóvenes que perciben hostilidad por parte de jueces y fiscales:

“los jueces sí que es verdad que me parecen un poco bordes, todos, todos, no hay ni uno majo, todos son como muy bordes, muy secos, que quieren que les resumas todo lo que ha pasado en menos de una hora y que lo digas claro, que lo digas claro y súper recto” (Mu31)

“hubo una fiscal. No me acuerdo como se llama, peroooo no tuvo buen trato conmigo. Recuerdo yo de llegar esposao y, claro, allí en el juicio te quitan las esposas, pues dijo que por qué me quitaban las esposas de malas maneras, que por qué me tenían que quitar las esposas” (Mt29)

Tras el análisis de los relatos se advierte que la experiencia es narrada de dos formas totalmente distintas por los participantes. Por un lado, unos manifiestan ansiedad por estar delante de un juez *“cuando vengo aquí a dirección del centro ya estoy nerviosa, así que imagínate hablar con un juez, ¿sabes?” (Mu24)*; e incluso expresan el miedo que sintieron, especialmente por la incertidumbre de cómo se iba a resolver el proceso (Mu45, M20, M21_e, M26) o si estaban tomando las decisiones correctas:

“tenía miedo, no sabía que iban hacer conmigo” (M13_e)

“hablaba muy rápido, entendía un poco una palabra en español, pero cuando ha empezado a hablar he pensado: ¿qué habla?, tengo miedo” (M4_e)

“yo tenía un bucle en mi cabeza, yo solamente pensaba en ¿estaré haciéndolo bien?, ¿estaré poniéndome en el lugar correcto?, ¿estaré haciendo bien, conformándome con todo lo que me están pidiendo?” (Mu23_e)

Y, por otro lado, otros participantes explican que, especialmente, al principio no pensaban que la cosa iba tan en serio y/o que a ellos les daba igual lo que pudiera pasarles (Mu45):

“mi primer juicio de verdad, yo me reía, yo pasaba de to, a mí nunca me van a encerrar no se qué [...] y al revés, me equivoqué [...] al paso del tiempo he acabado aquí” (Mu28)
“estaba asustada [...] Como que siento que lo he hecho mal, pero a la vez no, como que me da un poco igual haberlo hecho mal, porque siento que es lo que tenía que hacer” (Mu47)

“tan estricto que...joer, que te tengas que levantar a un micrófono como si estuvieras aquí en, yo que sé, que hayas matado a alguien...pues la verdad es que eso también te hace sentir incomodo ¿sabes? Que te traten igual, como si hubieras matado a alguien [...], porque la sala y todo está compuesto así, pero es que no sé, es como hacer a la persona de menos” (Mu46)

“[Recuerda] estar riéndome y insultando a la jueza [...] mira esta vieja que ya me, ya me está poniendo la mierda de la condena esta. Siempre decía esto, le decía: ‘¿qué haces? que parece que vas disfrazada’, en plan, me reía de ella pues con lo primero que viese” (Mu34)

De igual manera, la interpretación de los tiempos que se viven en esta fase procesal es interesante. Por un lado, los juicios llegan después de un tiempo, tanto que incluso a veces no saben por qué delito van a cada juicio (Mu24, M26, Mu46), y que la respuesta llegue tarde, lo viven mal. Una participante lo narra así:

“la putada de todo esto es que tarda mucho [...] tú lo haces [...] a lo mejor, te viene el año que viene y es que, luego, entre el tiempo que pasa hasta que te ... hasta que se da el juicio” (Mu30_e, también M17, M19)

Pero, por otro lado, esta larga espera no solo es para que tenga lugar la audiencia, sino que el día del juicio toca una larga espera en los pasillos (Mu18, Mu24), para que luego el juicio sea muy, muy rápido como relataban en el apartado 3.1. En otras ocasiones, la espera se produce después cuando el juicio acaba y los tienen que llevar al centro *“luego me hicieron esperar para traerme aquí, entonces ahí sí que tuve que esperar bastante” (Mu23_e)*.

Finalmente, muchos relatan que cuando oyen en el juicio el tiempo que tendrá la condena se desmoronan porque lo ven muchísimo *“cuando me dice los seis meses he empezado a llorar ahí mismo” (M13_e, también M20)*, *“me ha dichoooo el juez: ‘ya sabes que vas a estar 3 años ahí ¿no?’*. *Me ha dicho: ‘intenta cambiarte, tal’. Yo cuando escuché tres años (risa nerviosa) casi se me para el*

corazón [...] cuando escuché tres años tenía ganas de llorar, las lágrimas se me bajaban solas” (M27_e) y algunos lo perciben como excesivo para el delito que cometieron:

“me pedía un año, no, diez meses cerra, diez meses cerra por un hurto, y yo me quede... no ¿Por qué? Si no es robo con violencia, no le he pegao, no le he intimidao ni nada, es un hurto solo, me pedía diez meses cerra, diez meses cerra es mucho” (M12_e)

“el primero que me dijeron que fue, que iban a ser tres meses y yo lo vi una brutalidad. En ese momento, digo ¿tres meses? Digo, tú estás flipando y pasaron los tres meses, y vine aquí y pasaron los tres meses y digo, oye que pasa. Yyy me bajaron a videoconferencia, y me dijeron, no la conformidad de quince meses. Y igual, es que cuando me voy, venga sí, vale, pero luego lo pienso y digo, ¿quince meses por esto?” (Mu33)

Otros no entienden tampoco la individualización de la respuesta y que, cuando dos jóvenes participan en los mismos hechos, los castigos sean diferentes: *“es el mismo delito, es lo mismo, nos tendrían que haber puesto lo mismo. No a él tres meses de libertad vigilada y servicios sociales y a mí un año de libertad vigilada y sino centro, porque encima él tenía ya antecedentes de menor. Yo no tengo nada” (Mu45)*

c. Interacciones con el abogado

Los jóvenes entrevistados acumulan muchos contactos con letrados diferentes. No es habitual tener el mismo letrado siempre, ni siquiera a lo largo del mismo procedimiento. En los relatos predominan las experiencias negativas, pero discriminan; y reconocen que, en ocasiones, ha habido abogados que les han gustado. Hablan de *“abogados buenos y malos”* (M1_e, M3_e, M9_e, Mu11_e, M26, Mu36_e_r). La mayoría comparte una visión muy negativa sobre los abogados de oficio y piensan que un abogado *“de pago”* se involucra más:

“estaría más por ti uno de pago que uno de oficio” (M6_e)

“creo que no ha puesto el 100 %, ¿sabes? 70%, ¿sabes?” (M4_e)

“yo he visto mi abogao en día de juicio y se ha quedao como si no fuese un abogado, se ha quedao callao” (M14_e)

“yo le pregunté, digo: ¿podemos hacer algo para evitar el internamiento?” [...] me lo dijo claramente que, que iba a ser internamiento sí o sí [...] no me dijo ni vamos a intentarlo ni vamos a hablarlo a ver” (M20)

“puff, así también soy yo abogao (risas)” (Mu28)

Dos son los argumentos con los que justifican esa falta de implicación de los letrados de oficio. Uno de ellos es que, como no se les paga, hacen lo justo *“cuando uno es de oficio pues no se interesa más, porque no le estas pagando ni nada [...]yo lo haría la verdad, no me están pagando pues no me voy a meter tanto en el papel, no voy a quedar contigo ni nada, me presento el día del juicio y ya está” (Mu11_e)*. El otro argumento es que, como alguien le ha pagado previamente, ya no se esfuerza:

“un abogado de oficio ya viene pagao ¿sabes? Y no hace su trabajo, ni busca, solo espera que le llamen, cuando viene no dice nada, solo se queda escuchando los derechos, casi siempre, casi siempre te dice que no declares, nunca dice declara o... o se lo curra un poco [...] siempre te dicen no declara, para firmar eso y ya, porque ahí está pagao” (M10_e)

Alguno reconoce que están muy ocupados *“mi primera abogada tenía mucho trabajo [...] llegaba tarde ¿sabes? O sea asistía, pero llegaba tarde en plan de que tenía más juicios... porque iba con una pedazo de carpeta que dices ¡hostias!” (M3_e)* y que sus encuentros son breves *“sí, dos minutos” (M13_e)*.

De igual forma, la figura del letrado parece confusa para algunos participantes porque creen que forman parte del sistema, que no están “de su lado”:

“te defiende a ti y ¿quién le paga? La gente que te ha pillao robando, ¿y qué qué quieres que haga el abogado? Si le pagan ellos, si vienen de otra parte” (M14_e)

“[se refiere a ella en tercera persona] no sabe si a esa persona le tiene que contar la verdad o la mentira porque no... por no confiar en la persona por si acaso le puede caer algo peor” (Mu40)

O les cuesta tener confianza con ellos *“¿cómo se lo voy a contar? [...] hasta que no tuve confianza [...] no se lo conté a la abogada” (Mu45)*. Reclaman de ellos más empatía *“que tengan empatía porque hay algunos que no tienen, si tienen empatía se ponen en la piel del otro y dicen hostias, pobre niño, seguro está con miedo ahora, no saben lo que le van a decir ni lo que le van a hacer” (M12_e)* y algunos que han tenido buenas experiencias explican lo que les gustó:

“tuve un abogado de oficio, un abogado que sí se preocupó por el tema, y estuvo hablando conmigo, me estuvo explicando, por ejemplo, las cosas” (M22)

“me gustó mucho la manera en la que defendió porque me trató como si no fuera un delincuente sino como otra persona más, y nos ayudó mucho [...]nos estuvo explicando que no tuviéramos miedo de lo que podía pasar, que no eran tan así, que era grave, pero no tan grave [...] que tenemos que hablar con franqueza. No le puedes mentir. Lo que pasó, lo tienes que contar... y estoy totalmente de acuerdo. Si hay alguna pregunta que podéis evitar, la evitáis. Dijimos todo lo que teníamos que decir, yo por lo menos” (M26).

d. El paso por el centro de internamiento

Casi todos los participantes de nuestra investigación han acabado cumpliendo condena en un centro de internamiento y, por tanto, también se les preguntó por lo que había supuesto para ellos y ellas el paso por la experiencia de privación de libertad.

Muchos destacan que la experiencia es dura *“la estancia aquí, igual no es fácil” (Mu32)* *“sentía rabia de que me quitasen mi... mi libertad y no sé. Dudas, qué es esto, ¿sabes?” (Mu36_e_r)* y de nuevo, como se ha narrado en otras fases del procedimiento, la primera vez es especialmente impactante y ellos están muy descontrolados (también Mt29, Mu45). Así lo trasladan algunos de los participantes:

“cuando bajo en el centro, ahí estaba como asustada por la gente que pudiera haber dentro y sobre cuánto tiempo tendría que estar allí y pues... como que estaba... tenía entre miedo y estaba como nerviosa también” (Mu40)

“esto no es plato de buen gusto pa nadie [...] la primera vez cuando entré pues estuve bastante tiempo en depresión, tampoco tenía ganas de quitarme la vida ni tol rollo ese, pero ¿sabes? [chasquido] un vacío que sientes dentro de ti” (M20)

“un poco rara, porque me explican al principio, que... tengo un protocolo abierto, de puerta abierta, en el que... básicamente van a mirarme las veinticuatro horas del día todo lo que hago, cada movimiento, y me ponen con una compañera de habitación la cual no me resulta muy agradable, porque me daba malas vibras” (Mu47)

Y muchos reaccionan muy negativamente y su comportamiento es muy conflictivo en el centro:

“al principio siempre estaba engrilletada, por así decirlo, pues porque me iba a pegar al primero que entrara en mi habitación, no quería hablar con nadie, quería estar yo sola siempre y como que siempre decía: ‘¿sí? ¿vais a entrar?, pues os voy a pegar’, y cada vez que entraban pues me liaba a pegarme con quien fuera” (Mu34).

“al principio (ríe) fui muy capullo en el centro porque pasaba de todo” (M3_e)

Sin embargo, con el tiempo reconocen que ha sido bueno para ellos *“lo mejor que me ha pasado, esto, que me han metido aquí, estoy feliz por pasar este cambio ¿sabes?” (M13_e)*. Una idea que se repite en muchos de los testimonios es que el centro les sirve para parar:

“hasta que no te paran, no paras [...] yo me alegro de haber estao aquí [...], porque si no yo creo que hubiera acabao mucho peor, pero mucho, muy consumida, muy de todo en verdad” (Mu11_e)

“me ha salvado, por una parte, porque o bien podría, mira, o bien podría haber acabado muerta en la calle [...] o seguiría haciendo locuras, la verdad, y que nunca hubiese podido madurar, sinceramente” (Mu34)

Parar les ha permitido pensar y reflexionar sobre ellos *“a pensar, ¿sabes? a pensar lo que pasa por mi cabeza y lo que pasa por mi cuerpo, porque antes [...] no conseguía” (Mu35_e, también M13_e, Mu32, Mu34, Mu44), sobre lo que han hecho “cómo ha sido tu vida” (Mu39_e) “esa vida me estaba haciendo mucho daño” (Mu42), aunque esto a alguno les lleva un tiempo “me costó un año entero el pensar, ¿sabes?” (Mu34).*

Del mismo modo, algunos de ellos, especialmente aquellos en cuyos relatos se pueden apreciar narrativas de desistimiento, reconocen el apoyo que han recibido por los técnicos *“me han ayudado a... abrir los ojos” (Mu36_e_r), “me han ayudado mucho a pensar por mí misma” (Mu32) y que los han escuchado (M6_e, Mu34, Mu45):*

“los educadores una maravilla. Una maravilla, o sea, yo recuerdo de tener un mal día y decir [...] tengo un mal día, tal, ¿podemos hablar?” (Mt29)

“tengo una tutora que merece la pena, no sé, es que es inexplicable eso, lo que siente uno por esa persona no hay palabras, no hay palabras” (M12_e)

Otros destacan lo que ha supuesto para ellos contar con alguien que cree que ellos pueden cambiar (M1_e):

“(nombre educadora) la que más [...] por mucho que yo haya liao y por mucho que tal, nunca ha perdido la fe en mí [...] si a lo mejor no hubiese sido por [...] yo no hubiese conseguido tener mi casa con un ... mi trabajo” (Mt29)

“me ayuda más, no sé, es como más ... No sé si lo hace más personalizado su trabajo o porque de verdad se interesa por su trabajo, porque [...] hay gente que su trabajo lo hace porque de verdad le interesa y porque de verdad le gusta y, luego, hay la gente pues que lo justo y ya” (M30_e)

Y se muestran agradecidos “yo cuando me vaya ahora yo se lo voy a agradecer a todos ¿sabes? yo diré, muchas gracias por todo” (M2_e).

4. Discusión y conclusiones

Esta investigación ha permitido conocer las visiones de una población invisible, los jóvenes infractores, cuyas opiniones rara vez han sido tenidas en consideración por la comunidad científica²¹. Esas visiones han sido narradas en voz propia gracias a haber optado por una técnica de investigación cualitativa, mucho menos frecuente, y con el valor añadido de que la mayoría proceden de colectivos vulnerables poco conocidos por la literatura especializada²². Como ya se ha identificado previamente en otros estudios, los jóvenes participantes de esta investigación han demostrado tener una opinión propia y que son capaces de expresar sus percepciones sobre el sistema y de dar sentido a lo que les ocurre en su viaje por el sistema de justicia juvenil²³.

Por lo general, los jóvenes participantes no cuestionan las decisiones adoptadas por las autoridades ya que reconocen que cometieron delitos y que, en consecuencia, el sistema les va a exigir responsabilidad por ello. En las entrevistas mantenidas dedican poco tiempo a valorar la aplicación de la ley; tan solo hay tres cuestiones que se objetan. La primera es la sobrerreacción. Como en otras investigaciones²⁴, algunos participantes consideran que las actuaciones de las autoridades son desproporcionadas, especialmente cuando se trata de delitos poco graves y sin violencia. También son críticos con el hecho de que la respuesta se individualice y en caso de

²¹ BOLIN/HENRY/SORBRING, «First Encounters: Young People's Perceptions of Criminal Justice», *Young*, 2024. Véase también CAVANAGH/LABERGE/CAUFFMAN, «Attitudes toward legal actors among dual system youth», *Journal of Social Issues*, 77(2), 2021, pp. 504-527. En España BERNUZ BENEÍTEZ, «El derecho a la queja en los centros de internamiento de menores», *Revista General de Derecho Penal*, 34, 2020, pp. 1-28. MORENTE MEJIAS/DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ-PINILLAS, «Menores infractores en instituciones de reforma. Una mirada desde dentro», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, 126(1), 2009, pp. 71-106. NAVARRO/BOTIJA/CARBONELL, «Del castigo a la humanización. Adolescentes en Centros de Justicia Juvenil: percepciones y reflexiones», *Trabajo Social Hoy*, 77, 2016, pp. 25-41. SÁNCHEZ-SOUTO/LÓPEZ-LARROSA, «La percepción del menor», *Revista Galego-Portuguesa de Psicología e Educación*, 19(2), 2011, pp. 299-307.

²² DE BOER/TESTÉ/GUARNACCIA, *Adolescent Research Review*, 8(2), 2023, pp.137.

²³ DE BOER/TESTÉ/GUARNACCIA, *Adolescent Research Review*, 8(2), 2023, pp.153.

²⁴ BOLIN/HENRY/SORBRING, *Young*, 2024, pp. 13.

delitos cometidos conjuntamente la respuesta no sea idéntica “*es el mismo delito [...] nos tendrían que haber puesto lo mismo*”. Estas respuestas dispares generan sentimientos de injusticia²⁵ y una percepción de falta de neutralidad²⁶. Finalmente, los jóvenes son críticos con los acuerdos de conformidad. Se cuestiona que los juicios acaben con una sentencia condenatoria con conformidad porque, como muchos de ellos nos han indicado, inicialmente no estaban conformes, pero acaban cediendo; y, aunque reconocen que fueron ellos los que se conformaron, no lo perciben como una respuesta justa porque no entendían lo que significaba conformarse. Este tipo de acuerdos son cada día más objetados por la comunidad científica ya que, por un lado, se ha cuestionado la capacidad de los menores para tomar una decisión de esta envergadura²⁷ y, por otro, se ha demostrado que estos acuerdos supuestamente beneficiosos para todas las partes, incluidos los menores, son más bien instrumentos que responden a razones de economía procesal²⁸.

Pero, más allá del cuestionamiento de la toma de decisiones, lo que los menores han manifestado está más relacionado con lo que el modelo de TYLER denomina calidad de trato. La literatura científica ha reconocido que las personas que tienen contacto con el sistema priorizan por encima de otras consideraciones cómo se han sentido tratados por las autoridades legales a lo largo de todo el procedimiento y las posibilidades de participación que han tenido²⁹. En este sentido, la mayoría de los testimonios obtenidos relatan una experiencia que tiene connotaciones negativas. En la policía destacan la soledad y la tristeza que sintieron en el calabozo. En el juzgado la extrañeza por cómo era todo el ambiente, muy formal, muy frío y la incertidumbre por lo que pudiera ocurrir. Finalmente, en el centro experimentaron rabia y enfado iniciales, y agradecimiento al final cuando la intervención empezó a funcionar y percibieron que podían cambiar. Nervios y miedo son palabras con las que suelen describir las situaciones que vivieron a lo largo de su paso por el procedimiento, especialmente, las primeras veces. Este hallazgo es compartido con otras investigaciones³⁰ que han demostrado que el primer contacto con el sistema es el más determinante en la formación de actitudes a largo plazo y que posteriores contactos llevan a una posible “habitualización” a la experiencia. Por lo que se sugiere que, para reducir la reincidencia, sería esencial promover interacciones positivas y justas, especialmente, en el primer encuentro de los jóvenes con el sistema de justicia³¹.

²⁵ WOOLARD/HARVELL/GRAHAM, *Behavioral Sciences & the Law*, 26(2), 2008, pp. 214.

²⁶ BERNUZ BENÉITEZ, «La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedimental y justicia social», *InDret*, 14(1), 2014, pp. 20.

²⁷ FOUNTAIN/WOOLARD, «How defense attorneys consult with juvenile clients about plea bargains», *Psychology, Public Policy and Law*, 24(2), 2018, pp. 192-203.

²⁸ MONTERO MOLERA, *El instituto de la conformidad en la justicia de menores*. Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2025.

²⁹ BAKER/PELFREY/BEDARD/DHUNGANA/GERTZ/GOLDEN, «Female inmates’ procedural justice perceptions of the police and courts: Is there a spill-over of police effects?», *Criminal Justice and Behavior*, 41, 2014, pp. 144-162. Véase también FERNÁNDEZ-MOLINA/GRIJALVA-ETERNOD, «Expectations versus experience: What do citizens demand when dealing with criminal courts?», *Criminology & Criminal Justice*, 202. PENNINGTON/FARRELL, «Role of voice in the legal process», *Criminology*, 57(2), 2019, pp. 343-368. HAMM/WOLFE, «Using public priorities to disentangle the dimensions of procedural justice and trustworthiness in police–citizen interactions», *The British Journal of Criminology*, 61(2), 2021, pp. 558-579.

³⁰ BOLIN/HENRY/SORBRING, *Young*, 2024. Véase también FINE/CAVANAGH/DONLEY/FRICK/STEINBERG/CAUFFMAN, «Is the effect of justice system attitudes on recidivism stable after youths’ first arrest? Race and legal socialization among first-time youth offenders», *Law and Human Behavior*, 41(2), 2017, pp. 146-156.

³¹ FINE/CAVANAGH/DONLEY/FRICK/STEINBERG/CAUFFMAN, *Law and Human Behavior*, 41(2), 2017, pp. 156.

Los resultados de esta investigación cualitativa permiten profundizar en las percepciones que producen esas experiencias y por tanto lo que habría que cuidar. A continuación, se valoran los hallazgos obtenidos en torno a dos grandes cuestiones: el rol del menor en el proceso y la calidad de las interacciones con los agentes del sistema.

4.1. El rol del menor en el proceso

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho a la participación efectiva como parte del derecho del menor a un juicio justo³² y la Directiva Europea 800/2016 *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*³³ recoge este derecho como una garantía esencial en su artículo 16³⁴. Sin embargo, y a pesar de que la legislación española que regula la responsabilidad penal del menor prevé varios espacios de escucha a lo largo del procedimiento³⁵ para asegurar que el menor sea el centro y el protagonista de todas las actuaciones que se realicen, estos se sienten muy ajenos a todo lo que está sucediendo a su alrededor. Por lo tanto, la idea de que el menor pueda participar en el proceso, como se espera, parece algo difícil de conseguir a la luz de los resultados obtenidos. Los hallazgos muestran que los jóvenes se perciben incapaces de participar. La gran mayoría manifestó abiertamente que quisieron contar lo que había pasado y no pudieron hacerlo, porque las oportunidades que se les brindaron, al preguntarles si tenían algo más que añadir, no fueron reconocidas como una forma de participación directa. Una de las participantes de hecho lo interpretó al contrario y pensó que implícitamente se le estaba diciendo “*con todo lo que se ha dicho, no tendrás nada más que añadir*” y otra participante se lamenta de que el único que habla es el abogado. PENNINGTON y FARREL³⁶ han destacado que, en efecto, el sistema legal relega a los jóvenes a un rol pasivo en donde son los actores legales los que dominan el proceso. Además, la creencia de que el sistema ya ha decidido la respuesta al caso los desalienta a participar ante el convencimiento de que no pueden influir en la decisión final. En este sentido los participantes se lamentan de que “*te comes lo que hay*”, “*venimos pa ná*”.

No obstante, más allá de confirmar la falta de voz, los resultados obtenidos también han ofrecido información de interés respecto a cuáles son los elementos que impiden la participación. En primer lugar, de las entrevistas se infiere que la falta de participación está vinculada a la incomprensión sobre lo que está sucediendo a su alrededor; y, aunque obviamente la incomprensión es mayor en el caso de los extranjeros por las dificultades con el idioma y la cultura, en realidad se verbaliza por todos ellos: “*te hablan en castellano antiguo*”, “*palabras que nunca he escuchado*”, “*no entendía nada*”. Como han señalado LOUNT et al³⁷ esta incomprensión

³² KILKELLY, «The CRC in Litigation under the ECHR», en LIEFAARD/DOEK, (eds.), *Litigating the Rights of the Child*, Springer, 2015, pp. 196 y ss. LIEFAARD, «Child-Friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System», *Temple Law Review*, 88, 2016, pp. 922-926.

³³ Esta directiva que debía haberse armonizado antes del 11 de junio de 2019 ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico por el efecto vertical de aplicación que tienen las directivas europeas cuando se trata de asegurar derechos de particulares frente al Estado.

³⁴ Hasta el punto que prevé que si un menor no está presente en su propio juicio tendrá derecho a que se celebre uno nuevo para garantizar su participación.

³⁵ BERNUZ BENEITEZ, «El derecho a ser escuchado: el caso de la infancia en conflicto con la norma», *Derechos y Libertades*, 33, 2015, p. 88.

³⁶ PENNINGTON/FARRELL, *Criminology*, 57(2), 2019, pp. 355.

³⁷ LOUNT/HAND/PURDY/France, «Tough talk: Youth offenders' perceptions of communicating in the Youth Justice system in New Zealand», *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 51(4), 2018, pp. 600 y ss.

genera una sensación de falta de control y los jóvenes perciben que se están quedando al margen de lo que se dice en la sala porque no comprenden de qué se está hablando y no entienden qué está pasando y qué decisiones se están adoptando. En palabras de uno de los participantes “*si no sabes nada de lo que están hablando [...]¿cómo te vas a defender?*”.

Se trata pues de una clara constatación de la falta de competencia o capacidad procesal para estar sometido a la acción de la justicia penal que explica que muchos de los participantes no entendieran lo que estaba sucediendo cuando se les dio la oportunidad para conformarse o que hasta que no lleven unos días o semanas descubran que no están en un centro de protección o de inmigrantes sino en un centro de reforma cumpliendo una medida privativa de libertad. Esta falta de competencia procesal también se demuestra cuando malinterpretan los códigos de conducta y los mensajes que se transmiten en la sala de justicia.

Esa falta de control es muy evidente el día del juicio donde temen decir algo inconveniente y la incertidumbre les abruma. En la investigación a la que se aludía anteriormente se hace alusión a la fuerte respuesta emocional que se produce en el juicio, cuando se percibe lo que hay en juego. Según los autores esa respuesta provoca, como en los participantes de esta investigación, evidentes dificultades para comunicarse empleando monosílabos o un discurso pobremente elaborado, sin contacto ocular, lo que puede generar la falsa impresión de que los jóvenes están apáticos o no quieren colaborar³⁸. Este comportamiento indiferente y aparentemente ausente, que también ha sido constatado en observaciones en salas de justicia juvenil³⁹, retroalimenta la falta de oportunidades de participación genuinas.

En definitiva, los resultados demuestran que es necesario realizar una reflexión más profunda de lo que implica la participación en la justicia juvenil ya que hay obstáculos estructurales y también de cultura legal que lo impiden⁴⁰. Como han señalado BERNUZ Y DUMORTIER, se trata de un asunto complejo porque el diálogo que debería producirse, en caso de existir una participación activa de los jóvenes, no puede enmascarar que el contexto es el de un aparato represivo que aplica castigos, no los discute. Además, el diálogo es asimétrico; se produce entre menores inmaduros e inexpertos y adultos profesionales experimentados que conocen bien las “reglas del juego”⁴¹. Esto es, la visión adultocéntrica que permea en toda la política criminal y la justicia juvenil podría estar siendo el principal obstáculo que impide escuchar la verdadera voz de los menores en las comisarías de policía y las salas de justicia. Y por tanto, se requiere un cambio cultural entre los profesionales del sistema para que valoren la voz de los menores y que reconozcan el beneficio que puede suponer incorporar a los menores en la toma de decisión; en tanto que, de acuerdo con la literatura científica⁴² más allá de una mayor satisfacción con la experiencia judicial, la participación se vincula también con una mayor conformidad normativa. En este sentido cada vez existen más voces a favor de un cambio de modelo que reconozca la importancia no solo del tipo de castigos que se aplican en la justicia juvenil sino de cómo se

³⁸ LOUNT/HAND/PURDY/France, *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 51(4), 2018, pp. 595.

³⁹ FERNÁNDEZ-MOLINA/BERMEJO/BAZ, «Observing Juvenile Courtrooms: Testing the Implementation of Guidelines on Child-Friendly Justice in Spain», *Youth Justice*, 21(2), 2021, pp. 201 y 202. Véase también RAP, *The Participation of Juvenile Defendants in the Youth Court. A Comparative Study of Juvenile Justice Procedures in Europe*, Pallas Publications, Amsterdam, 2013.

⁴⁰ PENNINGTON/FARRELL, *Criminology*, 57(2), 2019, pp. 360.

⁴¹ BERNUZ BENEITEZ/DUMORTIER, «Why children obey the law: Rethinking juvenile justice and children's rights in Europe through procedural justice», *Youth Justice*, 18(1), 2018, pp.44.

⁴² Vid. Nota al pie 26.

adoptan; ya que los mensajes que transmite el sistema son cruciales para las representaciones que se hacen los jóvenes de la justicia juvenil, como un sistema legítimo y confiable, y de sí mismos como personas con agencia y como miembros de una sociedad que los acoge y cuenta con ellos⁴³. De acuerdo con los hallazgos científicos, cada vez más sólidos, relativos al modelo teórico de Tyler, estos mensajes tienen un efecto directo en la formación de las creencias hacia la ley y la autoridad y, como se decía, tienen un efecto preventivo al promover la conformidad hacia las normas⁴⁴.

4.2. Calidad de las interacciones con las autoridades

Del análisis de las entrevistas se deduce que los jóvenes diferencian con claridad la calidad de sus interacciones con las autoridades y reconocen cuando se les trata bien y cuando se les trata mal. Lo afirman sin ambages, hay policías y letrados buenos y malos, jueces buenos y malos. Esta capacidad para diferenciar el trato demuestra la necesidad de tener una comprensión más compleja de las percepciones de justicia procedimental que tienen los jóvenes, ya que las percepciones no son categóricas, buenas o malas, sino que están moldeadas e influidas por experiencias muy dispares⁴⁵.

El buen trato lo vinculan con el comportamiento deferente “*se preocupó*”, con la escucha, con el tiempo dedicado a explicarles, a ayudar a calmarse y al reconocimiento como persona “*me trató como si no fuera un delincuente sino como otra persona más*”. El maltrato lo asocian con la indiferencia “*no me hizo mucho caso*”, “*no ha puesto el 100%*”, que frivolicen la situación “*en algunos notaba [...] cachondeo*”, la exigencia “*que lo digas claro y súper recto*” o que haya “*malas maneras*”. De sus testimonios se deduce que son especialmente sensibles a cómo son percibidos “*no te respetan*”, “*te miran con mala cara*”, “*te insultan*”, “*te juzgan*”. Se sienten juzgados en lo personal, especialmente las chicas y los extranjeros, y no les gusta verse tratados como delincuentes peligrosos “*como si hubieras matado a alguien*”. La literatura científica ha señalado que los menores reclaman ser vistos por lo que son, de la misma manera en la que ellos y sus familias los perciben, y no como criminales habituales; y demanda que la narrativa del sistema debería reforzar una imagen positiva de los jóvenes para que mejore su autopercepción, porque ello también facilita su integración social⁴⁶. Los adolescentes se encuentran en una etapa de exploración de su identidad y tienden a responder fuertemente a las señales de aceptación o rechazo social, por ello es importante que el sistema brinde interacciones positivas que refuercen el sentimiento de grupo y su reconocimiento como miembros respetados y aceptados por la comunidad⁴⁷.

⁴³ CASE/SMITH, «Child First and the end of ‘bifurcation’ in youth justice?», *Journal of Children’s Services*, 18(3/4), 2023, pp. 180-194. Véase también, HAZEL/CASE, «‘Child First’ and desistance», en WIGZELL/PATERSON-YOUNG/BATEMAN (eds.), *Desistance and Children*, Policy Press, 2024, pp. 37-56. HOLLINGSWORTH, «Kinder Justice: Communicating Legitimacy to Children in Sentencing Courts», *Social & Legal Studies*, 2024. PENNINGTON/FARRELL, *Criminology*, 57(2), 2019.

⁴⁴ TYLER/TRINKNER, *Why children follow rules*, 2017.

⁴⁵ SAARIKKOMÄKI/BIRK HALLER/SOLHJELL/ALVESALO-KUUSI/KOLIND/HUNT/BURCAR ALM, «Suspected or protected? Perceptions of procedural justice in ethnic minority youth’s descriptions of police relations», *Policing and Society*, 31(4), 2021, pp. 394.

⁴⁶ HAZEL/CASE, WIGZELL/PATERSON-YOUNG/BATEMAN (eds.), *Desistance and Children*, 2024, pp. 41 y ss. Véase también Hollingsworth, *Social & Legal Studies*, 2024, pp.12.

⁴⁷ GRANOT/ TYLER, *Social and personality psychology compass*, 2024, pp. 4 y ss. Véase también PENNINGTON/FARRELL, *Criminology*, 57(2), 2019, pp. 360 y 362.

Preocupa especialmente el hecho de que casi todos ellos, 45 de 47, hayan sufrido o hayan visto a policías que han ejercido la violencia física hacia los jóvenes. Los testimonios describen escenas con alta carga violenta “*como de película, con el suelo en la cara*”. Como señalan BOLIN et al.⁴⁸ también los jóvenes de su estudio en Suecia percibían en ocasiones un uso excesivo de la fuerza, como ser inmovilizados innecesariamente o recibir órdenes de manera agresiva. Estas experiencias violentas son vividas obviamente con gran desagrado y sorpresa porque lo que ellos esperan es que la policía sea capaz de controlarse y no dar una respuesta en idénticos términos, “*el adulto eres tú*” recuerda una de las participantes. En este sentido el protocolo de actuación policial desarrollado por el Ministerio del Interior⁴⁹ deja meridianamente claro que el ejercicio de la violencia debe ser siempre ponderado y alude a los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad a la hora de emplear el uso de la fuerza. De igual modo, la formación policial incluye el entrenamiento en técnicas de desescalada que, a juzgar por los testimonios de los participantes, no siempre son aplicadas. En general, el uso de la fuerza por los cuerpos policiales ha sido escasamente explorado por la comunidad científica en España⁵⁰ por lo que no se puede contrastar si se trata de experiencias aisladas que han vivido estos participantes, que se recuerda son jóvenes con largo historial criminal. En cualquier caso, es conveniente recordar que la formación y los protocolos deben adecuarse a las interacciones con jóvenes adolescentes, puesto que se sabe que estos son mucho más sensibles a las amenazas y tienen una capacidad más limitada para manejar situaciones de alto estrés, por lo que no es infrecuente que un comportamiento inicialmente hostil y agresivo pueda desencadenar episodios de violencia protagonizados por los jóvenes precisamente por su falta de competencia a la hora de manejar estos episodios de alta agresividad⁵¹.

Pero, más allá de estas experiencias violentas, hay otras vivencias en su viaje por la justicia juvenil que les han dejado emocionalmente marcados, el trato deparado en el calabozo es especialmente duro para algunos de ellos. Una de las participantes se lamenta de que por estar en un calabozo no te tienen que tratar como un perro. También lo es en el juicio cuando se les mantiene esposados o lo que transmite la propia atmósfera judicial⁵². Uno de los participantes señala que en la sala todo está compuesto para hacer a la persona de menos. Esas percepciones negativas, como ya se ha indicado, generan una imagen negativa del sistema y provoca en los menores un reforzamiento negativo de la experiencia que, en unos participantes incrementa la ansiedad y la falta de agencia, y en otros provoca una gran indiferencia. Muchos de ellos parecen haber creado una coraza por la que todo les da igual y que al tiempo impide cualquier posibilidad de que el sistema ejerza una influencia positiva.

Sorprendentemente, la imagen de autoridad de estos profesionales permanece intacta. Los jóvenes reconocen con claridad que ellos tienen el poder. Pero se trata de una autoridad que ejerce un poder absoluto frente al que no se puede replicar. Así lo verbalizan algunos participantes respecto a la policía “*te dan dos hostias, te aguantas y ya está*” o como indica otro

⁴⁸ BOLIN/HENRY/SORBRING, *Young*, 2024, pp. 10.

⁴⁹ Instrucción 1/2017, de 24 de abril, que actualiza el Protocolo de actuación policial con menores. Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.

⁵⁰ LÓPEZ-RIBA, «Interacciones con los ciudadanos, poderes policiales, uso de la fuerza y poder simbólico», en MEDINA ARIZA (coord.), *Instituciones de control del delito*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 61-73.

⁵¹ GRANOT/TYLER, *Social and personality psychology compass*, 2024, pp. 6 y ss.

⁵² SPOTT/GREENE «Trust and confidence in the courts: Does the quality of treatment young offenders receive affect their views of the courts?», *Crime & Delinquency*, 56(2), 2010, pp. 269-289.

respecto al juicio y la condena “*te comes lo que hay [...]no puedes hacer nada*”. Por tanto, se trata de un poder que se reivindica por la *potestas*, no por la *autoritas*. Y, aunque los jóvenes reconozcan el derecho de estos profesionales a ejercer la autoridad, esto no significa que perciban que tienen la capacidad y la legitimidad para hacerlo, ya que obedecen por el miedo a las consecuencias o, a juzgar por sus testimonios, más bien por pragmatismo; pero nunca por un consentimiento genuino a someterse a su autoridad⁵³ que es lo que la investigación científica vincula con el comportamiento normativo futuro⁵⁴.

Finalmente, habría que dedicar un breve apunte a la vivencia del castigo, la fase final del viaje por la justicia juvenil, especialmente a lo que implica para estos jóvenes participantes la privación de libertad. Algunos perciben inicialmente el castigo como desproporcionado, minimizan la gravedad de su comportamiento y, como nos han relatado, se desmoronan cuando le comunican la condena. Aunque las entrevistas no han profundizado en la cuestión de cómo les fue comunicado el fallo de la sentencia, a juzgar por los testimonios, de los sentimientos negativos que parecen aflorar en este momento podría deducirse que no siempre se cuida con detalle este acto de comunicación. La literatura científica insiste en que los jueces tienen, a la hora de emitir su fallo, un arma poderosa y una oportunidad única para enviar mensajes transformadores que tengan impacto positivo en los menores infractores⁵⁵.

Inicialmente la privación de libertad se vive muy negativamente⁵⁶, la mayoría relatan los nervios iniciales porque no saben cómo va a ser su día allí, con quién van a convivir y el impacto emocional es evidente⁵⁷. Unos lo viven con más ansiedad y otros directamente con tristeza. Algunos de los participantes relatan que reaccional mal, se ponen a la defensiva y reconocen que su comportamiento inicial fue agresivo e irracional y por tanto las interacciones con los profesionales no son positivas. La mayoría cambia su discurso cuando avanza el cumplimiento de la condena. Entonces, las percepciones hacia el castigo y los profesionales que las ejecutan empiezan a ser más positivas. En concreto, de los educadores valoran especialmente que “*se preocupan*” por ellos, que “*han tenido paciencia*”, que les “*han abierto los ojos*” y se evidencia en algunos de los participantes que se ha forjado un vínculo muy positivo con su educador de referencia sobre el que se infiere se ha construido toda la intervención durante su estancia en el centro. Respecto al castigo, algunos de los participantes, especialmente las chicas, reconocen que privarles de libertad “*les salvó*” porque no podían parar e incluso piensan que de no haber parado hasta su integridad física hubiera estado comprometida. Estos hallazgos son similares a los que se han reportado en otras investigaciones cualitativas⁵⁸. Parece que más allá de lo que se haga a nivel terapéutico en el centro, la propia privación de libertad ha sido positiva para estos participantes que tienen unas carreras criminales largas y complejas. Parar, como ellos mismos verbalizan, les ha permitido pensar y reflexionar, algo que perciben como un privilegio que en su vida fuera del centro no podrían permitirse.

⁵³ BOTTOMS/TANKEBE, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 102(1), 2012, pp. 135.

⁵⁴ TYLER/TRINKNER, *Why children follow rules*, 2017.

⁵⁵ HOLLINGSWORTH, *Social & Legal Studies*, 2024, pp. 19.

⁵⁶ NAVARRO/BOTIJA/CARBONELL, *Trabajo Social Hoy*, 77, 2016, pp. 31.

⁵⁷ BERNUZ BENEÍTEZ, *Revista General de Derecho Penal*, 34, 2020, pp. 18 y ss.

⁵⁸ DE BOER/TESTÉ/GUARNACCIA, *Adolescent Research Review*, 8(2), 2023, pp. 153. En España véase también MORENTE/DOMÍNGUEZ, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, 126(1), 2009, pp. 92 y ss. SÁNCHEZ-SOUTO/LÓPEZ-LARROSA, *Revista Galego-Portuguesa de Psicología e Educación*, 19(2), 2011, pp. 305.

Esta investigación no está exenta de limitaciones. En primer lugar, habría que recordar que se trata de una triangulación de resultados obtenidos en tres momentos diferentes en los que, aunque con casi idénticas preguntas, los entrevistadores ahondaban en cada ocasión en matices distintos. Por este motivo, se ha intentado tener cautela con las inferencias que se realizan al analizar los resultados por los distintos perfiles sociodemográficos, algo diferentes en cada investigación.

En segundo lugar, las condiciones y los espacios en los que se han realizado las distintas entrevistas han sido también dispares: algunas se han realizado en espacios tranquilos idóneas para la actividad, otras han sido a través de llamada telefónicas, otras en centros de privación de libertad. En este último caso, los jóvenes entrevistados estuvieron acompañados a veces por terceras personas educadores, traductores o guardias de seguridad que pudieron coartar su libertad para expresarse libremente.

Finalmente, aunque se trata de una muestra considerable para una investigación cualitativa y, como se ha justificado, suficiente, se trata de un muestreo por conveniencia y no es posible asegurar, por tanto, que existan vivencias distintas de las narradas por los participantes. En este sentido, la investigación cuantitativa realizada en España con muestras de jóvenes con un perfil criminal más heterogéneo y no tan complejo como el de la muestra de jóvenes entrevistados, ha puesto de manifiesto que hay jóvenes infractores que reconocen haber tenido espacios de participación y su valoración general de la experiencia en el sistema, medida mediante encuestas de satisfacción, es más positiva⁵⁹.

5. Bibliografía

ACHUTEGUI OTAOLAURRUCHI, Pedro, «Justicia procedimental aplicada. Efectos de la interacción entre menores y policía», *Boletín Criminológico*, 22, 2016, pp. 1-10, <https://doi.org/10.24310/Boletin-criminologico.2016.v22i2016.7547>

BAKER, Thomas/PELFREY, William/BEDARD, Laura/DHUNGANA, Karla/GERTZ, Mark/GOLDEN, Kristin, «Female inmates' procedural justice perceptions of the police and courts: Is there a spill-over of police effects?», *Criminal Justice and Behavior*, 41, 2014, pp. 144-162.

BAZ, Olalla, *La socialización legal en la adolescencia. Una aproximación empírica al contexto español*, tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2017.

BERNUZ BENEÍTEZ, María José, «La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedimental y justicia social», *InDret*, 14(1), 2014, pp. 1-41.

BERNUZ BENEÍTEZ, María José, «El derecho a ser escuchado: el caso de la infancia en conflicto con la norma», *Derechos y Libertades*, 33, 2015, pp. 67-98.

BERNUZ BENEÍTEZ, María José, «El derecho a la queja en los centros de internamiento de menores», *Revista General de Derecho Penal*, 34, 2020, pp. 1-28.

⁵⁹ Vid. nota a pie 18.

BERNUZ BENEÍTEZ, María José/DUMORTIER, Els, «Why children obey the law: Rethinking juvenile justice and children's rights in Europe through procedural justice», *Youth Justice*, 18(1), 2018, pp. 34-51, <https://doi.org/10.1177/1473225417741225>

BOLIN, Anette/HENRY, Alastair/SORBRING, Emma, «First Encounters: Young People's Perceptions of Criminal Justice», *Young*, 2024, <https://doi.org/10.1177/11033088241256634>

BOTTOMS, Anthony/TANKEBE, Justice, «Beyond procedural justice: a dialogic approach to legitimacy in criminal justice», *Journal of Criminal Law and Criminology*, 102(1), 2012, pp. 119-170, <https://doi.org/0091-4169/12/10201-0119>

BRAUN, Virginia/CLARKE, Victoria, «Thematic analysis», en COOPER, Harris/CAMIC, Paul Marc/LONG, Debra/PANTER, David/RINDSKOPF, Kenneth/SHER, Kenneth (eds.), *APA handbook of research methods in psychology*, Vol. 2. *Research designs: Quantitative, qualitative, neuropsychological, and biological*, American Psychological Association, 2012, pp. 57-71, <https://doi.org/10.1037/13620-004>

CANTER, David/YOUNGS, Donna, «The LAAF procedure for exploring offenders' narratives», *The Howard Journal of Criminal Justice*, 54(3), 2015, pp. 219-236, <https://doi.org/10.1111/hojo.12124>

CASADO PATRICIO, Elena, *Aproximación criminológica a los menores extranjeros en situación de calle: confianza en las instituciones de protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CASE, Stephen/SMITH, Roger, «Child First and the end of 'bifurcation' in youth justice?», *Journal of Children's Services*, 18(3/4), 2023, pp. 180-194, <https://doi.org/10.1108/JCS-02-2023-0005>

CASPI, Avshalom/MOFFITT, Terry/THORNTON, Arland/FREEDMAN, Deborah/AMELL, James/HARRINGTON, Honalee/SMEIJERS, Judith/SILVA, Phil, «The life history calendar: a research and clinical assessment method for collecting retrospective event-history data», *International Journal of Methods in Psychiatric Research*, 6, 1996, pp. 101-114.

CAVANAGH, Caitlin/LABERGE, Alyssa/CAUFFMAN, Elizabeth, «Attitudes toward legal actors among dual system youth», *Journal of Social Issues*, 77(2), 2021, pp. 504-527, <https://doi.org/10.1111/josi.12441>

DE BOER, Savannah/TESTÉ, Benoît/GUARNACCIA, Cinzia, «How young offenders perceive their life courses and the juvenile justice system: A systematic review of recent qualitative research», *Adolescent Research Review*, 8(2), 2023, pp. 137-158, <https://doi.org/10.1007/s40894-022-00184-7>

FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther, «A propósito de la justicia procedimental», en MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan/GARCÍA-PÉREZ, Octavio/CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel/GARCÍA ESPAÑA, Elisa (dirs.), *Estudios Político Criminales, Jurídicos Penales y Criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1721-1735.

FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther/BERMEJO, María/BAZ, Olalla, «Observing Juvenile Courtrooms: Testing the Implementation of Guidelines on Child-Friendly Justice in Spain», *Youth Justice*, 21(2), 2021, pp. 192-209, <https://doi.org/10.1177/1473225420918027>

FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther/VICENTE, Lydia/TARANCÓN, Pilar, «Derechos procesales de los menores extranjeros: un estudio de su aplicación práctica en la justicia penal», *InDret*, 17(2), 2017, pp. 1-35.

FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther/GRIJALVA-ETERNOD, Áurea Esther, «Expectations versus experience: What do citizens demand when dealing with criminal courts?», *Criminology & Criminal Justice*, 2024, <https://doi.org/10.1177/17488958241257854>

FINE, Adam/CAVANAGH, Caitlin/DONLEY, Sachiko/FRICK, Paul J./STEINBERG, Laurence/CAUFFMAN, Elizabeth, «Is the effect of justice system attitudes on recidivism stable after youths' first arrest? Race and legal socialization among first-time youth offenders», *Law and Human Behavior*, 41(2), 2017, pp. 146-156, <http://dx.doi.org/10.1037/lhb0000229>

FOUNTAIN, Erika/WOOLARD, Jennifer, «How defense attorneys consult with juvenile clients about plea bargains», *Psychology, Public Policy and Law*, 24(2), 2018, pp. 192-203, <http://dx.doi.org/10.1037/law0000158>

GRANOT, Yael/TYLER, Tom R., «Adolescent cognition and procedural justice: Broadening the impact of research findings on policy and practice», *Social and Personality Psychology Compass*, 13(10), e12503, 2024.

HAMM, Joseph/WOLFE, Scott, «Using public priorities to disentangle the dimensions of procedural justice and trustworthiness in police-citizen interactions», *The British Journal of Criminology*, 61(2), 2021, pp. 558-579, <https://doi.org/10.1093/bjc/azaa079>

HAZEL, Neal/CASE, Stephen, «'Child First' and desistance», en WIGZELL, Alexandra/PATERSON-YOUNG, Claire/BATEMAN, Tim (eds.), *Desistance and Children*, Policy Press, 2024, pp. 37-56.

HOLLINGSWORTH, Kathryn, «Kinder Justice: Communicating Legitimacy to Children in Sentencing Courts», *Social & Legal Studies*, 2024, <https://doi.org/10.1177/09646639241268921>

KILKELLY, Ursula, «The CRC in Litigation under the ECHR», en Liefwaard, Ton/Doek, Jaap E. (eds.), *Litigating the Rights of the Child*, Springer, 2015, pp. 193-210.

LIEFAARD, Ton, «Child-Friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System», *Temple Law Review*, 88, 2016, pp. 905-927.

LÓPEZ RIBA, José María, «Interacciones con los ciudadanos, poderes policiales, uso de la fuerza y poder simbólico», en MEDINA ARIZA, Juan José (coord.), *Instituciones de control del delito*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 61-73.

LOUNT, Sarah A./HAND, Linda/PURDY, Suzanne C./FRANCE, Alan, «Tough talk: Youth offenders' perceptions of communicating in the Youth Justice system in New Zealand», *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 51(4), 2018, pp. 593-618, <https://doi.org/10.1177/0004865817740404>

MACCOUN, Robert J., «Voice, control, and belonging: The double-edged sword of procedural fairness», *Annual Review of Law and Social Science*, 1(1), 2005, pp. 171-201.

MASON, Jennifer, *Qualitative researching*, Sage Publications, London, 2002.

MONTERO MOLERA, Alicia, *El instituto de la conformidad en la justicia de menores*, tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2025.

MORENTE MEJÍAS, Felipe/DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ-PINILLAS, Mario, «Menores infractores en instituciones de reforma. Una mirada desde dentro», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, 126(1), 2009, pp. 71-106.

MURPHY, Kristina, «Does procedural justice matter to youth? Comparing adults' and youths' willingness to collaborate with police», *Policing and Society*, 25(1), 2015, pp. 53-76, <https://doi.org/10.1080/10439463.2013.802786>

NAVARRO, José Javier/BOTIJA, Mercedes/CARBONELL, Angela, «Del castigo a la humanización. Adolescentes en Centros de Justicia Juvenil: percepciones y reflexiones», *Trabajo Social Hoy*, 77, 2016, pp. 25-41, <https://doi.org/10.12960/TSH.2016.0002>

PENNINGTON, Liana/FARRELL, Any, «Role of voice in the legal process», *Criminology*, 57(2), 2019, pp. 343-368, <https://doi.org/10.1111/1745-9125.12205>

PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima/BECERRA Muñoz, José/AGUILAR Conde, Araceli, «Cómo perciben los menores infractores la justicia que se les aplica: un acercamiento desde la justicia procedimental», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 16, 2018, pp. 1-26, <https://doi.org/10.46381/reic.v16i0.171>

RAP, Stephanie, *The Participation of Juvenile Defendants in the Youth Court. A Comparative Study of Juvenile Justice Procedures in Europe*, Pallas Publications, Amsterdam, 2013.

RAY, James V., «Examining differences in the effect of vicarious and personal procedural justice on legal orientations and offending across race/ethnicity among a sample of serious juvenile offenders», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 67(10-11), 2023, pp. 1139-1157, <https://doi.org/10.1177/0306624X221086582>

SAARIKKOMÄKI, Elsa/BIRK HALLER, Mie/SOLHJELL, Randi/ALVESALO-KUUSI, Anne/KOLIND, Torsten/HUNT, Geoffrey/BURCAR ALM, Veronika, «Suspected or protected? Perceptions of procedural justice in ethnic minority youth's descriptions of police relations», *Policing and Society*, 31(4), 2021, pp. 386-401, <https://doi.org/10.1080/10439463.2020.1747462>

SÁNCHEZ-SOUTO, Vanesa/LÓPEZ-LARROSA, Silvia, «La percepción del menor», *Revista Galego-Portuguesa de Psicoloxía e Educación*, 19(2), 2011, pp. 299-307.

SPROTT, Jane B./GREENE, Carolyn, «Trust and confidence in the courts: Does the quality of treatment young offenders receive affect their views of the courts?», *Crime & Delinquency*, 56(2), 2010, pp. 269-289, <https://doi.org/10.1177/0011128707308176>

TRINKNER, Rick/COHN, Ellen S., «Putting the “social” back in legal socialization: Procedural justice, legitimacy, and cynicism in legal and nonlegal authorities», *Law and Human Behavior*, 38(6), 2014, pp. 602-619, <http://dx.doi.org/10.1037/lhb0000107>

TYLER, Tom R., *Why people obey the law*, Yale University Press, New Haven, 2006.

TYLER, Tom R./Fagan, Jeffrey/Geller, Amanda, «Street stops and police legitimacy: Teachable moments in young urban men's legal socialization», *Journal of Empirical Legal Studies*, 11(4), 2014, pp. 751-785.

TYLER, Tom R./TRINKNER, Rick, *Why children follow rules: Legal socialization and the development of legitimacy*, Oxford University Press, 2017.

WOOLARD, Jennifer L./HARVELL, Samantha/GRAHAM, Sandra, «Anticipatory injustice among adolescents: age and racial/ethnic differences in perceived unfairness of the justice system», *Behavioral Sciences & the Law*, 26(2), 2008, pp. 207-226, <https://doi.org/10.1002/bsl.805>

Isabel García Domínguez
Universidad de Salamanca

Fernando Miró Llinares
Universidad Miguel Hernández
de Elche

¿Hacemos sentencing?

Una revisión sistemática sobre la sentencia como objeto de estudio científico en España

Sumario

-
Los trabajos que usan la sentencia como fuente de datos de análisis cuantitativo y empírico son numerosos en el ámbito internacional y limitados en España, especialmente los estudios de sentencing, pese a su potencial para comprender el funcionamiento de los tribunales. Es por ello que el objetivo principal de la investigación es analizar las posibilidades, dificultades y usos del estudio del sentencing en España. La metodología utilizada es la revisión sistemática y los documentos analizados 46. De los resultados obtenidos se propone una clasificación de los estudios empíricos que toman como objeto de análisis la sentencia: estudios a partir de sentencias y estudios de sentencias o sentencing, cuyo auge es notorio en los últimos tres años. Frente a la tendencia predominante de estudiar la disparidad judicial en el ámbito internacional, en España son muchos más los que se ocupan de aspectos distintos, observándose una diversidad temática notable y coautoría frecuentemente. La revisión sistemática de sentencias es la metodología más utilizada, un paso previo característico del sistema español que, junto a la ausencia de ciertos datos considerados relevantes en las sentencias, ha dificultado su producción. Ahora bien, consideramos que la irrupción de la ciencia abierta podría favorecer el crecimiento de estos estudios, así como de alcanzar una imagen más ajustada sobre la aplicación de la justicia penal por parte de los tribunales españoles.

Abstract

-
Studies that use sentencing as a source of data for quantitative and empirical analysis are many at the international level and limited in Spain, especially sentencing studies, despite their potential for understanding the functioning of the courts. For this reason, the main objective is to analyse the possibilities, difficulties and uses of the study of sentencing in Spain. The methodology used was a systematic review and the documents analysed were 46. From the results obtained, we propose a classification of the empirical studies that take sentencing as the object of analysis: studies based on sentences and studies of sentences or sentencing, the rise of which has been notorious in the last three years. In contrast to the predominant tendency to study judicial disparity at the international level, in Spain there are far more studies that deal with different aspects, with a considerable thematic diversity and frequent co-authorship. The systematic review of judgments is the most used methodology. This is a preliminary step characteristic of the Spanish system which, together with the absence of certain data considered relevant in the sentences, has made their production more difficult. However, we believe that the emergence of open science could facilitate the growth of these studies, as well as provide a more accurate picture of the application of criminal justice by Spanish courts.

Title: *Do we do sentencing? A systematic review on sentencing as an object of scientific study in Spain*

-
Palabras clave: *sentencing, revisión sistemática, juzgados, España*

Keywords: *sentencing, systematic review, courts, Spain*

-
DOI: 10.31009/InDret.2025.i2.06

-

2.2025

Recepción
05/11/2024

-

Aceptación
07/03/2025

-

Índice

-

1. Una introducción al estudio de la sentencia (y sus circunstancias) en España

2. Objetivos

3. Metodología

3.1. Estrategia de búsqueda, criterios de elegibilidad y cribado de las publicaciones

3.2. Extracción de datos y evaluación de la calidad metodológica

3.3. Presentación y análisis de los resultados

3.4. Limitaciones

4. Resultados

4.1. Características generales (parte I y II)

4.2. *Sentencing* en sentido amplio y estricto (parte III)

5. Discusión y conclusión

6. Bibliografía

7. Anexos

-

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

1. Una introducción al estudio de la sentencia (y sus circunstancias) en España*

Los tribunales de justicia, como instituciones públicas que resuelven conflictos jurídicos aplicando la ley, han sido objeto de interés de disciplinas, como el Derecho y la Criminología, para la investigación del sistema penal desde muy diferentes perspectivas. La sentencia, que contiene la decisión del/a juez/a sobre el caso en cuestión, suele utilizarse como fuente de datos principal en el ámbito internacional y nacional para estos estudios. Gracias a la variedad de datos que incluye (composición del juzgado, características del caso, del/a procesado/a y de la víctima, etc.)¹, la sentencia aporta información sobre el sistema judicial de un país, la aplicación de la ley penal y, en cierta medida, su impacto. Quizás ello explique, al menos parcialmente junto a otros factores como la digitalización de las resoluciones judiciales y la facilidad de acceso a estos datos, el significativo auge que en los últimos años se ha observado de trabajos cuantitativos que utilizan la sentencia para comprender el funcionamiento de los tribunales², especialmente en los países regidos por el sistema de derecho anglosajón (más conocido como *common law*)³, y que emplean para dichos estudios generalmente el término *sentencing*.

Si bien la literalidad de *sentencing* llevaría a traducir el término como «sentenciar», «dictar sentencia» o «toma de decisiones judiciales», los trabajos que usan tal término engloban generalmente investigaciones que describen el proceso de aplicación de la ley en los tribunales (en ocasiones, para conocer la respuesta a un fenómeno delictivo). Bajo el paraguas del término *sentencing* se incluyen trabajos: que estudian los factores que influyen en la decisión del/a juez/a; que tratan de predecir la respuesta judicial a través de variables legales y extralegales; o que se dirigen a conocer si existe discriminación en la toma de decisiones judiciales en función de diferentes características. Sin embargo, y como se observará en este trabajo, numerosos estudios que abordan algunos de estos problemas de investigación en nuestro país no usan tal terminología, sino que prefieren obviar la traducción directa del término y referirse a la revisión de sentencias. Además, y a pesar de la extensa literatura sobre sentencias judiciales y el

* Isabel García Domínguez (isabelgarciadominguez@usal.es). Agradecemos a Julio Sánchez Meca y a David Buil Gil por sus consejos y orientaciones.

¹ FERNÁNDEZ MOLINA et al., «La investigación criminológica en tribunales», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 3, 2021, pp. 160-181. <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i3.06>

² Aunque en la actualidad también se destacan los estudios cualitativos en el sistema judicial (por ejemplo, entrevistas a jueces) e, incluso, diseños más experimentales. BLAY y GONZÁLEZ, «El techo de cristal en la judicatura española: hipótesis explicativas a partir de las vivencias de las magistradas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 20, núm. 2, 2023, pp. 1-18. <https://doi.org/10.46381/reic.v20i2.673>; TOMKINS et al., «An Experiment in the Law: Studying a Technique to Reduce Failure to Appear in Court», *Court Review: The Journal of the American Judges Association*, vol. 48, núm. 3, 2012, pp. 96-106. <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i3.06>

³ DONELLY, «Neighborhoods, Criminal Incidents, Race, and Sentencing: Exploring the Racial and Social Context of Disparities in Incarceration Sentences», *British Journal of Criminology*, vol. 62, núm. 1, 2021, pp. 145-164. <https://doi.org/10.1093/bjc/azab046>; HEDDERMAN/BARNES, «Sentencing women: an analysis of recent trends», en ROBERTS (ed.), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, Palgrave Macmillan, 2015, pp. 93-117; LIGHTOWLERS/PINA-SANCHEZ «Intoxication and assault: an analysis of Crown Court sentencing practices in England and Wales», *British Journal of Criminology*, vol. 58, núm. 1, 2017, pp. 132-154. <https://doi.org/10.1093/bjc/azx008>; PINA-SANCHEZ y GRECH, «Location and Sentencing: To What Extent Do Contextual Factors Explain Between Court Disparities?», *British Journal of Criminology*, vol. 58, núm. 3, 2018, pp. 529-549. <https://doi.org/10.1093/bjc/azx033>; PINA-SANCHEZ/HARRIS, «Sentencing gender? Investigating the presence of gender disparities in Crown Court sentences», *Criminal Law Review*, vol. 1, núm. 1, 2019, pp. 3-28; SENTENCING COUNCIL, *Investigating the association between an offender's sex and ethnicity and the sentence imposed at the Crown Court for drug offences*, 2020

generalizado uso del término *sentencing*, no existe un acuerdo explícito a nivel internacional sobre el alcance de la metodología del estudio del *sentencing*⁴. Y tampoco ha habido discusión explícita sobre cómo debe traducirse tal término en nuestro país.

Hay que tener en cuenta que en el ámbito anglosajón una gran parte de los estudios que se entienden como *sentencing* se ocupan del estudio de la discriminación y la disparidad judicial injustificada (conocidas como *unwarranted disparities*). Esto se remonta a los años setenta en los países de *common law*⁵, particularmente Reino Unido y EE.UU.⁶, cuando se puso el foco de atención sobre la importancia de establecer un sistema efectivo (en términos coste-beneficio) para lograr la seguridad pública, pero más justo⁷, y se crearon comisiones que desarrollaron *sentencing guidelines*, guías destinadas a los y las jueces en el proceso de dictar sentencia⁸. De hecho, en la actualidad, existen numerosas *sentencing guidelines* que se aplican a diferentes tipos delictivos⁹. El «*sentencing*» como estudio de las disparidades judiciales injustificadas se dirigió, en un primer momento, a variables relativas a características personales del infractor (raza, clase social o género¹⁰). Más adelante, aunque el interés por los factores extralegales se mantuvo, este se amplió a los legales (circunstancias atenuantes y agravantes, conformidad...), encontrándose

⁴ Una excepción a la inexistencia de debate terminológico sobre el *sentencing* como metodología de estudio de sentencias y su alcance se dio en el *Workshop on Case-Level Sentencing Data in Europe* celebrado el 18 de enero de 2024 *online*, que contó con la participación de numerosos investigadores expertos en *sentencing* provenientes de diferentes países (Reino Unido, Finlandia, Francia, Rusia, España, etc.). Allí se debatió cual es el concepto de *sentencing* y qué tipos de datos podríamos incluir. Igualmente, algunos/as autores/as señalaron la necesidad de establecer límites y ceñirnos al sistema judicial, mientras que otros ponían el énfasis en el objetivo de la investigación.

⁵ Es importante recordar al/a la lector/a que el *common law* se basa, en gran medida, en precedentes judiciales, por lo que los jueces tienen un papel activo y fundamental en la “creación de leyes” a través de sus fallos. Por el contrario, en el sistema de derecho europeo, como el que se observa en España, los y las jueces tienen la función de aplicar la ley establecida por el legislador, a pesar del margen que se establece en su papel de individualización de la pena.

⁶ BRANTINGHAM, «Sentencing disparity: An analysis of judicial consistency », *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 1, núm. 3, 1985, pp. 281-305. <https://doi.org/10.1007/BF01064637>; DEMUTH, «The Effect of Citizenship Status on Sentencing Outcomes in Drug Cases», *Federal Sentencing Reporter*, vol. 14, núm. 5, 2002, pp. 271-275. <https://doi.org/10.1525/fsr.2002.14.5.271>; DOERNER y DEMUTH, «Gender and Sentencing in the Federal Courts: Are Women Treated More Leniently?», *Criminal Justice Policy Review*, vol. 25, núm. 2, 2012, pp. 242-269. <https://doi.org/10.1177/0887403412466877>; DONNELLY, BJC, 2021; HOOD, *Race and Sentencing: A Study in the Crown Court—A Report for the Commission of Racial Equality*, Oxford University Press, 1992; RADZINWICZ y HOOD, «Judicial discretion and sentencing standards: Victorian attempts to solve a perennial problem», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, pp. 1288-1349; SPOHN y SPEARS, «Gender and case processing decisions: A comparison of case outcomes for male and female defendants charged with violent felonies», *Women and Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 1997, pp. 29-59. https://doi.org/10.1300/J012v08n03_02

⁷ Y es razonable, dado el amplio margen de discrecionalidad que se otorga a los y las jueces con este sistema. TAMARIT et al., «La victimización sexual de menores de edad: un estudio de sentencias», *Revista Española De Investigación Criminológica*, vol. 12, núm. 4, 2014, p. 4. <https://doi.org/10.46381/reic.v12i0.83>

⁸ TONRY, *Sentencing matters*, Oxford University Press, New York, 1998, pp. 3-14; 25-30; 190-196.

⁹ En Reino Unido se pueden encontrar múltiples ejemplos. Para más información, consultar la página web del *Sentencing Council*: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/>

¹⁰ HALEVY, «Racial discrimination in sentencing? A study with dubious conclusions», *Criminal Law Review*, 1995, pp. 267-71; NAGEL/HAGAN, «Gender and Crime: Offense Patterns and Criminal Court Sanctions», *Crime and Justice*, núm. 4, 1983, pp. 379 ss. <https://doi.org/10.1086/449087>; Tonry, *Malign neglect: Race, crime, and punishment in America*, Oxford University Press, New York, 1995.

en la actualidad abundante bibliografía internacional al respecto¹¹. No obstante, el estudio de la disparidad judicial en España ha sido limitado y tardío¹², destacándose el libro coordinado por CID y LARRAURI denominado *Jueces penales y penas en España*¹³ como la primera investigación empírica de alcance en nuestro país sobre aplicación de las penas y discrecionalidad judicial. A mayores de lo descrito, se debe tener en cuenta que el análisis “académico” de las resoluciones judiciales se ha ocupado de otro tipo de temáticas. Ambas cuestiones por motivos diversos pero relacionados.

En cuanto a las posibles razones del escaso estudio científico de la disparidad judicial, es cierto que en España existen reglas rígidas en el proceso de determinación de la pena y un escaso margen de discrecionalidad (a diferencia de los países que se rigen por el sistema de *common law*). Por ende, la existencia de disparidades judiciales injustificadas en la aplicación de los tipos penales o en las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son, de inicio, más difíciles. Pero existen otras variables en las que podría identificarse más fácilmente discrecionalidad, como en la responsabilidad civil, especialmente cuando se corresponden con daños morales. Además, siempre se puede estudiar si aun así esta se encuentra en factores extralegales que determinan la sentencia. De hecho, algunos de los estudios en España sobre disparidad judicial se han centrado en la influencia de las variables extralegales relativas a la víctima, al autor, a los operadores de justicia e, incluso, a las características de los tribunales¹⁴.

Otro tipo de razón para la escasez de estudios sobre disparidad judicial y el interés por otros objetos de estudio relacionado con la sentencia podría hallarse en la disciplina que se ha ocupado de su estudio y la diferencia entre los problemas de investigación y, por tanto, los síes y noes epistemológicos y metodológicos¹⁵, que ocupan a cada una. Mientras que en el ámbito internacional la sentencia ha sido empleada para realizar estudios también desde disciplinas como la Sociología o la Psicología jurídica, en España el uso de la sentencia como fuente de datos

¹¹ ALBONETTI, «An integration of theories to explain judicial discretion», *Social Problems*, vol. 38, núm. 2, 1991, pp. 247-266. <https://doi.org/10.1525/sp.1991.38.2.03a00090>; BONTRAGER/BARRICK/STUPI, «Gender and Sentencing: A Meta-Analysis of Contemporary Research», *Journal of Gender, Race & Justice*, vol. 16, núm. 2, 2013, pp. 349-372; DALY, «Rethinking Judicial Paternalism: Gender, Work-Family Relations and Sentencing», *Gender and Society*, vol. 3, núm. 1, 1989, pp. 1-36. <https://doi.org/10.1177/089124389003001002>; HEDDERMAN y BARNES, 2015; HOPKINS, UHRIG y COLAHAN, *Associations between ethnic background and being sentenced to prison in the Crown Court in England and Wales in 2015*, Ministry of Justice Analytical Services, 2016; LIGHTOWLERS, «Drunk and doubly deviant? The role of gender and intoxication in sentencing assault offences», *British Journal of Criminology*, vol. 59, núm. 3, 2018, pp. 693-717; LIGHTOWLERS y PINA-SANCHEZ, BJC, 2017; PINA-SANCHEZ y GRECH, BJC, 2018; PINA-SANCHEZ y HARRIS, CLR, 2019; SENTENCING COUNCIL, 2020.

¹² LÓPEZ et al., «Equality Before the Courts? Studying Citizenship Disparities in Sentencing in Catalonia», *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 29, núm. 4, 2023, p. 606; STANCU y VARONA, «¿Punitivismo también judicial?: Un estudio a partir de las condenas penales por homicidio en España (2000-2013)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, p. 4.; TAMARIT et al., «Respuesta judicial a la agresión y al abuso sexual. Relevancia de los factores legales y extralegales en las sentencias», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 27, 2022, p. 198 <https://doi.org/10.5944/rdpc.27.2022.32088>; VARONA, KEMP y BENÍTEZ, «La conformidad en España Predictores e impacto en la penalidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, pp. 307-336.

¹³ CID y LARRAURI (coords.). *Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*, Tirant Lo Blanch, 2002.

¹⁴ LÓPEZ et al., EJCPR, 2023, pp. 601-624; PÁEZ-MÉRIDA, «Estado de la cuestión del estudio de la influencia del género en la toma de decisiones judiciales», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 19, núm. 5, 2021, pp. 1-25. <https://doi.org/10.46381/reic.v19i1.483>; TAMARIT, 2022, p. 198.

¹⁵ MIRÓ-LLINARES, *El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

ha sido llevado a cabo mayoritariamente por juristas. El estudio empírico del Derecho tiene un desarrollo limitado en el ámbito jurídico y de ahí que las investigaciones cuantitativas y sistemáticas cuyo objeto sea la sentencia hayan sido más bien escasas en comparación con el análisis «dogmático» de las sentencias¹⁶. En muchísimos casos, de hecho, dentro de la denominación «revisión jurisprudencial», «análisis jurisprudencial» o «estudio jurisprudencial» nos encontramos con trabajos que recopilan y estudian cualitativamente sentencias que consideran relevantes desde la dogmática penal, pero sin el previo establecimiento de un procedimiento sistemático, riguroso al modo en el que se lleva a cabo desde otras disciplinas.

Por último, el tipo de estudios científicos sobre las sentencias y sus diferencias con los llevados a cabo en otros lugares podría estar relacionado con las características del sistema de acceso a las sentencias en España. A diferencia de otros países (véase Reino Unido), en los cuales el proceso se inicia con la limpieza y análisis de las bases de datos, en España se requiere una investigación previa para alcanzar ese mismo punto, la cual precisa de tiempo y esfuerzo: la revisión sistemática de sentencias. Esta técnica, que consiste en la recuperación de sentencias de los repositorios judiciales, se aplica siguiendo un procedimiento común: (1) definición del objeto de estudio y del periodo; (2) elaboración de una estrategia de búsqueda, incluyendo las palabras clave, las bases de datos seleccionadas y todos los filtros aplicados; (3) primer filtrado, atendiendo a los criterios de inclusión y exclusión previamente establecidos; (4) segundo filtrado, con una lectura completa de las sentencias; y (5) diseño de un cuestionario ad hoc (o ficha de recogida de datos) para extraer la información de las sentencias¹⁷. En España contamos con una ventaja que ha permitido la recogida y revisión de datos secundarios en el sistema judicial por parte de numerosos investigadores: los repositorios jurisprudenciales de acceso abierto. El más conocido es el Centro de Documentación Judicial (en adelante, CENDOJ), que pertenece al Consejo General del Poder Judicial, aunque existen otros de naturaleza privada como Aranzadi, *Tirant Online* o *Westlaw*. Estos fondos documentales permiten recuperar las sentencias y resoluciones judiciales emitidas por los órganos jurisdiccionales de nuestro sistema penal y, a través de la revisión sistemática de sentencias, la posterior realización de análisis cuantitativos en el ámbito judicial. Esta comodidad para el acceso a las resoluciones judiciales contrasta, además, con la dificultad para el acceso a otras fuentes de datos relacionadas con el fenómeno criminal y, en particular, «con las carencias que persisten en la recolección y disponibilidad de los datos españoles sobre delincuencia»¹⁸. Como después se discutirá, esto podría explicar parcialmente el hecho de que en España se haya acudido a la sentencia (y no a -inexistentes- encuestas de victimización nacional o a -los limitados- datos sobre la acción policial¹⁹) no sólo para el análisis de la propia sentencia sino también para aproximarse al estudio de la criminalidad y sus agentes.

¹⁶ TAMARIT, 2022, p. 198

¹⁷ FERNÁNDEZ MOLINA et al., REIC, 2021, pp. 170-172.

¹⁸ LINDE/SUMMERS, «Fuentes de datos para la investigación de la delincuencia en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 19, núm. 2, 2021, pp. 1-20. <https://doi.org/10.46381/reic.v19i2.633>. La excepción la constituye el sistema penitenciario español como uno de los ámbitos en los que es más fácil el acceso a datos pese a que también presenta limitaciones. MARTÍ, GUERRI y PEDROSA, «Fuentes de datos para la investigación criminológica en el ámbito penitenciario en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 19, núm. 2, 2021, pp. 1-31. <https://doi.org/10.46381/reic.v19i2.515>

¹⁹ AEBI y LINDE, «El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 12, núm. 7, 2010, pp. 1-30; LINDE y SUMMERS, REIC, 2021, pp. 1-20; LÓPEZ-RIBA, «El análisis cuantitativo de las identificaciones y las detenciones policiales en España: Datos disponibles, limitaciones e implicaciones», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 19,

Aunque no todo son facilidades. En las sentencias no se recogen de forma sistemática algunos datos sociodemográficos de procesados/as y víctima (edad, nacionalidad e, incluso, sexo)²⁰, lo que dificulta, por ejemplo, el estudio de los factores extralegales que inciden en la decisión judicial. Igualmente, existe consenso en que los repositorios jurisprudenciales no recogen el universo completo de las sentencias dictadas, aunque las dictadas por las Audiencias Provinciales en el CENDOJ son las que más se acercan a este²¹. Otra cuestión importante reside en las limitaciones propias de cada repositorio jurisprudencial, como el CENDOJ que tan solo permite recuperar 200 sentencias de cada búsqueda. No obstante, esta limitación es fácilmente salvable si se acotan correctamente los periodos. Por supuesto existe la posibilidad de acudir directamente a los tribunales a revisar los expedientes (tanto de adultos como de menores), en los cuales se amplía significativamente la información sobre los casos y las personas involucradas, pero es necesario lidiar con la burocracia, que el juzgado acepte dicha solicitud e invertir, de nuevo, grandes dosis de tiempo y energía en extraer la información.

Lo dicho hasta el momento se apoya en una observación no sistemática de trabajos académicos en España que toman como objeto de estudio la sentencia. Consideramos que tanto para comprender si en España se hace «*sentencing*», y para discutir la denominación adecuada pero, sobre todo, el alcance y posibilidades de este tipo de estudios, resulta necesario recopilar y sintetizar la evidencia disponible sobre cómo se lleva a cabo el estudio de la sentencia en nuestro país poniendo de manifiesto las posibilidades y también las dificultades que deben ser afrontadas por los/as investigadores/as. Como afirmaron FERNÁNDEZ MOLINA et al. «*no es muy frecuente que los investigadores describan los problemas que han encontrado en el proceso investigador, pero es necesario reparar en ellos porque influyen poderosamente en el desarrollo de esta; e incluso estas dificultades pueden acabar afectando al alcance de los resultados*»²².

2. Objetivos

El objetivo principal de la investigación es analizar las posibilidades, dificultades y usos del estudio del *sentencing* en España. En particular se pretende: presentar el estado de la cuestión de la sentencia como fuente de datos de análisis cuantitativo; proponer una categorización para identificar los diferentes tipos de estudios; y conocer la prevalencia de las investigaciones que utilizan la sentencia para comprender el funcionamiento del sistema de justicia.

núm. 2, 2021, pp. 1-30; TORRENTE/GIMÉNEZ SALINAS/BARTOLOMÉ, «Medición de la delincuencia y la victimización», en BARBERET, Rosemary, BARTOLOMÉ y FERNÁNDEZ-MOLINA(Coords.), *Metodología de investigación en Criminología*, Tirant lo blanch, 2019, pp. 67-95.

²⁰ Ante esta situación, algunos investigadores han recurrido a las noticias de prensa para salvar la ausencia de información, pero esta estrategia solo es aplicable a los casos más mediáticos. FERNÁNDEZ MOLINA et al., 2021, pp. 170-172.

²¹ STANCU/VARONA, 2017; TAMARIT et al., 2014, 2022; TAMARIT et al., «How Criminal Is It To Rape a Partner According to the Justice System? Analysis of Sentences in Spain (2015-2022)», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2023. <https://doi.org/10.1007/s10610-023-09537-x>

²² FERNÁNDEZ MOLINA et al., REIC, 2021, p. 162.

3. Metodología

La metodología de investigación es la revisión sistemática de estudios (más conocida como *systematic review*)²³, dado que para cumplir los objetivos propuestos se establece como paso previo ineludible la recopilación de los estudios empíricos que han utilizado la sentencia como fuente de datos. Para ello, se atendió a la declaración PRISMA, *Preferred Reporting Items for Systematic Reviews and Meta-Analyses*, y a las guías actualizadas en el año 2020 por PAGE et al.²⁴. Además, se cumplen 22/27 ítems de la checklist de revisiones sistemáticas de la guía PRISMA²⁵ (ver Tabla I en Anexo I)²⁶.

3.1 Estrategia de búsqueda, criterios de elegibilidad y cribado de las publicaciones

Las búsquedas se realizaron en dos bases de datos, la *Web of Science* (en adelante, WOS) y Dialnet Plus²⁷, incluyendo otras fuentes de datos: la revisión de la bibliografía del estudio de FERNÁNDEZ MOLINA et al.²⁸, debido a que es el único artículo metodológico sobre la revisión sistemática de sentencias en España; la búsqueda en páginas webs oficiales del Ministerio del Interior²⁹; la revisión de las referencias bibliográficas de los artículos recuperados; y, finalmente, otros estudios que habían guardado el autor y la autora.

Los criterios de selección fueron los siguientes: (i) investigaciones en las que la sentencia se utiliza como fuente de información, tanto aquellas cuyo objetivo es conocer un fenómeno delictivo como las que se dirigen a comprender el funcionamiento del sistema penal. También se admitieron revisiones sistemáticas de expedientes de menores; (ii) periodo temporal: ilimitado. Se recuperaron todos los resultados hasta enero del 2024; (iii) geografía: España. El estudio debía contener datos obtenidos a nivel nacional, es decir, las sentencias y expedientes de menores del sistema judicial español; (iv) área de investigación: Criminología, aunque también se admitieron otras ciencias jurídicas, sociales y afines; (v) jurisdicción: penal; (vi) idioma: español o inglés; y (vii), por último, se aceptaron metodologías cuantitativas y mixtas. Respecto a los criterios de exclusión, se excluyeron los *abstract* de congresos que no otorgaban la información necesaria para su evaluación³⁰.

²³ Se ha excluido la realización del metaanálisis, pese a su mayor fortaleza, por las muestras heterogéneas que no permiten efectuar los análisis estadísticos requeridos.

²⁴ PAGE et al., «The PRISMA 2020 statement: an updated guideline for reporting systematic reviews», *Systematic Reviews*, vol. 89, núm. 10, 2021. <https://doi.org/10.1136/bmj.n71>; PAGE et al., *PRISMA 2020 explanation and elaboration: updated guidance and exemplars for reporting systematic reviews*, 2021.

²⁵ PAGE et al., SR, 2021.

²⁶ Los *ítems* que no se cumplen responden al tipo de investigación, que es exploratoria, y al conjunto de estudios recuperados, en los que no se incluyen cuestiones contempladas en la checklist, como es el efecto de las medidas. Además, esta revisión no fue registrada previamente ni se preparó un protocolo.

²⁷ Los detalles de cada búsqueda, incluyendo los filtros y los operadores booleanos utilizados se pueden consultar en la Tabla II del Anexo I, por ende, es posible la replicabilidad de los resultados.

²⁸ FERNÁNDEZ MOLINA et al., REIC, 2021, p. 162.

²⁹ Ministerio del Interior. Fuentes de datos. <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/fuentes.html>

³⁰ No se hace mención al requisito de que sean estudios empíricos dado que, por definición, una revisión sistemática es una investigación en la que se formula una pregunta claramente definida y, para darle respuesta, se seleccionan los estudios empíricos que han abordado dicha pregunta.

En la selección de los documentos, se atendió a dos fases. La primera consistió en la lectura de los *abstract* y títulos de los documentos. No se utilizaron herramientas de automatización. La mayoría de los registros excluidos de las bases de datos se debieron a que no eran investigaciones que utilizaran la sentencia como fuente de datos o simplemente eran revisiones documentales, que componen más del 80% de los registros no incluidos³¹. En los casos restantes, el área de investigación era ajena³², se refería a un proceso posterior³³, utilizaba datos extranjeros³⁴, la jurisdicción no era penal³⁵, solo se presentaba el *abstract*³⁶ o simplemente eran registros duplicados.

Respecto a la segunda fase, se realizó una lectura completa de cada uno de los estudios recuperados. Una vez finalizada cada una de ellas, el autor y la autora, que trabajaron de forma independiente, se reunieron para compartir los resultados obtenidos y decidir cuales formarían parte de la muestra. En la Figura I se presenta el diagrama de flujo de PRISMA 2020³⁷, con los 46 estudios finalmente incluidos en la revisión.

3.2. Extracción de datos y evaluación de la calidad metodológica

Para extraer los datos de los documentos, se elaboró una ficha (Tabla III, Anexo I) que consta de tres partes: (i) características básicas, con el año de publicación, idioma, autoría, metodología y tamaño de la muestra; (ii) revisiones sistemáticas, en la cual se recopiló información sobre el término utilizado, el ámbito geográfico, los juzgados incluidos, la base de datos utilizada y el tipo de análisis realizado; y (iii) *sentencing*, en el que se exploró si utilizaban esta terminología y en qué apartados, así como los objetivos y los tipos de factores analizados (generales y específicos).

En cuanto a la fase de evaluación de la calidad metodológica (*critical appraisal*), se estudió la posibilidad de aplicar una *checklist* o escala, encontrando que la única que podría encajar era la *Escala Newcastle-Ottawa (NOS) transversal studies*. Aún así, esta no se ajustaba a los estudios

³¹ Como ejemplos se podría mencionar: TATA, *Sentencing: A Social Process*, Palgrave Pivot, 2020. <https://doi-org.usal.idm.oclc.org/10.1111/jols.12284>; VARONA, «¿Discrimina nuestro sistema penal a los extranjeros? Evidencias empíricas en la imposición de la pena en los Juzgados de lo Penal», en SÁNCHEZ, GARCÍA, CEREZO y GARCÍA (dirs.) *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1888-1901; FERNÁNDEZ MOLINA et al., REIC, 2021, pp. 170-172.

³² Entre otros: CARDOSO et al., «Análisis de sentencias judiciales relativas a negligencias médicas emitidas contra traumatólogos entre 1995 y 2011», *Revista española de cirugía ortopédica y traumatología*, vol. 60, núm. 1, 2016, pp. 29-37; GARCÍA-RUIZ et al., «Análisis de reclamaciones judiciales contra obstetras y ginecólogos en España. Estudio específico de la vía penal (1987-2013)», *Revista española de medicina legal*, vol. 42, núm. 4, 2016, pp. 131-141.

³³ Véase VARONA, «Apology and Spanish Criminal Law at the Post-Sentencing Level: the Gap Between Legal Provisions and Victims and Offenders' Experiences in Cases of Terrorism», *Onati Socio Legal Series*, vol. 7, núm. 3, 2017, pp. 511-527.

³⁴ Entre otros, CAMPLÁ et al., «Sexual offenses against women: Variables involved in judicial decision making», *Psychology and Law*, 2017, pp. 19-36.

³⁵ NOVO/QUINTEIRO/VÁZQUEZ, «¿Cómo motivan los jueces la capacidad de los progenitores en las resoluciones judiciales?», *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 23, 2013, pp. 47-51.

³⁶ Como el *abstract* de la presentación «Consumo de pornografía infantil y abuso sexual infantil en delitos grupales» en el VIII Congreso Internacional de Psicología Jurídica y Forense

³⁷ PAGE et al., SR, 2021. Para más información consultar: <http://www.prisma-statement.org/>

recuperados. Es por ello que creamos una *checklist ad hoc*, adaptando los *ítems* a nuestro estudio y consultando con expertos en la materia³⁸.

La *checklist ad hoc* consta de 17 *ítems* (Tabla IV, Anexo II) que responden a la calidad metodológica general (nos 1 y 13), a los principios de la ciencia abierta (nos 2-12 y 14-15) y a la calidad ética (nos 16 y 17), siendo la respuesta dicotómica (presencia o ausencia). En alusión al primer grupo, se recogieron los objetivos de la investigación y las limitaciones. El segundo se compone de los propósitos fundamentales que persiguen la ciencia abierta: la replicabilidad, poder seguir los mismos pasos metodológicos que el estudio original para volver a recopilar los datos y analizarlos; y la reproducibilidad, que implica tener acceso directamente a los propios datos y código utilizados en el estudio con el fin de que cualquier persona corrobore que, utilizando esos códigos y datos, se obtienen las mismas conclusiones presentadas en el trabajo. De este modo, se incluyeron los pasos básicos para llevar a cabo una revisión sistemática de sentencias y la información necesaria para contrastar los resultados. En el último apartado, se añadió el anonimato de los resultados y la aprobación de la investigación por un comité ético.

Una vez aplicado el instrumento (Tabla IV, Anexo II), se encontró que los criterios de calidad metodológica general se cumplieron de forma unánime. La replicabilidad de las investigaciones también obtuvo resultados positivos, aunque, en algunos casos, fue bastante limitada. Si bien en torno a la mitad de los estudios no incluyeron las palabras clave y tampoco presentaron la estrategia de búsqueda, en 11 de ellos se justifica porque acudieron directamente a los juzgados. Ahora bien, todos ellos elaboraron una estrategia de búsqueda y una ficha de recogida de datos, aunque esta última sólo estuvo disponible en menos del 10% de las investigaciones. Los criterios de inclusión y exclusión fueron habitualmente diseñados y la unidad de análisis alcanzó la unanimidad de presencia. En alusión al tamaño del universo, en torno a una de cada cuatro de las investigaciones no era conocido, pero en la muestra la presencia superó el 95%. Es más, la mayoría analizaron una muestra representativa o todo el universo.

La reproducibilidad de las investigaciones es, sin embargo, escasa. Tan solo dos artículos incluyeron los datos en formato abierto *online* y los dos restantes estaban disponibles bajo petición. Lo mismo ocurre con el código. Los 3 presentes podían ser solicitados a los/as investigadores/as. En lo que se refiere a la calidad ética, la anonimización de los resultados alcanzó el 90%. En la mayoría de los casos las sentencias habían sido anonimizadas en un paso previo, y el comité ético se mencionó en dos investigaciones: un estudio realizado en juzgados de menores y otro de ellos en el que se explicó por qué no era necesario. Ello se podría deber a que los repositorios jurisprudenciales son públicos y en las sentencias los datos no son los reales.

3.3. Presentación y análisis de los resultados

La muestra final se compone de los 46 estudios que se muestran en la Tabla V del Anexo III³⁹. Los métodos de síntesis y presentación de los resultados utilizados han sido: la tabulación, la descripción narrativa y los gráficos. El análisis de datos fue cuantitativo, descriptivo y correlacional, utilizando el paquete estadístico IBM® SPSS Statistics®, versión 26. Las tablas de contingencia fueron calculadas y se aplicó la prueba exacta de FISHER, debido a que la baja cuantía

³⁸ Como Julio SÁNCHEZ MECA o David BUIL GIL.

³⁹ Los datos se encuentran en *open access* en el repositorio de GREDOS de la Universidad de Salamanca: <http://hdl.handle.net/10366/164081>

de los estudios suponía que el recuento de alguna casilla de la tabla era menor que 5. Igualmente, se incluyeron los residuos estandarizados corregidos para conocer la fortaleza de la relación entre categorías (si estos valores están por encima o por debajo de $\pm 1,96$ significa que hay una relación significativa, y también es importante interpretar el signo del residuo) y el estadístico V de Cramer, para conocer el tamaño del efecto. Los valores en el rango de 0,1 a 0,3 muestran una relación baja; entre 0,3 y 0,5, moderada; y si es mayor a 0,5, fuerte⁴⁰.

3.4. Limitaciones

Esta investigación no está exenta de limitaciones. Es posible que no se hayan recuperado todos los estudios empíricos que utilizan como fuente de datos la sentencia, dado que la terminología utilizada es muy diversa y es un estudio exploratorio. Relacionado con esto, se debe tener en cuenta el sesgo de publicación, es decir, el fenómeno que ocurre, en ocasiones, cuando la mayoría de los estudios publicados presentan resultados estadísticamente significativos. Existe la posibilidad de que los restantes no hayan sido publicados⁴¹. Es más, en esta investigación tan solo se incluyó un estudio no publicado. Asimismo, la reproducibilidad de las investigaciones fue muy limitada y a pesar de la consulta efectuada a CENDOJ para conocer los criterios de inclusión de las sentencias, no se obtuvo ninguna respuesta. Finalmente, la ausencia de revisiones sistemáticas en este ámbito imposibilita la realización de una discusión más allá del contraste de los propios resultados obtenidos.

4. Resultados

De acuerdo con los estudios recuperados, se propone una clasificación general de dos grupos. En el primero se incluyen los trabajos en los que la sentencia se utiliza como fuente de información indirecta, es decir, que lo que se estudia por medio de la sentencia no es la resolución judicial como otros elementos relacionados con la delincuencia o con la justicia penal. Estos estudios pueden abarcar diferentes elementos (características del agresor, de la víctima, del evento, etc.) y es habitual que se dirijan a conocer un fenómeno delictivo, tal y como suele ser declarado por los autores y las autoras en sus investigaciones. El segundo está conformado por trabajos que estudian la sentencia para comprender el funcionamiento del sistema de justicia (estudios de *sentencing*). Dentro de este, a su vez, diferenciamos dos categorías: *sentencing* en sentido amplio y estricto.

En la categoría de *sentencing* en sentido amplio se insertan los trabajos que describen la aplicación de la ley en los tribunales. En otras palabras, cual es la respuesta que otorgan los tribunales a un fenómeno delictivo, tipo penal, eximente..., aunque otros tratan de predecir la respuesta a través de variables legales y extralegales; o simplemente se limitan a conocer los factores que influyen. Respecto a la categoría de *sentencing* en sentido estricto, los estudios se dirigen a conocer la aplicación dispar de la ley por parte de los/as jueces y la existencia de

⁴⁰ COHEN, *Statistical Power Analysis for the Behavioral Sciences*, 1998; ELLIS, *The Essential Guide to Effect Sizes. Statistical Power, Meta-Analysis, and the Interpretation of Research Results*, Cambridge University Press, 2020; WEISBURD y BRITT, *Statistics in Criminal Justice*, Springer, 2014; WEISBURD et al., *Basic Statistics in Criminology and Criminal Justice*, Springer, 2020.

⁴¹ CUERVO et al., «Perfil de los menores del Juzgado de la provincia de Castellón del 2012 al 2016», *Informació psicològica*, núm. 114, 2017, pp. 43-57; FERNÁNDEZ MOLINA y RECHEA ALBEROLA, «¿Un sistema con vocación de reforma? La Ley de responsabilidad penal de los menores», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 4, 2006.

discriminación. El estudio puede ser de factores legales, extralegales o una combinación de ambos.

La muestra final, que se compone de 46 estudios, fue de 14 investigaciones (30,14%) en la categoría 1, esto es, la sentencia como fuente de información, mientras que en la categoría 2, el *sentencing*, se situaron la mayoría de ellos (69,86%). Respecto a los estudios de *sentencing* en sentido amplio, predominantes, se obtuvo una frecuencia de 21 (45,7%) y en sentido estricto de 11 (23,9%). A continuación, se presentan las características generales de las investigaciones y, posteriormente, se profundizará en los trabajos que se dirigen a comprender el funcionamiento de los tribunales y la existencia de disparidades.

4.1. Características generales (parte I y II)

Las temáticas que abordaron las investigaciones fueron múltiples (ver tabla X), predominando las relativas a los delitos sexuales (30,4%). Ahora bien, las dirigidas a conocer el sistema juvenil, trastornos psicológicos, psiquiátricos o de personalidad y sobre delitos contra la vida también fueron habituales. En la categoría otros se destacan los delitos de odio y la trata de personas⁴².

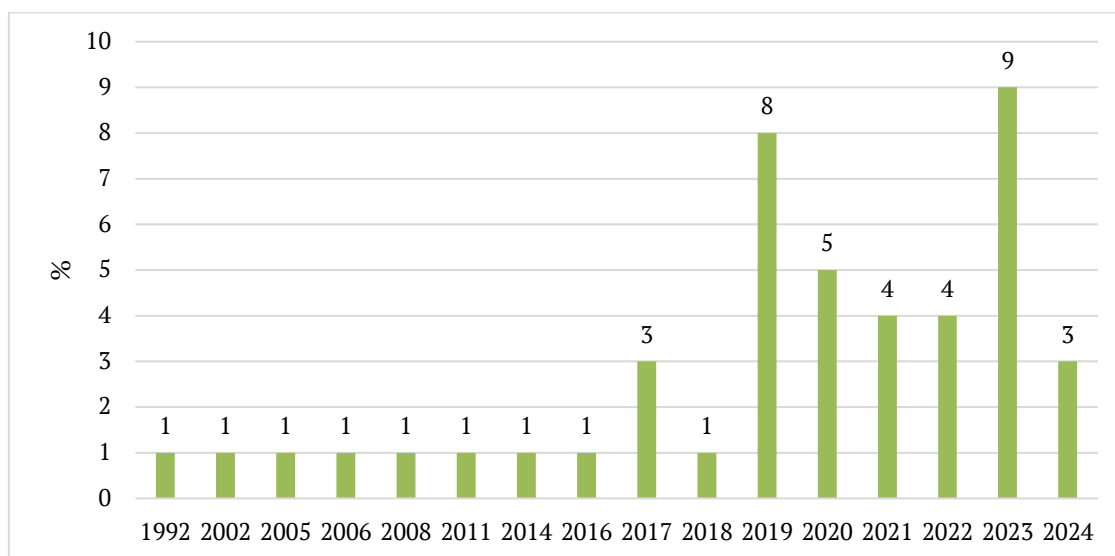
Tabla VI. Temática general de las investigaciones

Temática	F	%
Delitos sexuales	14	30,4
Disparidades (extranjeros vs. nacionales)	2	4,3
Sistema juvenil	6	13,0
Homicidios y asesinatos	4	8,7
Suspensión de sentencias y <i>plea bargain</i>	2	4,3
Trastornos psicológicos, psiquiátricos o de personalidad	5	10,9
Otros	13	28,3
Total	46	100,0

El año en el que se publicaron más estudios fue el 2023 (19,6%), seguido del año 2019 (17,8%). Asimismo, como se puede observar en la Figura II, el periodo comprendido entre el 2017 y el 2024 representa más del 80% de las publicaciones⁴³. El idioma predominante fue el español (80,4%), aunque en un 15,2% de la muestra fue el inglés y en el 4,3% restante estaba disponible en ambos. Además, el 30,4% de las investigaciones fue realizada en coautoría, representando la autoría única un 23,9% de la muestra.

⁴² En la tabla VII del anexo IV se pueden observar las temáticas más específicas.

⁴³ Se recuerda a los/as lectores/as que un estudio todavía no ha sido publicado, por lo que la muestra de esta variable es 45.

Figura II. Año de publicación de la investigación**Tabla VIII. Autoría de las investigaciones (cuantía)**

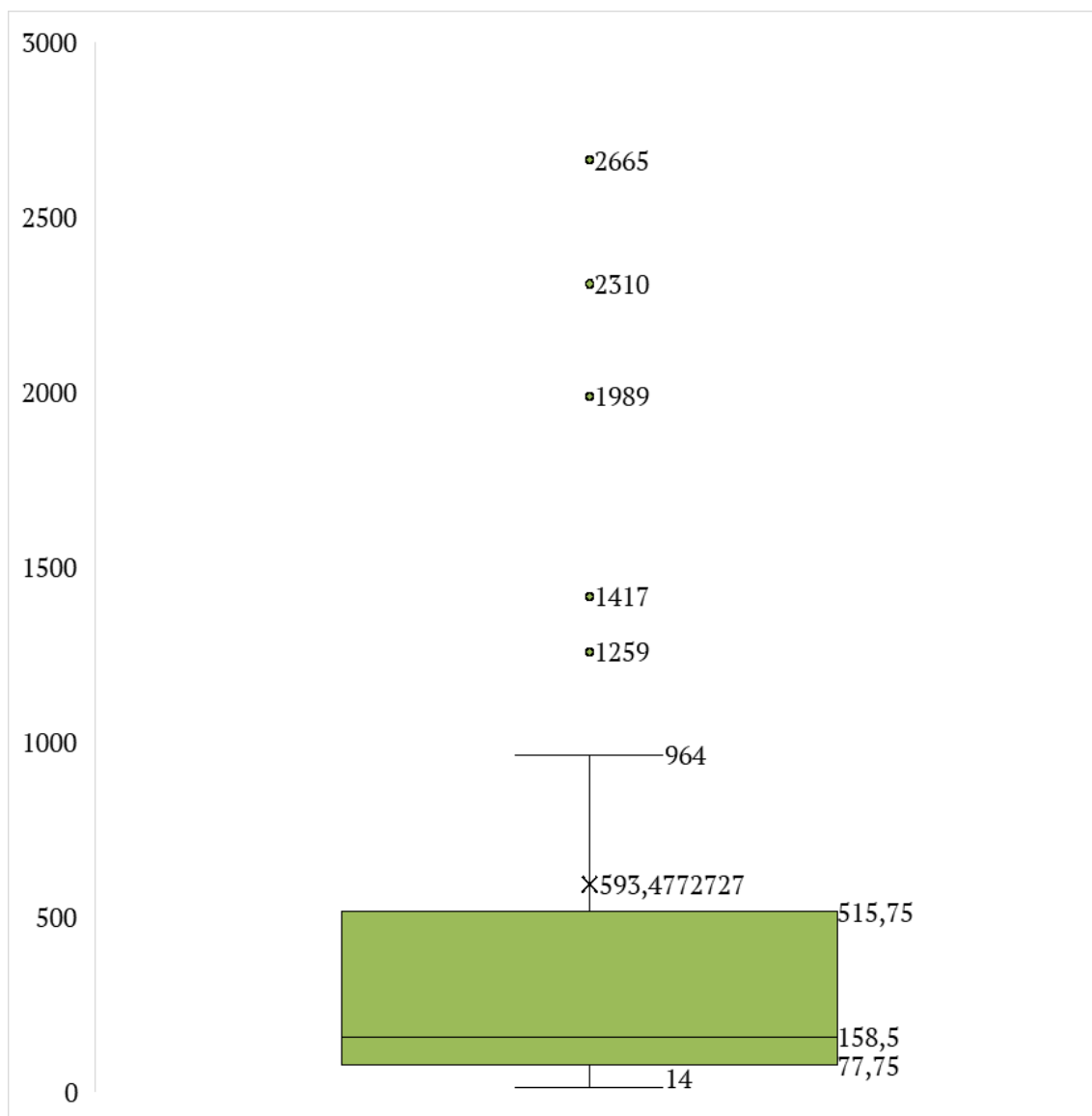
Nº de autores	N	%	% acumulado
1	11	23,9	23,9
2	14	30,4	54,3
3	11	23,9	78,3
4	6	13,0	91,3
5	1	2,2	93,5
6	2	4,3	97,8
7	1	2,2	100,0
Total	46	100,0	

La metodología mayoritaria fue la revisión sistemática de sentencias (73,9%), aunque también se observaron revisiones sistemáticas de expedientes de menores (2,2%) y otras (23,9%), entre las que se incluyen: acudir directamente a los Juzgados (véase los casos 7, 10, 15 y 14), la colaboración con un centro de menores, la Fiscalía (caso 29) y un muestreo en los Juzgados (caso 30). El objeto de estudio predominante fue la sentencia (89,1%), siendo los casos restantes expedientes de menores.

En cuanto al tamaño de las sentencias y expedientes analizados, el mínimo se situó en 14 y el máximo en 6350⁴⁴, con una media de 593, existiendo una gran dispersión y numerosos *outliers* como se puede observar en la Figura X. El número de víctimas y procesados/as objeto de estudio fue menor (N<15), al igual que sus medias (ver Tabla VII).

⁴⁴ Se puntualiza que los casos 14 y 21 del anexo III utilizaron dos muestras, anotando la de mayor tamaño.

Figura III. Diagrama de caja del tamaño de muestra de las sentencias o expedientes de menores incluidos en los estudios



Nota: Para una mayor comprensión del gráfico, se ha establecido el límite en 3000, excluyendo el valor más extremo de 6350

Tabla IX. Estadísticos descriptivos de la muestra

		Sentencias o expedientes	Víctimas	Procesados/as
N	Válido	44	10	14
	Perdidos	2	36	32
Media		593,48	504,00	373,00
Mínimo		14	33	7
Máximo		6350	2239	1425

El término más utilizado para referirse a la revisión sistemática de sentencias ha sido “análisis de sentencias”. Si bien, existió una amplia diversidad e, incluso, algunas investigaciones no

indicaron ningún término en específico (ver tabla X). El ámbito geográfico objeto de estudio fue principalmente nacional (67,4%), seguido de local (17,4%) y autonómico (15,2%). La base de datos más utilizada fue CENDOJ, tanto de forma aislada (52,2%) como en conjunto (8,7%) y, además, se debe tener en cuenta que un 30,4% no utilizó ninguna (dado que utilizaron otras metodologías, como acudir directamente a revisar los expedientes judiciales en los tribunales).

Los tribunales incluidos en las investigaciones fueron, en muchos casos, múltiples⁴⁵. Es por ello que se han desglosado, convirtiendo la respuesta en dicotómica. Los más comunes fueron las Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo y los Juzgados de lo Penal (ver Tabla X). El tipo de análisis predominante fue cuantitativo (89,1%), encontrando la aplicación de una metodología mixta de forma aislada. Finalmente, el nivel de análisis más alto constatado fue correlacional (43,5%), encontrando el mismo porcentaje de regresión y descriptivo (28,3% en cada uno de ellos).

Tabla X. Estadísticos descriptivos de la terminología y los juzgados

Variables	Respuestas	n (%)
Término metodológico	Revisión sistemática de sentencias	2 (4,3)
	Revisión de sentencias	2 (4,3)
	Revisión de expedientes de menores	1 (2,2)
	Estudio de sentencias	6 (13,0)
	Análisis de sentencias	20 (43,5)
	No indica ningún término en específico	12 (26,1)
	Estudio del tratamiento jurisprudencial	1 (2,2)
	Análisis jurisprudencial	2 (4,3)
Juzgados de lo Penal	Sí	12 (26,1)
	No	34 (73,9)
Audiencia Provincial	Sí	23 (50,0)
	No	23 (50,0)
Tribunal Superior de Justicia	Sí	7 (15,2)
	No	39 (84,8)
Tribunal Supremo	Sí	17 (37,0)
	No	29 (63,0)
Audiencia Nacional	Sí	6 (13,3)
	No	39 (86,7)

4.2. *Sentencing* en sentido amplio y estricto (parte III)

El número de investigaciones que realizaron *sentencing* fueron 32, predominando los estudios de *sentencing* en sentido amplio (47,8%). Ahora bien, la palabra *sentencing* tan solo se utilizó en 14 de ellos, sobre todo, en el resumen o en las palabras clave (21,8%). Además, cabe señalar que existió una mayor diversidad temática en los estudios que no versaban sobre *sentencing*, concentrándose los estudios de *sentencing* en: delitos sexuales (n=10) y sistema juvenil (n=5). A los de *sentencing* en sentido amplio se debe añadir el análisis de trastornos psicológicos, psiquiátricos o de personalidad (n=4).

⁴⁵ Las combinaciones de los tribunales se encuentran desglosadas en la tabla XI del anexo IV

Si bien no existe una relación estadísticamente significativa entre el número de autores y los estudios de *sentencing* aplicando el Test exacto de FISHER (p-valor =,083), nos parece llamativo señalar que los estudios de *sentencing* en sentido estricto se realizaron por dos o más autores en todos los casos (ver Tabla XII). Ahora bien, se observaron diferencias significativas entre el idioma⁴⁶ y el tipo de investigación (ver tabla XIII) utilizando la misma prueba (p-valor =,016). El inglés fue utilizado de forma unánime en las investigaciones de *sentencing*, sobresaliendo las de *sentencing* en sentido estricto (45,5%).

Tabla XII. Relación entre el número de autores y la clasificación de estudios propuesta

			Categoría			
			No <i>sentencing</i>	<i>Sentencing</i> (amplio)	<i>Sentencing</i> (estricto)	Total
Autoría	Única	F	4	7	0	11
		%	28,6%	33,3%	0,0%	23,9%
	Dos o más	F	10	14	11	35
		%	71,4%	66,7%	100,0%	76,1%
	Total	F	14	22	11	46
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Tabla XIII. Relación entre el idioma y la clasificación de estudios propuesta

			Categoría			
			No <i>sentencing</i>	<i>Sentencing</i> (amplio)	<i>Sentencing</i> (estricto)	Total
Idioma	Español	F	13	18	6	37
		%	100,0%	90,0%	54,5%	84,1%
		REC	1,9	1,0	-3,1	
	Inglés	F	0	2	5	7
		%	0,0%	10,0%	45,5%	15,9%
		REC	-,19	-1,0	3,1	
Total		F	13	20	11	44
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

La metodología utilizada y el ámbito geográfico se relacionaron con las diferentes categorías establecidas de acuerdo con el Test exacto de FISHER (p-valor <,001) y la relación es fuerte ($V=,486$ y $,514$ respectivamente). Mientras que los estudios que no realizaron *sentencing* utilizaron más la revisión de sentencias sistemática, el *sentencing* en sentido amplio y, especialmente, estricto, utilizó otras fuentes, destacándose la de acceder directamente a los tribunales (ver Tabla XIV). Ello implica, habitualmente, acudir a un juzgado en específico y hasta la fecha la mayoría se han ceñido al nivel local (véase el 60,0% del *sentencing* en sentido estricto en la Tabla XV) y a los Juzgados de lo penal.

⁴⁶ Se trató la categoría ambos como un valor perdido para reducir el número de categorías dada su baja frecuencia (n=2).

Tabla XIV. Relación entre la metodología utilizada y la categorización propuesta

			Categoría			Total
			No <i>sentencing</i>	<i>Sentencing</i> (amplio)	<i>Sentencing</i> (estricto)	
Metodología	Revisión sistemática de sentencias	F	13	18	3	34
		%	92,9%	85,7%	27,3%	73,9%
		REC	1,9	1,7	-4,0	
	Revisión sistemática de expedientes de menores	F	1	0	0	1
		%	7,1%	0,0%	0,0%	2,2%
		REC	1,5	-,9	-,6	
	Otro	F	0	3	8	11
		%	0,0%	14,3%	72,7%	23,9%
		REC	-2,5	-1,4	4,4	
Total		F	14	21	11	46
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Tabla XV. Relación entre el ámbito geográfico y la categorización propuesta

			Categoría			Total
			No <i>sentencing</i>	<i>Sentencing</i> (amplio)	<i>Sentencing</i> (estricto)	
Ámbito geográfico (nivel)	Nacional	F	13	16	2	31
		%	92,9%	76,2%	18,2%	67,4%
		REC	2,4	1,2	-4,0	
	CC. AA	F	1	4	2	7
		%	7,1%	19,0%	18,2%	15,2%
		REC	-1,0	,7	,3	
	Local	F	0	1	7	8
		%	0,0%	4,8%	63,6%	17,4%
		REC	-2,1	-2,1	4,6	
Total		F	F	21	11	46
		%	%	100,0%	100,0%	100,0%

En el *sentencing* en sentido amplio, la mayoría de los estudios se dirigieron a conocer cuál es la respuesta que otorgan los tribunales a un fenómeno delictivo o circunstancia modificativa de la responsabilidad penal (85,7%)⁴⁷, sobre todo a un delito en particular (76,2%). Igualmente, se destaca que un porcentaje minoritario de los estudios analizaron atenuantes o eximentes desde una vertiente más psicológica-jurídica. Por otro lado, el objetivo de algunas investigaciones fue desvelar los factores que influyen en la respuesta otorgada por el tribunal (23,8%) y predecir la respuesta a través de variables legales y/o extralegales (4,8%), como se muestra en la Tabla XVI.

⁴⁷ Como algunos estudios tenían múltiples objetivos, se crearon tres variables dicotómicas cuya respuesta es sí o no.

Tabla XVI. Objetivos de los estudios (*sentencing* en sentido amplio)

Objetivo	F (%)
Respuesta a un fenómeno delictivo o circunstancia modificativa de la responsabilidad penal_sí	18 (85,7)
Factores que influyen_sí	5 (23,8)
Predecir la respuesta_sí	1 (4,8)

En cuanto al *sentencing* en sentido estricto (n=10), la mayoría de los estudios analizaron factores legales y extralegales, destacándose el sexo, seguido de la edad y la nacionalidad. Estos se encontraron en múltiples combinaciones, como se puede observar en la Tabla XVII. El denominador común de todas las investigaciones es la escasez de datos y estudios al respecto. Ahora bien, aunque muchos de ellos concluyen una elevada influencia de los factores legales, también muestran algunos indicios de discriminación en nuestro sistema judicial.

Tabla XVII. Factores analizados (*sentencing* estricto)

Factor	Respuesta	F (%)
Factores analizados (n=10)	Legales	1 (10,0)
	Extralegales	2 (20,0)
	Ambos	7 (70,0)
Factor extralegal (n=10)	Sexo_sí	9 (90,0)
Factor extralegal (n=10)	Edad_sí	6 (60,0)
Factor extralegal (n=10)	Nacionalidad_sí	6 (60,0)
Combinaciones de factores extralegales (n=8)	Sexo, edad y nacionalidad del procesado/a	1 (12,5)
	Sexo, edad, nacionalidad del procesado/a y otro	3 (37,5)
	Sexo y nacionalidad del procesado/a	1 (12,5)
	Sexo, edad y nacionalidad del procesado/a y de la víctima, y otro	3 (37,5)

Los estudios sobre disparidades entre nacionales y extranjeros (casos 1 y 2 del anexo III) encontraron una mayor probabilidad de los segundos de ser condenados. También se identificaron disparidades analizando la suspensión de sentencias y la conformidad de la persona procesada (caso 7 del anexo III). En los delitos sexuales, cuando los/as autores/as eran personas desconocidas, existió una mayor probabilidad de condena (casos 8 y 9 del anexo III) y, en la misma línea, si la agresión se había cometido por la pareja de la víctima, las penas fueron menores (caso 16 del anexo III). A mayores de lo señalado, en este ámbito se encontraron indicios de disparidad en la determinación de la responsabilidad civil, mientras que los factores legales explicaron una gran parte de las penas impuestas (caso 11 del anexo III).

Finalmente, en el sistema de justicia juvenil, se halló discriminación por sexo y edad en el pasado (caso 13 del anexo III), aunque estudios más recientes concluyeron, por un lado, que las diferencias de sexo podrían ser legítimas por las características de los delitos cometidos (caso 10 del anexo III) y, por el otro, que las diferencias no son significativas en ninguna fase del procedimiento judicial (caso 15 del anexo III). Si bien estos resultados deben ser interpretados con cautela (véase que la mayor parte son estudios pioneros y exploratorios que se ciñen a un juzgado o tipología delictiva particular), están sentando las bases de líneas de investigación futura, así como acercándonos, un poco más, a la realidad del sistema judicial en España.

5. Discusión y conclusiones

En la presente revisión sistemática se ha presentado una síntesis del estudio científico de la sentencia, en general, y de los estudios sobre el *sentencing* en particular, mostrando sus usos hasta la fecha. A partir de la revisión llevada a cabo se ha propuesto, además, una clasificación de los estudios empíricos que toman como objeto de análisis la sentencia, diferenciando entre aquellos en los que esta es un instrumento para estudiar algún aspecto de la delincuencia o la criminalidad distinto a la propia resolución judicial (estudios a partir de sentencias) y aquellos otros, que en puridad consideramos estudios de *sentencing*, en los que a través de la sentencia se estudia como objeto directo la aplicación de la ley por los tribunales (estudios de sentencias o de *sentencing*). A su vez se propone subdividir esta categoría entre los estudios de *sentencing* en sentido estricto, cuando se analiza la disparidad en la aplicación de la ley por parte de los tribunales, y en sentido amplio cuando se analiza la aplicación de una figura delictiva, factores que pueden determinar el fallo en uno u otro sentido o se realizan análisis predictivos. Aunque la propuesta se realiza teniendo en cuenta la revisión de los estudios en español, entendemos que la misma es aplicable en general a cualquier estudio científico donde el objeto de análisis sea la sentencia.

Hemos observado 46 estudios que usan la sentencia como fuente de datos de análisis cuantitativo y empírico. Aunque no se trata de una cifra especialmente alta si debiera destacarse la clara tendencia de crecimiento de este tipo de estudios. De 1992 hasta 2018 se publicaron 12 artículos, y en los últimos años casi tres veces más, hasta un total de 33 trabajos. El aumento del interés académico por el estudio científico de la sentencia parece evidente y, quizás, también el aumento en el conocimiento de las metodologías cuantitativas para poderlo llevar a cabo. La mayoría de los artículos científicos en los que se estudia la sentencia son de lo que hemos denominado *sentencing*, es decir, que la sentencia o resolución judicial es no sólo objeto de estudio sino el objetivo directo de investigación. Sin embargo, y frente a lo que parece suceder en el ámbito internacional donde el estudio de la disparidad judicial es más abundante⁴⁸, en España son muchos más (21 frente a 11) los que se ocupan de otros aspectos distintos. Aunque, como se dijo en la introducción, las posibles razones de que esto sea así son variadas, este trabajo ha fortalecido nuestra idea de que podrían ser especialmente relevantes aquellas relacionadas con las particularidades de las fuentes de datos sobre sentencias en nuestro país. El hecho de que frente a las bases de datos que contienen los datos de las sentencias existentes en EE. UU o Inglaterra, en España dispongamos de repositorios jurisprudenciales de las sentencias, conlleva que, para realizar estudios sobre disparidad judicial, sea necesario generalmente llevar a cabo una revisión sistemática de sentencias, un trabajo previo que exige un mayor tiempo y esfuerzo para alcanzar el mismo punto del que parten países como EE.UU. o Reino Unido. Además, y en lo relativo a las características sociodemográficas de procesados/as y víctimas, si bien las sentencias suelen presentar los datos básicos del primer grupo, existen muchas más problemáticas sobre el segundo, ya que rara vez se indica su edad o nacionalidad. Ello dificulta y, en ocasiones, imposibilita el estudio de la disparidad por estas variables, cuyo auge en los países anglosajones es notorio. Del mismo modo, existen otros factores extralegales que no pueden ser estudiados,

⁴⁸ BRANTINGHAM, JQC, 1985, pp. 281-305; DEMUTH, FSR, 2002; DOERNER y DEMUTH, CJPR, 2012, pp. 242-269; DONNELLY, BJC, 2021; HEDDERMAN y BARNES, 2015, pp. 93-117; HOOD, 1992; LIGHTOWLERS y PINA-SANCHEZ, BJC, 2017, pp. 132-154; PINA-SANCHEZ y GRECH, BJC, 2018, pp. 529-549; PINA-SANCHEZ y HARRIS, CLR, 2019, pp. 3-28; RADZINWICZ y HOOD, UPLR, 1979, pp. 1288-1349; SPOHN y SPEARS, «WCJ», 1997, pp. 29-59.

por ejemplo, el nivel socioeconómico, que ha resultado significativo en algunos estudios⁴⁹. Otra dificultad añadida que existe en España es que los repositorios jurisprudenciales no contienen el universo de las sentencias. De hecho, los investigadores en la materia asumen que el porcentaje de sentencias disponibles podría ser relativamente bajo, a excepción de las Audiencias Provinciales donde lo estiman superior⁵⁰. Esto supone un sesgo que se debe considerar en la interpretación de los resultados, dado que se desconocen los criterios de inclusión de las sentencias en los repositorios y, además, obstaculiza conocer los datos de las sentencias dictadas en primera instancia y tribunales superiores. Es por ello que la mayoría de las investigaciones sobre *sentencing* en sentido estricto han decidido acudir directamente a los tribunales, lidiando con la burocracia que supone y ciñéndose al ámbito local o, como mucho, autonómico. De este modo, es posible salvar las limitaciones expuestas ya que se accede a todo el universo de sentencias del órgano jurisdiccional seleccionado, pudiendo conocer una amplitud de datos que no es factible en la actualidad con la revisión sistemática de sentencias. Es cierto que la irrupción de la denominada ciencia abierta abre una tercera posibilidad que podría ayudar a que creciera el conocimiento empírico sobre el funcionamiento de los tribunales españoles. De hecho, muchos trabajos ya incluyen la metodología empleada, fomentando la replicabilidad de las investigaciones. Sin embargo, la reproducibilidad, aún escasa, impide que otros investigadores utilicen los datos recopilados para efectuar análisis diferentes o los mismos códigos con otras bases de datos.

En cuanto a las características que presentan los estudios realizados hasta la fecha, existe una diversidad temática notable, destacándose los relativos a las agresiones sexuales, así como un auge de publicaciones en los últimos años. La coautoría fue predominante y la revisión sistemática de sentencias la metodología más utilizada, aunque fueron muy pocos los/as autores/as que emplearon esta terminología. Así pues, se insta a su uso en el futuro, con el fin de identificar de forma sencilla las investigaciones que aplican esta técnica, cada vez más habitual en el campo de estudio de la Criminología. El ámbito geográfico nacional fue mayoritario, así como la base de datos oficial, el CENDOJ. Los órganos jurisdiccionales objetos de análisis fueron en numerosos casos múltiples, destacándose las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo. Además, el análisis correlacional fue el más utilizado.

Por otro lado, se encontraron diferencias entre categorías. En las investigaciones de *sentencing* existió una menor diversidad temática y se encontró que es más probable que lo lleven a cabo dos o más autores. Ello podría radicar en la necesidad de obtener muestras más amplias, especialmente en los estudios de *sentencing* en sentido estricto para el cual los análisis de regresión son frecuentemente empleados. Asimismo, en esta subcategoría (*sentencing* en sentido estricto) se utilizó más el inglés en los artículos y se acudió a los tribunales, sobre todo, locales, para obtener la información de forma más acentuada (encontrando relaciones estadísticamente significativas para estas variables). Ahora bien, los denominados de *sentencing* en sentido amplio

⁴⁹ DONELLY, BJC, 2021; LOWER y BURROW, «Concentrated disadvantage, racial disparities, and juvenile institutionalization within the context of attribution theory», *Criminal Justice Studies*, vol. 32, núm. 2, 2019, pp. 1-26. <https://doi.org/10.1080/1478601X.2019.1660964>; MYERS y TALARICO, *The social contexts of Criminal Sentencing*, Springer-Verlag, 1987; RODRÍGUEZ, «Concentrated Disadvantage and the Incarceration of Youth Examining How Context Affects Juvenile Justice», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 50, núm. 2, 2013, pp. 189-215. <https://doi.org/10.1177/0022427811425538>

⁵⁰ GARCÍA, «Revisión de sentencias de personas en situación de sinhogarismo en los tribunales penales españoles (años 2016-2020)», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2024. <https://doi.org/10.46381/reic.v22i1.878>; STANCU y VARONA, 2017; TAMARIT et al., 2014, 2022, 2023.

se dirigieron fundamentalmente a conocer el tratamiento de un fenómeno delictivo o circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

Respecto al estudio de factores legales y extralegales en los estudios de *sentencing* en sentido estricto, se destacaron el sexo, la edad y la nacionalidad. A pesar de que la influencia de estas variables fue constatada en algunos estudios, también se encontró que los factores legales tienen un mayor peso. Ahora bien, la escasa bibliografía al respecto ha puesto de manifiesto evidencias de discriminación entre grupos, así como indicios de disparidades en la aplicación de factores legales. Es por ello necesario continuar las líneas de investigación iniciadas y, en el caso de que se confirmen las diferencias en el tratamiento judicial, aplicar medidas para paliarlas.

Puede decirse, pues, que la sentencia judicial es una importante fuente de información científica en España. Temas como la delincuencia, el *modus operandi*, sus agresores y, en menor medida, sus víctimas, pueden ser analizados por medio del estudio de estas resoluciones judiciales. Aun así, es evidente que también en España la justicia es el primer objeto de interés cuando el objeto de estudio es la sentencia. Sin embargo, la tradición jurídica dogmática, claramente predominante frente a la criminológica, ha hecho que la misma haya sido analizada usualmente sin el establecimiento de una metodología o, en el mejor de los casos, desde una perspectiva esencialmente cualitativa, lo que consideramos ha podido influir en el tipo de información recabada. Si bien los repositorios de sentencias favorecen el estudio cualitativo de las resoluciones judiciales, también permiten el estudio cuantitativo de las mismas, pese a sus dificultades. Es más, este tipo de estudio de las resoluciones judiciales, sistemático y cuantitativo, podría ayudarnos a alcanzar una imagen más ajustada sobre la aplicación de la justicia penal por parte de los tribunales. En tiempos en los que el término *lawfare* ha adquirido protagonismo parece aún más necesario avanzar en el estudio dogmático analítico de las resoluciones judiciales con un estudio científico cuantitativo de las sentencias. Al fin y al cabo, con ellas la ley penal se hace realidad, se aplica a personas individuales y a grupos poblacionales, y es fundamental saber si están siendo tratados de forma diferente e injusta atendiendo a características no contempladas en la ley, especialmente por las consecuencias tan graves que puede conllevar, como la limitación de uno de los derechos fundamentales: la libertad.

6. Bibliografía

AEBI, Marcelo y LINDE, Antonia, «El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, vol. 12, núm. 7, 2010, pp. 1-30.

ALBONETTI, Celesta, «An integration of theories to explain judicial discretion», *Social Problems*, vol. 38, núm. 2, 1991, pp. 247-266. <https://doi.org/10.1525/sp.1991.38.2.03a00090>

BLAY, Ester, y GONZÁLEZ, Ignacio, «El techo de cristal en la judicatura española: hipótesis explicativas a partir de las vivencias de las magistradas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 20, núm. 2, 2023, pp. 1-18. <https://doi.org/10.46381/reic.v20i2.673>

BONTRAGER, Stephanie, BARRICK, Kelle y STUPLI, Elizabeth, «Gender and Sentencing: A Meta-Analysis of Contemporary Research», *Journal of Gender, Race & Justice*, vol. 16, núm. 2, 2013, pp. 349-372.

BRANTINGHAM, Patricia, «Sentencing disparity: An analysis of judicial consistency », *Journal of Quantitative Criminology*. vol. 1, núm. 3, 1985, pp. 281-305. <https://doi.org/10.1007/BF01064637>

COHEN, Jacob, *Statistical Power Analysis for the Behavioral Sciences*, 1998.

CID, José y LARRAURI, Elena (coords.). *Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*, Tirant Lo Blanch, 2002.

CUERVO, Keren, PALANQUES, Natalia, VILLANUEVA, Lidón, LÓPEZ, Rita y LÓPEZ, Jesús. «Perfil de los menores del Juzgado de la provincia de Castellón del 2012 al 2016», *Informació psicológica*, núm. 114, 2017, pp. 43-57.

DALY, Katheleen, «Rethinking Judicial Paternalism: Gender, Work-Family Relations and Sentencing», *Gender and Society*, vol. 3, núm. 1, 1989, pp. 1-36. <https://doi.org/10.1177/089124389003001002>

DEMUTH Stephen, «The Effect of Citizenship Status on Sentencing Outcomes in Drug Cases», *Federal Sentencing Reporter*, vol. 14, núm. 5, 2002, pp. 271-275. <https://doi.org/10.1525/fsr.2002.14.5.271>

DOERNER, Jill, y DEMUTH, Stephen, «Gender and Sentencing in the Federal Courts: Are Women Treated More Leniently?», *Criminal Justice Policy Review*, vol. 25, núm. 2, 2012, pp. 242-269. <https://doi.org/10.1177/0887403412466877>

DONELLY Ellen, «Neighborhoods, Criminal Incidents, Race, and Sentencing: Exploring the Racial and Social Context of Disparities in Incarceration Sentences», *British Journal of Criminology*, vol. 62, núm. 1, 2021, pp. 145-164. <https://doi.org/10.1093/bjc/azab046>

ELLIS, Paul D, *The Essential Guide to Effect Sizes. Statistical Power, Meta-Analysis, and the Interpretation of Research Results*, Cambridge University Press, 2020

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, PÁEZ-MÉRIDA, Ana, MONTERO, Alicia y BARTOLOMÉ, Raquel, «La investigación criminológica en tribunales», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 3, 2021, pp. 160-181. <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i3.06>

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther y RECHEA ALBEROLA, Cristina, «¿Un sistema con vocación de reforma? La Ley de responsabilidad penal de los menores», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 4, 2006.

GARCÍA, Isabel «Revisión de sentencias de personas en situación de sinhogarismo en los tribunales penales españoles (años 2016-2020)», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2024. <https://doi.org/10.46381/reic.v22i1.878>

HALEVY, Tamar, «Racial discrimination in sentencing? A study with dubious conclusions», *Criminal Law Review*, 1995, pp. 267-71.

HEDDERMAN, Carol y BARNES, Rebecca, «Sentencing women: an analysis of recent trends», en ROBERTS, Julian (ed.), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, Palgrave Macmillan, 2015, pp. 93-117.

HOOD Roger, *Race and Sentencing: A Study in the Crown Court—A Report for the Commission of Racial Equality*, Oxford University Press, 1992

HOPKINS, Kathryn, UHRIG, Noah, y COLAHAN, Matthed, *Associations between ethnic background and being sentenced to prison in the Crown Court in England and Wales in 2015*, Ministry of Justice Analytical Services, 2016.

LIGHTOWLERS, Carly y PINA-SANCHEZ, Jose, «Intoxication and assault: an analysis of Crown Court sentencing practices in England and Wales», *British Journal of Criminology*, vol. 58, núm. 1, 2017, pp. 132-154. <https://doi.org/10.1093/bjc/azx008>

LIGHTOWLERS, Carly, «Drunk and doubly deviant? The role of gender and intoxication in sentencing assault offences», *British Journal of Criminology*, vol. 59, núm. 3, 2018, pp. 693-717. <https://doi.org/10.1093/bjc/azy041>

LINDE, Antonia y SUMMERS, Lucía «Fuentes de datos para la investigación de la delincuencia en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 19, núm. 2, 2021, pp. 1-20. <https://doi.org/10.46381/reic.v19i2.633>.

LÓPEZ, José María, RUIZ, Úrsula, VARONA, Daniel y VASILESCU, Cristina, «Equality Before the Courts? Studying Citizenship Disparities in Sentencing in Catalonia», *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 29, núm. 4, 2023, pp. 601-624.

LÓPEZ-RIBA, María Jose «El análisis cuantitativo de las identificaciones y las detenciones policiales en España: Datos disponibles, limitaciones e implicaciones», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 19, núm. 2, 2021, pp. 1-30.

LOWER, Patrik G., y BURROW, John D., «Concentrated disadvantage, racial disparities, and juvenile institutionalization within the context of attribution theory», *Criminal Justice Studies*, vol. 32, núm. 2, 2019, pp. 1-26. <https://doi.org/10.1080/1478601X.2019.1660964>

MARTÍ, Marta, GÜERRI, Cristina y PEDROSA, Albert «Fuentes de datos para la investigación criminológica en el ámbito penitenciario en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 19, núm. 2, 2021, pp. 1-31. <https://doi.org/10.46381/reic.v19i2.515>

MIRÓ-LLINARES, Fernando, *El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022

MYERS, Martha y TALARICO, Sussete M., *The social contexts of Criminal Sentencing*, Spirnger-Verlag, 1987.

NAGEL, Illene y HAGAN, John, «Gender and Crime: Offense Patterns and Criminal Court Sanctions», *Crime and Justice*, núm. 4, 1983, pp. 379 ss. <https://doi.org/10.1086/449087>

PÁEZ-MÉRIDA Ana, «Estado de la cuestión del estudio de la influencia del género en la toma de decisiones judiciales», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 19, núm. 5, 2021, pp. 1-25. <https://doi.org/10.46381/reic.v19i1.483>

PAGE, Matthew, MCKENKIE, Joanne, BOSSUYT, Patrick M, BOUTRON, Isabelle, HOFFMANN, Tammy C., MULROW, Cynthia D Larissa SHAMSEER, TETZLAFF, Jennifer M, AKL, Elie A, Sue E BRENNAN, CHOU, Roger, GLANVILLE, Julie, GRIMSHAW, Jeremy M, HRÓBJARTSSON, Asbjørn, LALU, Manoj M, LI, Tianjing, LODER, Elizabeth W, MAYO-WILSON, Evan, McDONALD, Steve, MCGUINNESS, Luke A, STEWART, Lesley A, THOMAS, James, TRICCO, Andrea C, WELCH, Vivian A, WHITING, Penny y MOHER, David, «The PRISMA 2020 statement: an updated guideline for reporting systematic reviews», *Systematic Reviews*, vol. 89, núm. 10, 2021. <https://doi.org/10.1136/bmj.n71>

PAGE, Matthew, MCKENKIE, Joanne, BOSSUYT, Patrick M, BOUTRON, Isabelle, HOFFMANN, Tammy C., MULROW, Cynthia D Larissa SHAMSEER, TETZLAFF, Jennifer M, AKL, Elie A, Sue E BRENNAN, CHOU, Roger, GLANVILLE, Julie, GRIMSHAW, Jeremy M, HRÓBJARTSSON, Asbjørn, LALU, Manoj M, LI, Tianjing, LODER, Elizabeth W, MAYO-WILSON, Evan, McDONALD, Steve, MCGUINNESS, Luke A, STEWART, Lesley A, THOMAS, James, TRICCO, Andrea C, WELCH, Vivian A, WHITING, Penny y MOHER, David, *PRISMA 2020 explanation and elaboration: updated guidance and exemplars for reporting systematic reviews*, 2021.

PINA-SANCHEZ Jose y GRECH Diana, «Location and Sentencing: To What Extent Do Contextual Factors Explain Between Court Disparities?», *British Journal of Criminology*, vol. 58, núm. 3, 2018, pp. 529-549. <https://doi.org/10.1093/bjc/azx033>

PINA-SANCHEZ Jose y HARRIS Lyndon, «Sentencing gender? Investigating the presence of gender disparities in Crown Court sentences», *Criminal Law Review*, vol. 1, núm. 1, 2019, pp. 3-28.

RADZINWICZ, León y HOOD, Roger, «Judicial discretion and sentencing standards: Victorian attempts to solve a perennial problem», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, pp. 1288-1349.

RODRÍGUEZ, Nancy, «Concentrated Disadvantage and the Incarceration of Youth Examining How Context Affects Juvenile Justice», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 50, núm. 2, 2013, pp. 189-215. <https://doi.org/10.1177/0022427811425538>

SENTENCING COUNCIL, Investigating the association between an offender's sex and ethnicity and the sentence imposed at the Crown Court for drug offences, 2020. https://www.drugsandalcohol.ie/31546/1/Sentencing_Sex-and-ethnicity-analysis.pdf

SPOHN, Cassia y SPEARS, Jeffrey, «Gender and case processing decisions: A comparison of case outcomes for male and female defendants charged with violent felonies», *Women and Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 1997, pp. 29-59. https://doi.org/10.1300/J012v08n03_02

STANCU, Oana y VARONA, Daniel, «¿Punitivismo también judicial?: Un estudio a partir de las condenas penales por homicidio en España (2000-2013)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, pp. 1-33.

TAMARIT, Jose María, ROMERO, Pablo, ARANTEGUI, Alazne y AIZPITARTE, Gorrotxategi, «Respuesta judicial a la agresión y al abuso sexual. Relevancia de los factores legales y extralegales en las sentencias», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 27, 2022, pp. 197-238. <https://doi.org/10.5944/rdpc.27.2022.32088>

TAMARIT, Jose María, ROMERO, Pablo, ARANTEGUI, Alazne y AIZPITARTE, Gorrotxategi, «How Criminal Is It To Rape a Partner According to the Justice System? Analysis of Sentences in Spain (2015-2022)», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2023. <https://doi.org/10.1007/s10610-023-09537-x>

TAMARIT, Josep María, GUARDIOLA, Maria Jesús, HERNÁNDEZ-HIDALGO, Patricia y PADRÓ-SOLANET, Albert. (2014). «La victimización sexual de menores de edad: un estudio de sentencias», *Revista Española De Investigación Criminológica*, vol. 12, núm. 4, 2014, pp. 1-39. <https://doi.org/10.46381/reic.v12i0.83>

TOMKINS, Alan, BORNSTEIN, Brian, HERIAN, Mitchel Normal y ROSENBAUM, David «An Experiment in the Law: Studying a Technique to Reduce Failure to Appear in Court», *Court Review: The*

Journal of the American Judges Association, vol. 48, núm. 3, 2012, pp. 96-106.
<https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i3.06>

TONRY, Michael, *Malign neglect: Race, crime, and punishment in America*, Oxford University Press, Oxford University Press, New York, 1995.

TONRY, Michael, *Sentencing matters*, Oxford University Press, New York, 1998.

TORRENTE, Diego, GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea y BARTOLOMÉ, Raquel «Medición de la delincuencia y la victimización», en BARBERET, Rosemary, BARTOLOMÉ, Raquel y FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther (Coords.), *Metodología de investigación en Criminología*, Tirant lo blanch, 2019, pp. 67-95.

VARONA, Daniel, KEMP, Steven y BENÍTEZ, Olivia, «La conformidad en España Predictores e impacto en la penalidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, pp. 307-336.

WEISBURD, David y BRITT, Chester, *Statistics in Criminal Justice*, Springer, 2014

WEISBURD, David, BRITT, Chester, WILSON, David y WOODITCH, Alese, *Basic Statistics in Criminology and Criminal Justice*, Springer, 2020.

7. Anexos

Anexo I. *Checklist*, estrategia de búsqueda y diagrama de flujo de la revisión sistemática

Tabla I. Aplicación de la *checklist* de revisiones sistemáticas de la guía PRISMA

Section and Topic	Item #	Checklist item	Could the item be applied? ⁱ
TITLE			
Title	1	Identify the report as a systematic review.	
ABSTRACT			
Abstract	2	See the PRISMA 2020 for Abstracts checklist.	
INTRODUCTION			
Rationale	3	Describe the rationale for the review in the context of existing knowledge.	
Objectives	4	Provide an explicit statement of the objective(s) or question(s) the review addresses.	
METHODS			
Eligibility criteria	5	Specify the inclusion and exclusion criteria for the review and how studies were grouped for the syntheses.	
Information sources	6	Specify all databases, registers, websites, organisations, reference lists and other sources searched or consulted to identify studies. Specify the date when each source was last searched or consulted.	
Search strategy	7	Present the full search strategies for all databases, registers and websites, including any filters and limits used.	
Selection process	8	Specify the methods used to decide whether a study met the inclusion criteria of the review, including how many reviewers screened each record and each report retrieved, whether they worked independently, and if applicable, details of automation tools used in the process.	
Data collection process	9	Specify the methods used to collect data from reports, including how many reviewers collected data from each report, whether they worked independently, any processes for obtaining or confirming data from study investigators, and if applicable, details of automation tools used in the process.	
Data items	10a	List and define all outcomes for which data were sought. Specify whether all results that were compatible with each outcome domain in each study were sought (e.g. for all measures, time points, analyses), and if not, the methods used to decide which results to collect.	
	10b	List and define all other variables for which data were sought (e.g. participant and intervention characteristics, funding sources). Describe any	

		assumptions made about any missing or unclear information.	
Study risk of bias assessment	11	Specify the methods used to assess risk of bias in the included studies, including details of the tool(s) used, how many reviewers assessed each study and whether they worked independently, and if applicable, details of automation tools used in the process.	
Effect measures	12	Specify for each outcome the effect measure(s) (e.g. risk ratio, mean difference) used in the synthesis or presentation of results.	X
Synthesis methods	13a	Describe the processes used to decide which studies were eligible for each synthesis (e.g. tabulating the study intervention characteristics and comparing against the planned groups for each synthesis (item #5)).	
	13b	Describe any methods required to prepare the data for presentation or synthesis, such as handling of missing summary statistics, or data conversions.	
	13c	Describe any methods used to tabulate or visually display results of individual studies and syntheses.	
	13d	Describe any methods used to synthesize results and provide a rationale for the choice(s). If meta-analysis was performed, describe the model(s), method(s) to identify the presence and extent of statistical heterogeneity, and software package(s) used.	
	13e	Describe any methods used to explore possible causes of heterogeneity among study results (e.g. subgroup analysis, meta-regression).	X
	13f	Describe any sensitivity analyses conducted to assess robustness of the synthesized results.	X
Reporting bias assessment	14	Describe any methods used to assess risk of bias due to missing results in a synthesis (arising from reporting biases).	
Certainty assessment	15	Describe any methods used to assess certainty (or confidence) in the body of evidence for an outcome.	X
RESULTS			
Study selection	16a	Describe the results of the search and selection process, from the number of records identified in the search to the number of studies included in the review, ideally using a flow diagram.	
	16b	Cite studies that might appear to meet the inclusion criteria, but which were excluded, and explain why they were excluded.	
Study characteristics	17	Cite each included study and present its characteristics.	
Risk of bias in studies	18	Present assessments of risk of bias for each included study.	X

Results of individual studies	19	For all outcomes, present, for each study: (a) summary statistics for each group (where appropriate) and (b) an effect estimate and its precision (e.g. confidence/credible interval), ideally using structured tables or plots.	
Results of syntheses	20a	For each synthesis, briefly summarise the characteristics and risk of bias among contributing studies.	
	20b	Present results of all statistical syntheses conducted. If meta-analysis was done, present for each the summary estimate and its precision (e.g. confidence/credible interval) and measures of statistical heterogeneity. If comparing groups, describe the direction of the effect.	
	20c	Present results of all investigations of possible causes of heterogeneity among study results.	
	20d	Present results of all sensitivity analyses conducted to assess the robustness of the synthesized results.	X
Reporting biases	21	Present assessments of risk of bias due to missing results (arising from reporting biases) for each synthesis assessed.	
Certainty of evidence	22	Present assessments of certainty (or confidence) in the body of evidence for each outcome assessed.	X
DISCUSSION			
Discussion	23a	Provide a general interpretation of the results in the context of other evidence.	
	23b	Discuss any limitations of the evidence included in the review.	
	23c	Discuss any limitations of the review processes used.	
	23d	Discuss implications of the results for practice, policy, and future research.	
OTHER INFORMATION			
Registration and protocol	24a	Provide registration information for the review, including register name and registration number, or state that the review was not registered.	X
	24b	Indicate where the review protocol can be accessed, or state that a protocol was not prepared.	X
	24c	Describe and explain any amendments to information provided at registration or in the protocol.	X
Support	25	Describe sources of financial or non-financial support for the review, and the role of the funders or sponsors in the review.	
Competing interests	26	Declare any competing interests of review authors.	
Availability of data, code and	27	Report which of the following are publicly available and where they can be found: template data collection forms; data extracted from included studies; data used	

other materials		for all analyses; analytic code; any other materials used in the review.	

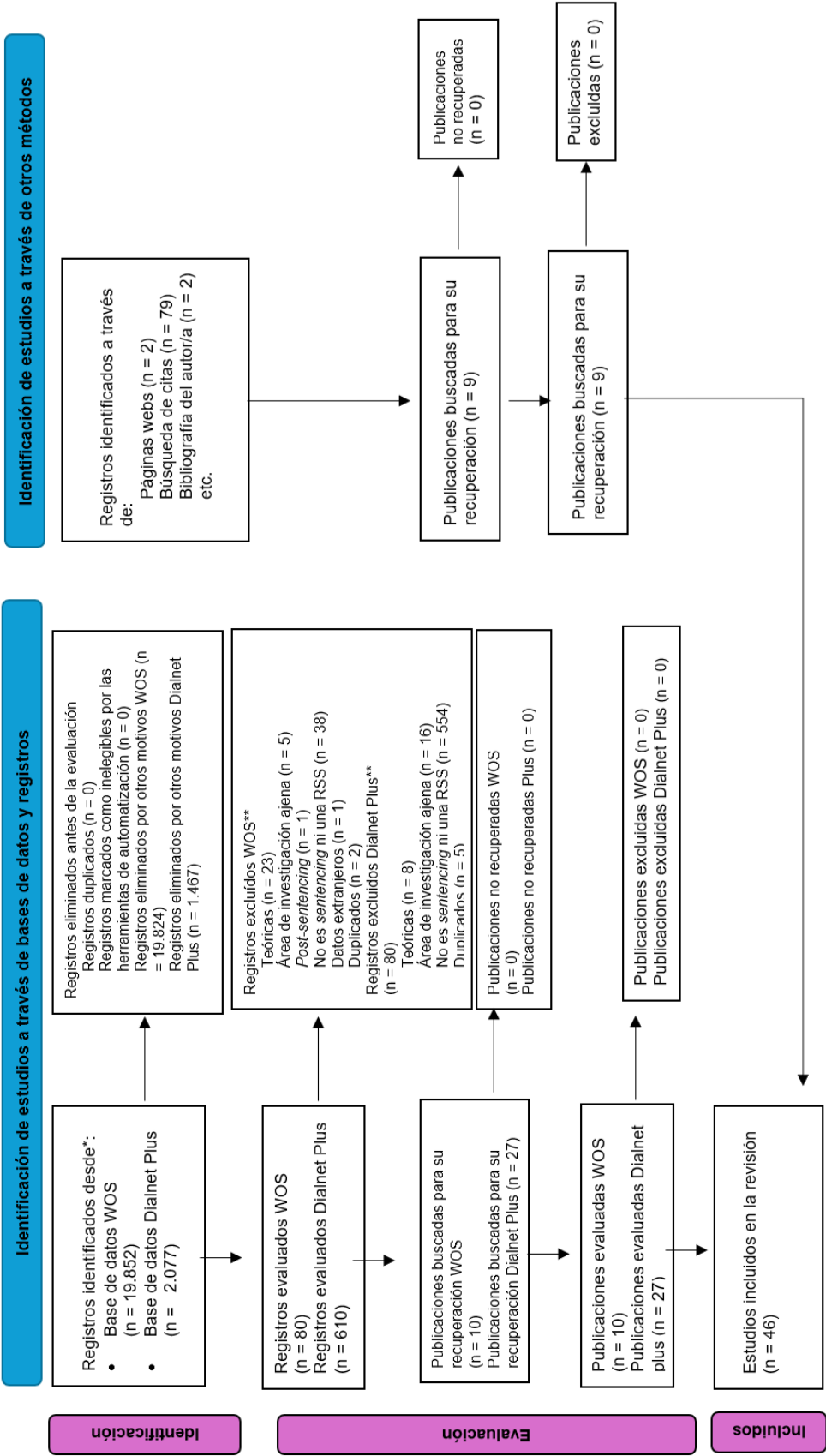
ⁱX representa que no se pudo aplicar el ítem

Tabla II. Estrategia de búsqueda de la revisión sistemática

Nº b ⁱ	Fecha	Buscador	Filtro/s
1º	02/01/24	WOS	Ti="Sentencing", exact search • Language = Spanish
2ª	04/01/24	WOS	Ti="Sentencing", exact search • Region = Spain
3ª	04/01/24	WOS	Topic="Sentencing", exact search • Filter country: Spain.
4º	07/01/24	Dialnet Plus	Barra de texto= "Sentencing", exact search Filtros: • Textos completos • Materias: ciencias jurídicas • Submaterias Dialnet: Derecho procesal y penal
5º	07/01/24	Dialnet Plus	Barra de texto= "Sentencing", exact search Filtros: • Textos completos • Materias: ciencias sociales
6ª	07/01/24	Dialnet Plus	Barra de texto= "Sentencing", exact search Filtros: • Textos completos • Materias: Psicología y educación
7ª	07/01/24	Dialnet Plus	Barra de texto= "revisión de sentencias"
8ª	23/01/24	Dialnet Plus	Barra de texto= "estudio de sentencias"
9ª	23/01/24	Dialnet Plus	Barra de texto= "análisis de sentencias"
10ª	24/01/24	Dialnet Plus	Barra de texto= "revisión jurisprudencial"
11ª	24/01/24	Dialnet Plus	Barra de texto= "estudio jurisprudencial" Filtros: • Materias: Ciencias jurídicas • Submateria: Derecho procesal y penal
12ª	24/01/24	Dialnet Plus	Barra de texto= "análisis jurisprudencial" Filtros: • Materias: Ciencias jurídicas • Submateria: Derecho procesal y penal

¹ Número de búsqueda

Figura 1. Diagrama de flujo PRISMA 2020



Recuperado de: PAGE/McKENZIE/BOSSUYT/BOUTRON/HOFFMANN/MULROW et al. The PRISMA 2020 statement: an updated guideline for reporting systematic reviews. BMJ 2021;372:n71. doi: 10.1136/bmj.n71. Traducción propia. Para más información: <http://www.prisma-statement.org/>

Anexo II. Extracción de datos y calidad metodológica

Tabla III. Ficha de extracción de datos

Parte	Nº	Ítem	Respuesta
(I) Características básicas	1	Año de publicación	Indicar cifra
	2	Idioma	Español, inglés o ambos
	3	Autoría	Indicar número
	4	Metodología de obtención de los datos	Revisión sistemática de sentencias, de expedientes de menores u otra (indicar cual)
	5	Objeto de estudio	Sentencias o expedientes de menores
	6	Tamaño de la muestra	Indicar cifra. Si es posible, diferenciar por sentencias, víctimas y procesados/as
(II) Revisiones sistemáticas	7	Término metodológico utilizado en la investigación	Se diferencia: a) revisión sistemática de sentencias; b) revisión de sentencias; c) revisión de expedientes de menores; d) estudio de sentencias; e) análisis de sentencias y f) otro (indicar cual)
	8	Ámbito geográfico	Nacional, autonómico (indicar CC. AA) o local (indicar municipio o ciudad)
	9	Juzgados incluidos	Esta pregunta es multirespuesta: a) Juzgados de lo penal; b) Audiencias provinciales; c) Tribunal Superior de Justicia; d) Tribunal Supremo; e) Audiencia Nacional; f) Juzgado de menores; y otro (indicar cual, también si no aplica)
	10	Base de datos utilizada	Esta pregunta es multirespuesta: a) CENDOJ; b) Aranzadi; c) VLex; d) La Ley; e) LEFEBVRE-el derecho; f) Tirant <i>online</i> ; y, g), no utilizan ninguna base de datos, acuden directamente a los tribunales
	11	Nivel más alto de análisis de datos	Contemplando tres opciones: descriptivo, correlacional o regresión
	12	Tipo de análisis predominante	Con dos posibilidades: cuantitativo o mixto
(III) <i>Sentencing</i>	13	¿La investigación hace <i>sentencing</i> ?	Se pregunta por <i>sentencing</i> , siendo la respuesta dicotómica: sí o no
	14	¿Se menciona que hace <i>sentencing</i> ?	Respuesta dicotómica: sí o no
	15	Si la respuesta anterior es afirmativa, ¿en qué parte se recoge el término <i>sentencing</i> ?	Las posibles respuestas son: a) título; b) en las palabras clave o en el resumen; c) únicamente en el desarrollo del texto; e) en el título y en las palabras clave o en el resumen; f) en las palabras clave o en el resumen y en el desarrollo; y, g), en las palabras clave o en el resumen y en el desarrollo del texto
	16	Objetivos (<i>sentencing</i> en sentido amplio)	Contemplando tres posibilidades con dos posibilidades (sí o no): respuesta a un fenómeno delictivo o circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; factores que influyen y predecir la respuesta

	17	Tipo de factores analizados generales (<i>sentencing</i> en sentido estricto)	Con tres opciones de respuesta: legales, extralegales o ambos
	18	Tipo de factores analizados específicos (<i>sentencing</i> en sentido estricto)	Contemplando: sexo, edad y nacionalidad, tanto de la víctima como del procesado; sexo del/a juez o magistrado; y una combinación de los anteriores (se detalla en la respuesta)

Tabla IV. Checklist *ad hoc* para medir la calidad metodológica de los estudios incluidos en la revisión sistemática y resultados

Nº ítem	Ítem	Presente n (%)	Ausente n (%)
1	Presenta los objetivos de la investigación	46 (100,0)	0 (0,0)
2	Define el objeto de estudio	44 (95,7)	2 (4,3)
3	Elabora una estrategia de búsqueda (delimitación temporal y conceptual)	46 (100,0)	0 (0,0)
4	Incluye las palabras clave utilizadas en el/los repositorio/s jurisprudencial/es seleccionado/s	21 (45,7)	25 (54,3)
5	Presenta la estrategia de búsqueda (incluyendo resultados recuperados, seleccionados y excluidos)	24 (52,2)	22 (47,8)
6	Elabora los criterios de inclusión y/o exclusión	44 (95,7)	2 (4,3)
7	Diseña un cuestionario de extracción o una ficha de recogida de datos	46 (100,0)	0 (0,0)
8	Presenta el cuestionario de extracción o la ficha de recogida de datos	4 (8,7)	42 (91,3)
9	Define la/s unidad/es de análisis	46 (100,0)	0 (0,0)
10	Incluye que el tamaño del universo es conocido (o justifican porque no se puede conocer)	35 (76,1)	11 (23,9)
11	Incluye que el tamaño de la muestra es conocida	45 (97,8)	1 (2,2)
12	Utiliza una muestra representativa o, en su defecto, analiza todo el universo	38 (82,6)	8 (17,4)
13	Presenta las limitaciones de la investigación	46 (100,0)	0 (0,0)
14	Los datos recopilados están disponibles en formato abierto	4 (8,7)	42 (91,3)
15	El código utilizado para analizar los datos está disponible en acceso abierto	3 (6,5)	43 (93,5)
16	Ha anonimizado los resultados (ya sea por los investigadores/as o en un paso previo en las fuentes secundarias)	43 (93,5)	3 (6,5)
17	Ha sido aprobado por un comité ético o, en el caso de que no sea necesario, está justificado en el estudio. Si no se menciona, se otorgará el valor de ausente)	2 (4,3)	44 (95,7)

Anexo III. Muestra

Tabla V. Documentos analizados en la revisión sistemática

Nº	Autoría	Título	Libro, revista u otro (indicar)	Clasificación ⁱ
1	López, José María, Ruiz, Úrsula, Varona, Daniel y Vasilescu, Cristina	Equality Before the Courts? Studying Citizenship Disparities in Sentencing in Catalonia	European Journal on Criminal Policy and Research	3
2	Kemp, Steven y Varona, Daniel	Foreign and Dangerous? Unpacking the Role of Judges and Prosecutors in Sentencing Disparities in Spain	The British Journal of Criminology	3
3	Salat, Marc	¿Qué influye en las condenas por el delito de trata de seres humanos? un estudio a partir de un análisis de sentencias judiciales	Revista General de Derecho Penal	2
4	Kemp, Steven y Varona, Daniel	Is there a penalty for going to trial in Spain? Plea bargaining and courtroom efficiency	European Journal of Criminology	3
5	Osana, Stancu y Varona, Daniel	What about judicial punitiveness? a study of homicide convictions in Spain (2000–2013)	Criminal Law Forum	2
6	Arantegui, Laura	Child sexual abuse in religious institutions: A comparative study based on sentences in Spain	European Journal of Criminology	2
7	Varona, Daniel y Kemp, Steven	Suspended Sentences in Spain: An Alternative to Prison or a “Bargaining Chip” in Plea Negotiations?	European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice	3
8	Cid, José y Larrauri, Elena (coords.); Gonzalo, Juan, Lahoz, Jennifer, Marayca, López, Tébar, Beatriz y Varona, Daniel	Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los Juzgados de lo Penal	Libro	3
9	Tamarit, Josep María, Guardiola, Maria Jesús, Hernández-Hidalgo, Patricia y Padró-Solanet, Albert	La victimización sexual de menores de edad: un estudio de sentencias	Revista Española de Investigación Criminológica	3
10	Páez-Mérida, Ana y Montero, Alicia	¿Cómo se juzga a las chicas en el sistema de justicia juvenil español? Un estudio exploratorio a partir de datos primarios	Revista Española de Investigación Criminológica	3
11	Tamarit, Josep María, Aizpitarte, Alazne, Arantegui, Laura y Romero, Pablo	Respuesta judicial a la agresión y al abuso sexual: relevancia de los factores legales y extralegales en las sentencias	Revista de Derecho penal y Criminología	3
12	Rubio-Martín, María José, Blanco, Francisca y Ballesteros, Esmeralda	¿Qué queda del mito de la violación real? Un estudio de caso basado en análisis de sentencias judiciales	Revista Española de Sociología	2
13	D'Ancona, Cea	La justicia de menores en España	Libro	3
14	Pérez, Fátima	Menores infractores: Estudio empírico de la respuesta penal	Libro	2
15	Gallego, Ricardo y Bartolomé, Raquel	El efecto del género en la toma de decisiones en el sistema de Justicia Juvenil	Oñati Socio-Legal Series	3
16	Tamarit, Josep María, Romero, Pablo, Arantegui, Laura y Aizpitarte, Alazne	How Criminal Is It to Rape a Partner According to the Justice System? Analysis of Sentences in Spain (2015–2022)	European Journal on Criminal Policy and Research	3
17	Riberas-Gutiérrez, María, Reneses, María, Gómez-Dorado, Aarón, Serranos-Minguela,	Online Grooming: Factores de Riesgo y Modus Operandi a Partir de un Análisis de Sentencias Españolas	Anuario de Psicología Jurídica	1

	Laura y Bueno-Guerra, Nereida			
18	Salat, Marc	Análisis descriptivo de sentencias sobre trata de personas: Un estudio de casos judiciales entre 2011 y 2019	Revista Española de Investigación Criminológica	1
19	Mohino, Susana, Pujol, Amadeo y Idiaquez, Itziar	Personality Disorders and Criminal Responsibility in the Spanish Supreme Court*	Journal of Forensic Sciences	2
20	Lorenzo, Florencia y Agustina, José	Sobre el confuso concepto de psicopatía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: una revisión crítica ante los nuevos retos del Derecho penal de la peligrosidad	Política criminal	2
21	Pérez, María Luz, Bembibre, Judith y Ramos, Inmaculada	La protección frente a los efectos de la victimización secundaria en el proceso penal con menores víctimas de abuso sexual: un análisis mediante revisión de sentencias	Revista Electrónica de Criminología	2
22	García, Isabel	La aporofobia en el sistema penal español	Libro	1
23	Pintado, Olatz	Trastornos mentales y violencia: Implicaciones jurídico forenses	International E-Journal of Criminal Sciences	2
24	Fernández, Cruz y Agustina, José	Análisis jurídico-criminológico del <i>stalking</i> a partir de un estudio de sentencias	International E-Journal of Criminal Sciences	1
25	Salazar, Sandra y Garrido, Vicente	Los asesinos múltiples en España: un estudio a través de las sentencias	Revista de Derecho penal y Criminología	1
26	Cea, Blanca, Camplá, Xaviera, Vilariño, Manuel y Novo, Mercedes	Victimización primaria y secundaria en la violencia sexual contra mujeres adultas en sentencias penales	Capítulo de libro (<i>Psicología jurídica y forense</i>)	1
27	Hava, Esther	Un estudio descriptivo de los homicidios y asesinatos enjuiciados por el Tribunal Supremo entre 2017 y 2021	Revista Española de Investigación Criminológica	2
28	Jiménez, Serafín, Camplá, Xaviera y Seijo, Dolores	Análisis de sentencias de delitos contra la libertad sexual con agresores múltiples	Psicología jurídica y forense: investigación para la práctica profesional	2
29	Expósito, Jiménez, Herrera, Antonio y Herrera, M ^a Carmen	Ley integral contra la violencia de género: análisis de sentencias	Capítulo de libro (<i>Psicología jurídica. Entorno judicial y delincuencia</i>)	2
30	Longueira, Marta, Blanca, Cea y Montes, Álvaro	Perfil del adolescente en conflicto con la ley: análisis de sentencias judiciales	Revista Iberoamericana de Justicia Terapéutica	2
31	Guirao, M ^a Carmen	El delito de autoadoctrinamiento: ¿adelantamiento de la intervención penal a la mera ideación subjetiva? Análisis de sentencias	Revista para el análisis del derecho (InDret)	2
32	Álvarez, Paula, Díaz, Óscar y Jordá, Carmen	Trastorno de la personalidad antisocial y delincuencia: análisis de sentencias (2009-2019)	EduPsykhé. Revista de Psicología y Educación	2
33	Fernández, Concepción y Ortega, Paulina Belén	Mapa de heridas impunes: análisis de sentencias absolutorias en casos de violencia sexual hacia menores	Oñati Socio-Legal Series	2
34	Janosch, Heriberto, Pérez, Francisco, Nut, Diana y Marset, Miguel	Asaltantes sexuales desconocidos para la víctima en España: un análisis mediante escalamiento multidimensional (emd) a partir de un análisis de sentencias	Revista de Derecho penal y Criminología	1
35	Meneses-Falcón, Carmen y Urío, Santiago	La trata con fines de explotación sexual en España: ¿Se ajustan las estimaciones a la realidad?	Revista Española de Investigaciones Sociológicas	1
36	Cea, Blanca, Fernández, Silvia y Montes, Álvaro	Análisis psicosocial de sentencias judiciales en casos de pornografía infantil	Revista Iberoamericana de Justicia Terapéutica	2

37	Soria-Verdea, Miguel Ángel, Pufuleteb, Elena y Álvarez-Llaberiac, Francesc Xavier	Homicidios en la Pareja: Explorando las Diferencias entre Agresores Inmigrantes y Españoles	Anuario de Psicología Jurídica	1
38	Ocariz, Estefanía, Bermejo, Fernando y San Juan, César	Perfil psicosocial de menores inmigrantes infractores un estudio retrospectivo mediante el análisis de sentencias registradas en los Juzgados de Menores de San Sebastián, Bilbao y Vitoria; el periodo 2001-2003.	Capítulo de libro (<i>Psicología social y problemas sociales</i>)	1
39	López de Zubiría, Sandra	Una revisión crítica del tratamiento de la violencia de género en España y en Europa a partir de una perspectiva criminológica	Tesis doctoral	1
40	Dujo, Victor	La psicopatía en la actualidad: abordaje clínico-legal y repercusiones forenses en el ámbito penal	Psicopatología Clínica, Legal y Forense	1
41	Panyella-Carbó, Maria Neus y Agustina, José R	Sumisión química versus vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias	Revista Española de Investigación Criminológica	1
42	Torres, Claudia	La trata de seres humanos como criminalidad económica: análisis jurisprudencial	Anuario de Derecho penal y ciencias penales	2
43	Giménez-Salinas, Andrea, Pérez, Mercedes, Cancio, Manuel, Díaz, Juan Alberto, Jordá, Carmen y Díaz, Paloma	Análisis de casos y sentencias. En materia de racismo, xenofobia, lgbtifobia y otras formas de intolerancia 2014-2017	Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social	2
44	Giménez-Salinas, Andrea, Landa, Jon-Mirena, Fernández, Beatriz, Gordon, Iñigo, Martín, Uxue y Montoya, Maider	Análisis de casos y sentencias. En materia de racismo, xenofobia, lgbtifobia y otras formas de intolerancia 2018-2022	Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social	2
45	García, Isabel	Revisión de sentencias sistemática de personas en situación de sinhogarismo en los tribunales penales españoles (años 2016-2020)	Revista Española de Investigación Criminológica	1
46	García, Isabel	Delitos de odio <i>online</i> y jurisprudencia. Un estudio de sentencias (años 2018-2022)	Revista Española de Investigación Criminológica (en evaluación)	2

ⁱ Según la clasificación propuesta: (1) sentencia como fuente de información; (2) *sentencing* en sentido amplio; y (3) *sentencing* en sentido estricto

Anexo IV. Temáticas y juzgados de los documentos analizados**Tabla VII. Temática específica de los documentos analizados**

Temática	F	%
Delitos sexuales (adultos)	2	4,3
Delitos sexuales (menores)	6	13,0
Delitos sexuales (ambos)	4	8,7
Disparidad por nacionalidad	2	4,3
Trata de personas	4	8,7
Sistema juvenil y género	2	4,3
Punitivismo (homicidio)	1	2,2
Suspensión de sentencias y negociación	2	4,3
Sistema juvenil	3	6,5
<i>Online grooming</i>	1	2,2
Trastornos de personalidad	3	6,5
Psicopatía	2	4,3
Sinhogarismo	2	4,3
<i>Stalking</i>	1	2,2
Asesinatos múltiples	1	2,2
Homicidios y asesinatos	1	2,2
Violencia de género	2	4,3
Delito de autoadoctrinamiento	1	2,2
Pornografía infantil	1	2,2
Homicidio (extranjeros vs. nacionales)	1	2,2
Menores inmigrantes	1	2,2
Delitos de odio	3	6,5
Total	46	100,0

Tabla XI. Combinaciones de los Juzgados

Combinaciones	F	%
Audiencias Provinciales, Tribunal Superior de Justicia y Tribunal Supremo	2	22,2
Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo	2	22,2
Juzgados de lo Penal, Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo	1	11,1
Juzgados de lo Penal, Audiencias Provinciales, Tribunal Superior de Justicia y Tribunal Supremo	2	22,2
Audiencias Provinciales, Tribunal Supremo y Audiencia Nacional	1	11,1
Juzgados de lo Penal y Audiencia Nacional	1	11,1
Total	9	100,0

Andrea Jamardo Lorenzo
Universidad de León

Sumario

El presente trabajo constituye una reflexión conducente al enunciado de algunas claves en torno a la dimensión tecnológica de la cadena de custodia en el ordenamiento jurídico español. A las dificultades propias de la cadena de custodia tradicional, dado lo exiguo de su regulación, se le suman diversas complejidades fruto de su dimensión tecnológica. En tal sentido, se expone cómo se construye y el modo en que se formulan sus vertientes material y formal, analizando específicamente la problemática que surge de cara a la acreditación de la mismidad de la prueba tecnológica y las diferentes soluciones contempladas. Finalmente, concluye con una serie de reflexiones y propuestas de lege ferenda.

Abstract

This paper is a study of the technological nature of the chain of custody in the Spanish legal system. In addition to the difficulties inherent to the traditional chain of custody, given its limited regulation, there are several complexities resulting from its technological dimension; in this sense, the paper explains how it is constructed and the way in which its material and formal aspects are formulated. It specifically analyzes the problem that arises in the face of the accreditation of the sameness of technological evidence and examines the different solutions that have arisen. It concludes with a few reflections and proposals de lege ferenda.

Title: Some issues on the digital nature of the chain of custody

Palabras clave: análisis prospectivo-legal; cadena de custodia tecnológica; mismidad de la prueba tecnológica; tecnologías disruptivas.

Keywords: prospective legal analysis; digital chain of custody; sameness of the digital evidence; disruptive technologies.

DOI: 10.31009/InDret.2025.i2.07

-	
	1. Introducción: origen y construcción de la cadena de custodia en el ordenamiento jurídico español
	2. Exposición de la problemática específica que afecta a la cadena de custodia tecnológica
	2.1. En relación con los caracteres específicos de la fuente de prueba tecnológica
	2.2. En relación con el incremento de la ciberdelincuencia y la investigación tecnológica en el proceso penal
	2.3. En relación con la protección de derechos fundamentales
	3. La configuración de la cadena de custodia tecnológica
	3.1. La formulación de las vertientes formal y material
	3.2. El alcance de la vertiente formal de la cadena de custodia tecnológica
	a. La corrección de la cadena de custodia tecnológica y la mismidad de la prueba
	b. La impugnación de la cadena de custodia tecnológica y carga de la prueba
	c. La fiabilidad y valoración de la prueba tecnológica en virtud de la cadena de custodia
	3.3. El alcance de la vertiente material de la cadena de custodia tecnológica
	4. Las tecnologías disruptivas al servicio de la cadena de custodia
	4.1. La corrección de la cadena de custodia a través del uso de sistemas <i>blockchain</i>
	4.2. La eventual aplicación de inteligencia artificial en el ámbito de la investigación y actividad probatoria con incidencia en la cadena de custodia
	a. Nociones previas
	b. Análisis de las posibilidades
	5. Análisis prospectivo-legal de la figura de la cadena de custodia a la luz de la regulación proyectada en los anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal de los años 2011 y 2020
	5.1. Valoración crítica
	5.2. Algunas propuestas de <i>lege ferenda</i>
	6. A modo de conclusión
	7. Bibliografía
-	

1. Introducción: origen y construcción de la cadena de custodia en el ordenamiento jurídico español*

Constituye la cadena de custodia una realidad compleja cuyo interés no ha hecho sino crecer con el tiempo. Reflejo de ello es la evolución que esta figura ha experimentado con el paso del tiempo: evolución que se inició en la década de los años noventa, continuando incansablemente hasta la actualidad y a lo largo de tres etapas diferenciadas que canalizan la evolución jurisprudencial y la construcción jurídica de esta figura: la primera, concerniente al origen de la cadena de custodia en nuestro ordenamiento jurídico; la segunda, en la que se profundiza en la materia mediante el avance en algunos puntos específicos; y, por último, la tercera y actual etapa, que se constituye con ocasión de la consolidación de los elementos que ahora conocemos como esenciales en materia de cadena de custodia¹. Oportuno es señalar que este camino evolutivo comienza a nivel jurisprudencial y en respuesta a un contexto de ausencia normativa, circunstancia que impulsa directamente un papel excesivamente activo por parte de nuestros tribunales en la construcción jurídica de la cadena de custodia. Aunque ciertamente la tarea de remediar la problemática derivada de la ausencia de regulación corresponde, desde luego, al legislador.

Atendiendo muy especialmente a la evolución sintetizada en las líneas anteriores y con el propósito de precisar el camino que parece seguir la configuración jurídica de la cadena de custodia en el ordenamiento jurídico español, podemos sostener que nos hallamos, con toda probabilidad, en un contexto de tránsito en el que, precisamente, estamos a la espera del nacimiento de una nueva etapa (hecho que naturalmente se producirá con la aprobación de una

* Andrea Jamardo Lorenzo (ajaml@unileon.es). Doctora en Derecho y profesora sustituta de Derecho Procesal. Universidad de León.

¹ En relación con la diferenciación de estas tres etapas evolutivas, muy sintéticamente podemos exponer algunos de los hitos jurisprudenciales que las componen. Así, la primera etapa se encuadra temporalmente entre los años noventa y hasta aproximadamente el año 2002. Si bien lo característico de esta etapa es el escaso desarrollo jurídico de la cadena de custodia, no podemos dejar de mencionar ciertas resoluciones jurisprudenciales que ponen en valor la figura analizada (al menos, dejan entrever el comienzo de este camino evolutivo). Éste es el caso de la SAP SE 440/1998, de 11 de julio, ECLI:ES:APM:1998:4277, donde se alude a la “continuidad de la cadena de custodia”; también, muy en relación con el deber de documentación como medio de acreditar la regularidad de la cadena de custodia o con la posibilidad de subsanar errores en base a las testificales de los intervinientes en la misma, podemos mencionar la STS 936/1998, de 13 de julio, ECLI:ES:TS:1998:4686, y la SAP SE 687/1998, de 16 de noviembre, ECLI:ES:APSE:1998:3825. Cobran especial relevancia, además, la STSJ CAT 1/2000, de 21 de febrero, ECLI:ES:TSJCAT:2000:2298 (rompe con la vinculación en exclusiva de la cadena de custodia con las muestras de droga y se vincula al análisis de una prueba de ADN) y la STS 1587/2001, de 11 de septiembre, ECLI:ES:TS:2001:6733 (introduce el término ‘corrección de la cadena de custodia’). Con la llegada de la segunda etapa (años 2003 a 2009, aproximadamente) surgen las primeras conceptualizaciones y una superficial concreción de las consecuencias de la ruptura de la cadena de custodia en relación con su incidencia en la fiabilidad de la prueba pericial (ilustra esta cuestión, entre otras, la STS 925/2008, Sala de lo Penal, de 26 de diciembre, ECLI:ES:TS:2008:7258). Finalmente, la tercera y actual etapa se inicia con la introducción del término mismidad de la prueba (SAP B 123/2009, de 25 de febrero, ECLI:ES:APB:2009:1719; STS 1190/2009, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7710; STS 6/2010, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2009:542) y se caracteriza por la consolidación jurisprudencial de los elementos esenciales de la cadena de custodia, concretando más concienzudamente las consecuencias jurídicas de una eventual ruptura de la misma (por ejemplo, STS 587/2014, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2014:3086; STS 90/2021, de 3 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:319; STS 241/2024, de 13 de marzo, ECLI:ES:TS:2024:1342; STS 317/2024, de 22 de julio, ECLI:ES:TS:2024:11267). *Vid. JAMARDO LORENZO, Construcción jurisprudencial y evolución de la cadena de custodia: análisis sistemático*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 19 ss.

regulación expresa y unitaria de la cadena de custodia²). A fin de respaldar esta afirmación, resulta muy conveniente destacar algunos hechos que se han producido en el marco de la tercera y actual etapa y que nos ofrecen una perspectiva de futuro sumamente prometedora. Y es que, a pesar de la ausencia de regulación expresa, lo cierto es que en los últimos años se han manifestado las primeras muestras de voluntad legislativa en la materia, lo que demuestra una realidad innegable: la cadena de custodia está presente en los intereses legislativos contemporáneos. En concreto, me estoy refiriendo a los dos intentos, ahora frustrados, de incorporar en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) la tan anhelada regulación procesal expresa de la figura analizada. Sucedió esto con los Anteproyectos de LECrim (en adelante ALECrím) de los años 2011 y 2020. Tampoco debemos olvidar que la doctrina lleva años acusando la ausencia de esta regulación procesal expresa. Y es que en esta época de cambio también ostenta un papel fundamental la ciencia procesalista³, al menos a fin de subrayar las preocupaciones e inconvenientes que surgen ante un escenario como el actual y que convenientemente ha de ser resuelto con prontitud, de cara a suplir la orfandad legal que hoy en día caracteriza a la figura analizada. Asimismo, resulta oportuno señalar que, pese a la situación normativa en España –y, en general, en Europa⁴–, la regulación de la figura de la cadena de custodia es una realidad en una variedad de ordenamientos jurídicos. Precisamente el análisis de otros sistemas de Derecho comparado es particularmente oportuno en materia de

² *Ibidem*, pp. 207 y 208.

³ Aunque la incorporación de la doctrina científica al debate se produce generalmente en el contexto de la tercera etapa, no podemos negar los esfuerzos realizados por diversos autores con anterioridad al despunte actual (MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 367-377; GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 309 ss.). Sin embargo, el tratamiento ofrecido entonces comúnmente se localizaba en apartados de obras cuyo fin principal era otro. Aunque no por ello debemos obviar su importancia, si bien la complejidad de la temática demanda ahora un tratamiento sólido y profundo de la misma.

⁴ En este contexto, es reseñable también el Reglamento (UE) 2023/1543, relativo a las órdenes europeas de producción y conservación de prueba electrónica en los procesos penales (que, no obstante, no ha hecho alusión alguna a la cadena de custodia pese al ámbito en el que opera), circunstancia acorde con la realidad europea. Ausencia que ya ha sido advertida por GONZÁLEZ GRANDA cuando el citado Reglamento europeo era todavía una propuesta. *Vid.* GONZÁLEZ GRANDA, «Órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento criminal: próximo avance en materia de prueba penal transfronteriza», en MORENO CATENA/ROMERO PRADAS (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof^a. Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1099. Pues no debemos olvidar que tampoco la Orden Europea de Investigación (OEI) incorporó previsiones al respecto y ello a pesar de que, tratándose de un instrumento que opera en el entorno de la investigación penal y la obtención de fuentes de prueba, naturalmente se manifiesta presente la problemática derivada de la cadena de custodia. Al no haberse previsto normas específicas para el mantenimiento de la cadena de custodia, es necesario que los Estados implicados se pongan de acuerdo a fin de ejecutar la OEI del mejor modo posible para asegurar la cadena de custodia y evitar de ese modo las fatales consecuencias que su ruptura pudiese ocasionar. Uno de los supuestos más comunes es la diligencia de entrega vigilada. Lo fundamental se produce cuando España actúa como Estado de emisión. Ocurre aquí que el Estado de ejecución no está obligado a seguir la normativa española, si bien ambos Estados podrán ponerse de acuerdo a fin de cumplir pequeñas formalidades y exigencias procedimentales mínimas, a fin de evitar la pérdida de validez de la diligencia en el Estado de emisión. En tal sentido, el Estado de ejecución podrá aceptar estas cuestiones cuando las peticiones formuladas no sean contrarias a su ordenamiento jurídico. En materia de cadena de custodia, señala LARO GONZÁLEZ que es crucial el acta que levanten los agentes, donde se debe indicar la descripción del continente y también del contenido, «así como las características concretas del material de la remesa, por ejemplo, el peso, el envoltorio, el color, etc., las personas intervinientes en cada momento y lugar, el tiempo que hayan permanecido en posesión de las mismas, y aquellas circunstancias que sean relevantes para su preservación». Asimismo, la autora recalca la importancia de cumplir con las exigencias de cadena de custodia a fin de evitar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. En definitiva, la coordinación entre autoridades policiales y judiciales es esencial en la ejecución de entregas vigiladas en aras a garantizar la plena eficacia de la medida. *Vid.* LARO GONZÁLEZ, *La Orden Europea de Investigación en el Espacio Europeo de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 261 ss.

cadena de custodia (a causa de la situación normativa interna) y contribuye a una comprensión más exhaustiva e integral de la figura examinada. Sobre decir que ofrecer un estudio comparado no es el propósito de este trabajo, sin embargo, sí queremos dejar de manifiesto que la construcción jurídica de la cadena de custodia en nuestro país se produce con años de retraso con respecto a otros ordenamientos jurídicos ajenos, principalmente en atención al sistema jurídico de Estados Unidos⁵ –productor de la figura de la cadena de custodia– y a diversos ordenamientos iberoamericanos⁶.

Ahora bien, tomando como base esta característica de orfandad legal de nuestro ordenamiento interno, es preciso, no obstante, hacer una matización. Y es que no es posible hablar de una orfandad legal absoluta, por cuanto en nuestra LECrim existen ciertos preceptos que, en conjunto, ofrecen una regulación indirecta de la cadena de custodia⁷. Con todo, esta regulación se identifica por su carácter fragmentario (el cual deriva directamente de esta ausencia de regulación expresa y se manifiesta en atención a las diversas referencias indirectas y sectoriales que contiene nuestra LECrim) y heterogéneo (de conformidad con la pluralidad de textos normativos que regulan aspectos de la cadena de custodia). Si bien debemos hacer hincapié en que esta heterogeneidad se produce no sólo desde el plano legal –donde las referencias son, en efecto, escasas– sino y fundamentalmente desde la perspectiva reglamentaria e institucional⁸. En efecto, multitud de instrumentos integran el marco normativo de la cadena de custodia bajo el prisma reglamentario y muy difícilmente pueden ser reseñados en su totalidad en unas pocas

⁵ Con carácter general, la cadena de custodia en EEUU está regulada en la regla 901 de las *Federal Rules of Evidence*. En su texto original, la regla 901(a) establece lo siguiente: «*In General. To satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is*». Vid. ROTHSTEIN, *Federal Rules of Evidence*, 3ª ed., Thomson Reuters, Eagan, 2021, pp. 1014 ss., ofrece una visión detallada de los ejemplos contenidos en la Regla 901(b), completando cada uno de ellos con diversas referencias a la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses. Especialmente revelador resulta que el autor hace referencia a la cadena de custodia en los siguientes términos: «*Insuring that the real item of physical evidence is the same as that offered at Trial or for testing*», lo que naturalmente evoca a una de las características fundamentales de la cadena de custodia en España: la mismidad de la prueba.

⁶ Ilustra esta afirmación muy especialmente el ordenamiento jurídico colombiano, con regulación expresa de la cadena de custodia desde el año 2000, con la aprobación del Código de Procedimiento Penal del año 2000 –expedido mediante la Ley 600 de 2000–, convirtiéndose en uno de los grandes referentes en la materia, regulación expresa que mantiene su actual Código de Procedimiento Penal del año 2004 (arts. 254 a 266), en el que se contiene un capítulo dedicado enteramente a la cadena de custodia (incorporado en el Título I –la indagación y la investigación–; a su vez, en el Libro II –técnicas de investigación de la prueba y sistema probatorio–). Vid. LEMUS SOLER, «Cadena de custodia en el ordenamiento jurídico colombiano a la luz de la Ley 906, ¿ficción o realidad?», *Revista Iter ad Veritatem*, núm. 12, 2014, p. 125.

⁷ Sin embargo, su configuración actual en la LECrim no va más allá de una regulación muy indirecta, encontrando solo una referencia expresa, que, por cierto, no arroja claridad alguna sobre la figura analizada. Por otro lado, la diversidad de previsiones indirectas generalmente alude, por un lado, al deber de documentar el modo en que se producen los hallazgos de las fuentes de prueba y el modo en que se practican las diferentes diligencias de investigación; y, por otro lado, al deber de ofrecer a las fuentes de prueba un tratamiento que garantice su integridad o conservación; estas disposiciones se plasman en la LECrim en modos muy diversos y empleando terminología variada, incorporándose principalmente en artículos relativos al cuerpo del delito, a las diligencias de investigación o a propósito de las actuaciones de la policía judicial, entre otros.

⁸ Al margen de la esfera legal, la perspectiva reglamentaria e institucional de la cadena de custodia reviste gran importancia. Desde este enfoque se examina normativa de muy diversa naturaleza que, en materia de cadena de custodia, ofrece algunas reglas de actuación a propósito del tratamiento ofrecido a las fuentes de prueba localizadas durante las investigaciones criminales. En particular, son diferentes normas de naturaleza reglamentaria, protocolos de actuación y demás normativa de carácter institucional donde la cadena de custodia, en algunos casos, ha alcanzado una notable presencia y mayor desarrollo que en la esfera legal.

líneas. Se trata de una pluralidad de protocolos, manuales⁹ o guías de actuación que constituyen la normativización de la cadena de custodia a través de normas de carácter procedimental¹⁰ y que, a fin de cuentas, constituyen un procedimiento de manipulación de las evidencias, por tanto, afectante a la condición práctica y técnica de la figura analizada. Al hilo de esto, sostiene la doctrina que justamente son las ciencias forenses las que mayor influencia tienen sobre «el desarrollo sectorial de las técnicas de recogida, custodia y análisis»¹¹, lo que –añado– implica el enfoque material de esta figura procesal.

En este escenario de insuficiencia normativa, además, surge una dificultad añadida a consecuencia del auge de las nuevas tecnologías. Y es que el contexto tecnológico nos pone en jaque ante situaciones, en principio, más desconocidas y menos tradicionales. Justamente, el objetivo central de este trabajo es examinar la configuración de la cadena de custodia tecnológica. Con todo, es imprescindible delimitar (como paso previo al abordaje de la cadena de custodia desde su dimensión tecnológica) la base dogmática de la cadena de custodia *per se*, esto es, en su vertiente más tradicional, para abordar el estudio de la problemática específica de la cadena de custodia tecnológica. De este modo, oportuno es exponer la noción de cadena de custodia sobre la que se desarrollará el presente trabajo. En tal sentido, entendemos la cadena de custodia como una garantía del derecho a la prueba que, desde su vertiente formal, constituye la garantía de la mismidad de la prueba, cuya acreditación se alcanza mediante la corrección de la cadena de custodia; y desde su vertiente material, constituye el conjunto de actos que se inician con la obtención de la fuente de prueba¹² material y finalizan con su introducción en el juicio oral a través del medio de prueba oportuno¹³.

⁹ Un ejemplo de ello es el Manual de Criminalística para la Policía Judicial, editado por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior en el año 2017, en el que se incorpora una sección dedicada a la cadena de custodia de las muestras o evidencias. En síntesis, recoge ciertas recomendaciones en el modo de actuar, previsiones relativas al correcto empaquetado de las evidencias o a la identificación de todas y cada una de las muestras que conforman unos mínimos que han de cumplirse como medio para garantizar el respeto a la cadena de custodia.

¹⁰ En este contexto es fundamental hacer referencia al papel de las directrices que, a propósito de las facultades y competencias investigadoras del Ministerio Fiscal y en conexión con la cadena de custodia, haya emitido la Fiscalía General del Estado en forma de circulares e instrucciones de obligado cumplimiento. Si bien en la actualidad la relevancia de éstas se limita a la unificación de criterios de actuación del propio órgano, no podemos perder de vista el alcance que adquirirían de materializarse el escenario proyectado en algunos textos prelegislativos en los que la dirección de la investigación se otorga al Ministerio Fiscal. Desde un enfoque tecnológico es especialmente destacable la Circular 5/2019, de 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, donde además se examina la figura examinada en un apartado dedicado al efecto. De conformidad con esta Circular, son dos las condiciones que deben reunir los dispositivos informáticos desde la óptica de la cadena de custodia: las garantías de identidad e integridad –entendiendo identidad como la equivalencia entre el dispositivo incautado y el que posteriormente configura la prueba y, por otro lado, integridad como la ausencia de alteraciones en los datos que conforman el contenido dispositivo–. A propósito de lo anterior, la circular ofrece algunas soluciones para acreditar las garantías de identidad e integridad de las fuentes de prueba.

¹¹ GUTIÉRREZ SANZ, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Civitas, Navarra, 2016, p. 43.

¹² Es oportuno señalar que la diferenciación conceptual entre fuente y medio de prueba no ha estado exenta de críticas. Sobre el particular, surge un sector doctrinal actual que ha criticado la excesiva relevancia teórica de la distinción entre ambos conceptos, sosteniendo que ésta no tiene una auténtica significación práctica o, al menos, no de tal magnitud. Al respecto, *vid.* NIEVA FENOLL, «La prueba preconstituida: un concepto erróneo e imposible», *Diario la Ley*, núm. 10532, 2024. A pesar de la posición doctrinal expuesta, considero que –en el concreto ámbito de la cadena de custodia– diferenciar entre ambos conceptos es preciso para exponer adecuadamente tanto el concepto como la finalidad de la cadena de custodia, como así ha quedado patente en la definición que, sobre la figura analizada, se ha ofrecido en texto.

¹³ JAMARDO LORENZO, «La cadena de custodia: configuración jurídica y estado actual de la cuestión», *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 2024, pp. 331-332.

2. Exposición de la problemática específica que afecta a la cadena de custodia tecnológica

Decíamos en la introducción de este trabajo que surge una dificultad añadida a la complejidad propia de la figura de la cadena de custodia en atención a su formulación en el contexto tecnológico. En tal sentido, no podemos obviar que los avances tecnológicos que se han ido produciendo, desde la última década del siglo XX, han tenido gran repercusión en la construcción de la sociedad contemporánea, de modo que la proyección de las nuevas tecnologías se observa no sólo en la disciplina jurídica, sino en todos los ámbitos de la sociedad actual¹⁴. Y es que el fenómeno de la digitalización se extiende –en efecto– a todos los ámbitos de nuestras vidas, ya sea a través de la creación de nuevos espacios digitalizados desde su origen o mediante la transformación de entornos más tradicionales de cara a su también digitalización¹⁵.

La Administración de Justicia, sin duda, pertenece al grupo de aquellos entornos tradicionalmente analógicos que se van digitalizando progresivamente con la llegada de las nuevas tecnologías a nuestras vidas. Naturalmente, la tecnologización del ámbito jurídico exige la implementación de nuevas perspectivas en el análisis y estudio del Derecho a fin de abordar la problemática específica y en aras a alcanzar soluciones adecuadas en relación con la respuesta jurídica que deba ofrecerse a los problemas derivados de la omnipresencia de las tecnologías en el proceso. Así las cosas, la consolidación de la sociedad digitalizada propicia el surgimiento de escenarios novedosos, por ejemplo, en el ámbito probatorio –en particular, en relación con un incremento de las fuentes de prueba de carácter tecnológico y, en consecuencia, su introducción al proceso a través de los medios de prueba adecuados para ello¹⁶–, así como en el contexto de la investigación criminal o la aparición de la llamada

¹⁴ El hecho de que, en la actualidad, las tecnologías se posicionen en el núcleo de la sociedad contribuye al empleo de términos tales como era digital, sociedad digital, cuarta revolución industrial o, incluso, en el ámbito jurídico el surgimiento del que ha sido llamado Derecho Digital (aunque este último, en realidad, no ha sido propulsado como una rama independiente del Derecho, cierto es que la omnipresencia de las tecnologías ostenta gran repercusión en el contexto jurídico y hay autores, como BARRIO ANDRÉS, *Manual de Derecho Digital*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 36 ss., que sostienen que el derecho digital «aspira a ser una nueva disciplina jurídica», defendiendo –así– el nacimiento de una rama jurídica autónoma, que «disponga de su propia regulación, lenguaje y elementos axiológicos». En cuanto a la expresión ‘cuarta revolución industrial’, SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, Debate, Barcelona, 2016, pp. 19 ss., introdujo este término para referirse a la constante transformación del mundo en que vivimos debido a la cada vez mayor presencia de las diferentes tecnologías.

¹⁵ ARRABAL PLATERO expone acertadamente varios ejemplos de entornos tradicionales que han ido modificándose con la llegada de Internet, tales como la prensa –con el crecimiento de la prensa digital–; las plataformas de entretenimiento; los modelos de negocio *peer to peer* propias de la llamada «economía colaborativa» o las entidades bancarias –las sucursales tradicionales están dando paso a las aplicaciones que nos ofrecen la posibilidad de gestionar nuestros productos bancarios a través de nuestro teléfono móvil–, entre otros. Vid. ARRABAL PLATERO, *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 23 ss. A estos podemos añadir prácticamente cualquier ejemplo: desde la facilidad actual para realizar la compra en un supermercado a través de su página web –o de cualquier otro producto, ya que actualmente la mayor parte de los negocios ofrecen sus servicios a través de Internet– hasta la transformación de los modelos de trabajo –con el cambio del modelo presencial en una oficina física hacia el teletrabajo, muy potenciado especialmente con ocasión de la pandemia originada por el COVID-19–.

¹⁶ BUENO DE MATA, «El derecho probatorio en la cuarta revolución industrial», en ASENCIO MELLADO (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum: Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 310 ss.; MAGRO SERVET, «¿Cómo aportar la prueba digital en el proceso penal?», *Diario la Ley*, núm. 9824, 2021.

ciberdelincuencia¹⁷. Y precisamente en este contexto se plantea la formulación de la cadena de custodia desde su dimensión tecnológica.

Atendiendo a lo expuesto en las líneas anteriores, es importante destacar que abordar la problemática específica de la cadena de custodia tecnológica requiere un enfoque desde cuatro perspectivas: primero, en relación con la fuente de prueba tecnológica; segundo, en relación con la investigación tecnológica; tercero, en relación con el incremento de la ciberdelincuencia y, por último, en relación con la protección de ciertos derechos fundamentales (en adelante DDF). Lo veremos a continuación.

2.1. En relación con los caracteres específicos de la fuente de prueba tecnológica

Hoy en día, la omnipresencia de las nuevas tecnologías en la vida de las personas tiene un reflejo directo en la proliferación de la prueba de carácter tecnológico en el ámbito jurídico. Y es que cada vez con mayor frecuencia los dispositivos tecnológicos se configuran como fuentes de prueba en el proceso penal, ya sea por tratarse de los medios utilizados para la comisión de los hechos delictivos como por la posibilidad de que contengan evidencias de la comisión de los delitos¹⁸.

En el plano de la prueba tecnológica y a fin de concretar su delimitación conceptual, es preciso partir de los postulados clásicos a propósito de la diferenciación entre fuente y medio de prueba. Y ello porque ha de quedar muy claro que la fuente de prueba hace referencia a la información o datos contenidos o transmitidos por dispositivos tecnológicos; mientras que el medio de prueba es el modo en que dicha información accede al proceso¹⁹. Así, la prueba tecnológica puede identificarse, por un lado, con los datos informáticos con trascendencia en un proceso y, por otro, con las evidencias que se hayan obtenido a través de medios tecnológicos²⁰. En cuanto a las características propias de la prueba tecnológica, siguiendo a

¹⁷ La delincuencia se ha digitalizado y, en tal sentido, la irrupción de las tecnologías en la sociedad supuso la aparición de nuevas formas de delincuencia: la llamada ciberdelincuencia. En palabras de DELGADO MARTÍN, la ciberdelincuencia alude a la comisión de ilícitos penales en el «ciberespacio», entendiendo éste como el «ámbito artificial creado por medios informáticos». Vid. DELGADO MARTÍN, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2018, p. 300.

¹⁸ MESTRE DELGADO, «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos», en FIGUEROA NAVARRO (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 46 ss.; Además, en el ámbito de la lucha contra la delincuencia informática se desprende el problema de la dificultad añadida en la obtención de las fuentes de prueba tecnológica. En primer lugar, porque el propio modo de comisión de los hechos delictivos favorece la ocultación de la identidad de su autor. Pero también por las dificultades que supone la ausencia de regulación legal que facilite la lucha contra la ciberdelincuencia. Vid. ESPÍN LÓPEZ, «La cadena de custodia en el proceso penal. Propuestas en relación con el análisis y custodia de la prueba digital», *La Ley Penal*, núm. 151, 2021.

¹⁹ GONZÁLEZ GRANDA/ARIZA COLMENAREJO, *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 466.

²⁰ ARRABAL PLATERO, *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 35 ss. En definitiva, la noción de prueba tecnológica es más amplia. Por su parte, COLOMER HERNÁNDEZ afirma que el aspecto diferencial de la prueba tecnológica es la intervención de las nuevas tecnologías, ya sea en su formación o en su producción. Quiere decir el autor con esto que la afectación de la tecnología puede darse tanto en la constitución de la fuente de prueba como en el instrumento o medio a través del cual la fuente de prueba es conocida por el tribunal. Vid. COLOMER HERNÁNDEZ, «Prueba tecnológica», en GONZÁLEZ CANO (dir.), *La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 581 ss. También BELHADJ BEN GÓMEZ, «La prueba digital. Aspectos procesales», *Revista Derecho y Proceso*, núm. 3, 2023, pp. 29-45, hace un recorrido por los distintos caracteres que identifican la prueba digital, así como las cuestiones problemáticas a nivel procesal.

ARRABAL PLATERO, estas pueden identificarse con las siguientes: heterogeneidad, referida a la disparidad de posibilidades; fácil manipulación; huella digital, en relación con el rastro que toda actividad tecnológica produce, mediante los llamados metadatos; ubicuidad, referida a la transnacionalidad, en tanto que gran parte de las pruebas tecnológicas se generan, se desarrollan u obtienen en la red; media electrónica, en relación con el riesgo de que se generen identidades ficticias; y publicidad, característica que deriva directamente de aquellas pruebas que operan en internet y, en concreto, en redes abiertas²¹. Precisamente a consecuencia de su propia naturaleza, uno de los retos probatorios que han sido observados en materia de prueba tecnológica se identifica, sin duda, con el hecho de que la información que pretende acceder al proceso únicamente puede ser leída en un dispositivo tecnológico –dispositivo con capacidad de traducir la información desde el lenguaje informático a nuestro lenguaje natural, de modo que sea comprensible por su receptor²²–, teniendo en cuenta asimismo que toda fuente de prueba ha de acceder al proceso a través de un concreto medio de prueba legalmente previsto en las leyes procesales. En definitiva, se trata de una fuente de prueba que, por su propia naturaleza, debe ser leída a través de un dispositivo electrónico y que, además, ha de respetar los mecanismos tradicionales de acceso al proceso²³.

Pero lo verdaderamente relevante en atención al concreto objeto de este trabajo, es el modo en que los caracteres propios de la prueba tecnológica afectan a la dimensión asimismo tecnológica de la figura de la cadena de custodia. Esta afectación deriva directamente de su característica de fácil manipulación y, en concreto, de la desconfianza que genera la prueba tecnológica en los diversos operadores jurídicos al observar su carácter mutable y alterable²⁴ y que conecta especialmente con la cadena de custodia²⁵. Todo ello habrá de ser medido desde la perspectiva del aseguramiento de la prueba en relación con la garantía de su fiabilidad. En este sentido, tanto la jurisprudencia como la doctrina han dado el primer paso en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados, sin que se haya alcanzado unanimidad al respecto o soluciones enteramente adecuadas, circunstancia compleja teniendo en cuenta que la casuística puede ser muy diferente en función del tipo de prueba tecnológica de que se trate y,

²¹ ARRABAL PLATERO, *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 41-54.

²² GONZÁLEZ GRANDA/ARIZA COLMENAREJO, *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 467.

²³ Todo ello en un contexto en el que el papel cede ante el soporte tecnológico. Circunstancia que motiva especialmente la necesidad de determinar qué se entiende por documento electrónico. Al respecto, el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza de las transacciones electrónicas en el mercado interior (conocido como Reglamento eIDAS) recoge la definición de documento electrónico en su art. 3.35, entendiendo como tal «todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual». Pero, además, también se ha de concretar si es éste –el documento electrónico– es el modo de incorporar la prueba tecnológica al proceso. Vid. ABEL LLUCH, *La prueba electrónica*, J. M. Bosch, Barcelona, 2011; CASTILLEJO MANZANARES, «La prueba en el proceso penal: el documento electrónico», *Revista de Derecho Penal*, núm. 29, 2010, pp. 17 ss.

²⁴ VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepín, Madrid, 2015, p. 89.

²⁵ En atención a la necesidad de asegurarla a fin de evitar cualquier manipulación o alteración de su estado original. Vid. MESTRE DELGADO, «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos», en FIGUEROA NAVARRO (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 49 ss.; FALCIANI, «La prueba digital en el proceso civil: la cadena de la prueba», en FUENTES SORIANO (dir.), *Era digital, sociedad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 371 ss., precisamente esta ausencia de fiabilidad en la prueba digital hace que el autor hable de la posibilidad de establecer una cadena de custodia similar a la penal en los demás órdenes jurisdiccionales.

fundamentalmente, teniendo en cuenta que el progreso tecnológico es constante. Éste es, en definitiva, el rasgo de la prueba tecnológica que mayor impacto tiene en la formulación de la cadena de custodia tecnológica.

2.2. En relación con el incremento de la ciberdelincuencia y la investigación tecnológica en el proceso penal

Una de las principales consecuencias de la sociedad digital se manifiesta en el surgimiento e incremento de la llamada ciberdelincuencia²⁶. Aunque directamente atinente a la faceta propia del derecho penal sustantivo, el incremento de la ciberdelincuencia, como es lógico, incide asimismo en el plano procesal en conexión muy directa con la investigación tecnológica –y, en lo que aquí respecta, también tiene cierta repercusión en la dimensión tecnológica de la cadena de custodia–. Pero, antes de entrar en el análisis específico de la problemática que plantea en relación con la figura examinada, es conveniente delimitar el concepto de cibercrimen. Al respecto, la doctrina sostiene que integra el concepto de cibercrimen cualquier delito en el que las tecnologías de la información y las comunicaciones (en adelante TIC) desempeñan un papel determinante en su comisión (o, dicho de otro modo, cualquier delito cometido en el llamado ciberespacio)²⁷.

Examinar el fenómeno de la ciberdelincuencia exige hacer alusión al Convenio sobre el Cibercrimen (conocido como Convenio de Budapest)²⁸, teniendo en cuenta que, tal y como se expone en el propio preámbulo del referido Convenio, los Estados firmantes del mismo expresaban su convencimiento sobre la necesidad de aplicar «una política penal común encaminada a proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, entre otras formas, mediante la adopción de la legislación adecuada y el fomento de la cooperación internacional». En tal sentido, la redacción del Convenio de Budapest viene motivada por el surgimiento de preocupaciones diversas en materia de ciberdelincuencia²⁹ que orientan los objetivos perseguidos, entre otros, hacia «dotar de mayor eficacia las investigaciones y los procedimientos penales relativos a los delitos relacionados con los sistemas y datos informáticos, así como facilitar la obtención de pruebas electrónicas de los delitos», todo ello con respeto al debido equilibrio entre el ejercicio de la acción penal y los DDFF de los afectados.

De conformidad con lo expuesto en las líneas precedentes, el incremento de la ciberdelincuencia tiene una repercusión directa en el auge de la investigación y prueba tecnológica y conecta directamente con la formulación de la cadena de custodia desde su vertiente tecnológica. Plantear la temática de la investigación tecnológica en nuestro ordenamiento jurídico fuerza la necesidad de mencionar la Ley Orgánica (en adelante LO)

²⁶ El incremento de la ciberdelincuencia en nuestro país ha sido reflejado en el Informe sobre la cibercriminalidad en España del año 2023. Puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Informe-Cibercriminalidad_2023.pdf.

²⁷ MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la ciberdelincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 44.

²⁸ Convenio del Consejo de Europa sobre el Cibercrimen firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001 y ratificado en por España en el año 2010.

²⁹ Entre otras, preocupaba a los Estados firmantes del Convenio de Budapest el «riesgo de que las redes informáticas y la información electrónica sean utilizadas igualmente para cometer delitos y de que las pruebas relativas a dichos delitos sean almacenadas y transmitidas por medio de dichas redes».

13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica como punto de referencia. La promulgación de la citada LO a finales del año 2015, situó España a la «vanguardia legislativa»³⁰, pues hasta entonces nuestro ordenamiento jurídico destacaba por la insuficiencia normativa en materia de investigación tecnológica³¹, contando únicamente con un precepto al respecto en toda la LECrim. Ahora bien, como paso previo, la firma del Convenio de Budapest por España supuso un primer hito en materia de investigación y obtención de prueba tecnológica en nuestro país. Uno de los grandes objetivos del Convenio era, en efecto, la implementación de una serie de medidas procesales de cara a avanzar en la lucha contra la ciberdelincuencia y, en particular, en relación con la investigación y la prueba tecnológica³². Siendo tal la conexión entre ambos instrumentos que, precisamente, el propio preámbulo de la LO 13/2015 apela al Convenio como referente en la implementación de la orden de conservación de datos como medida de aseguramiento (de cara a evitar los riesgos derivados del carácter intangible y volátil de los datos que circulan por el ciberespacio), en aras a garantizar la preservación de los datos e informaciones que se contengan en un dispositivo electrónico, lo que nos evoca directamente al fin en sí mismo de la cadena de custodia tecnológica. En conexión con la temática que aquí nos ocupa, es importante señalar que la mejora del marco normativo en materia de investigación tecnológica también provocó cierta repercusión en materia de cadena de custodia tecnológica³³, impacto que se concreta en el debido respeto de los principios rectores de la investigación tecnológica.

Estos principios se introducen en nuestro ordenamiento procesal con ocasión de la mencionada LO 13/2015, y son, en concreto, los siguientes: especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad (art. 588 bis a LECrim)³⁴. En primer lugar, la LECrim establece el principio de especialidad (art. 588 bis a 2 LECrim) con arreglo a un aspecto positivo (en virtud del cual se exige que la medida se encuentre relacionada con la investigación de un delito concreto) y uno negativo (que implica, en cambio, la imposibilidad de autorizar medidas de investigación tecnológica tendentes a la prevención o el descubrimiento de delitos). Dicho de otro modo, prohíbe las investigaciones de carácter prospectivo. En segundo lugar, el principio de idoneidad, de acuerdo con el art. 588 bis a 3 LECrim, sirve para delimitar los ámbitos objetivo y subjetivo y la duración de la medida por razón de su utilidad³⁵. En tercer lugar, en

³⁰ BUENO DE MATA, *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial: principios teóricos y problemas prácticos*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 17.

³¹ FUENTES SORIANO, «La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras la reforma de 2015» En ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 261-262.

³² ORTIZ PRADILLO, *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Colex, A Coruña, 2013, pp. 76-80; CUADRADO SALINAS, «La obtención de pruebas electrónicas transfronterizas: nuevos retos y nuevas consideraciones desde la perspectiva de la Unión Europea», en ASENSIO MELLADO (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum: Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 519 ss.

³³ RICHARD GONZÁLEZ, «La investigación y prueba de hechos y dispositivos electrónicos», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 43, 2017.

³⁴ Aunque la vigencia de estos principios en nuestra LECrim se remonta al año 2015, es justo señalar que, en la práctica, ya se venían aplicando por la jurisprudencia desde algunos años atrás, en aquellos supuestos en los que las medidas a adoptar limitaban los DDFP de las personas. Vid. GARCIMARTÍN MONTERO, *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 29; ROCA MARTÍNEZ, «Nuevas tecnologías e investigación penal: garantías ante injerencias y motivación de su autorización», en FERNÁNDEZ VILLALÓN, *Derecho y nuevas tecnologías*, Civitas, Navarra, 2020, pp. 710 ss.

³⁵ Distintos autores han reconocido la utilidad de la medida como elemento identificador del principio de idoneidad. Al respecto, SÁNCHEZ MELGAR, «La nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica. Estudio de su parte general», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 82, 2016, pp. 20 ss.; GARCIMARTÍN MONTERO,

cuanto a los principios de excepcionalidad y necesidad el legislador los reúne en el mismo precepto, el art. 588 bis a 4, en virtud del cual la media únicamente podrá adoptarse cuando no exista la posibilidad de adoptar medidas menos gravosas (apartado a, art. 588 bis a 4 LECrim) o cuando el fin perseguido por la medida no pueda alcanzarse mediante la adopción de otra medida distinta (apartado b, art. 588 bis a 4 LECrim)³⁶. Finalmente, el principio de proporcionalidad se regula en el art. 588 bis a 5 LECrim y se cumple cuando la injerencia en DDFF es menor que el beneficio que aporta la medida al proceso penal. De cara a valorar si se cumple o no el principio de proporcionalidad se habrán de examinar los siguientes aspectos: primero, la gravedad del hecho; segundo, la trascendencia social; tercero, el ámbito tecnológico de producción; cuarto, la intensidad de los indicios existentes; y, finalmente, la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho³⁷. En definitiva, se trata de ponderar una vez más el respeto a los DDFF del investigado frente al correcto desarrollo de la investigación, todo ello desde la perspectiva de menor lesividad a los derechos del encausado. Específicamente, lo anterior genera un impacto en la vertiente material de la cadena de custodia tecnológica, pues alude a especificidades que condicionan el correcto desarrollo de esta vertiente, en tanto que las investigaciones tecnológicas han de desarrollarse con especial atención a los principios expuestos.

2.3. En relación con la protección de derechos fundamentales

Quizá uno de los principales retos de la digitalización de la justicia es mantener la salvaguarda de los DDFF y principios del proceso, máxime teniendo en cuenta el uso generalizado de los medios informáticos y tecnológicos en el ámbito de la vida privada. Y es que suele ocurrir que el contenido de los dispositivos tecnológicos se vincula directamente con los DDFF de las personas, siendo ésta la razón por la que la protección de ciertos DDFF cobra una relevancia

Los medios de investigación tecnológicos en el Proceso Penal, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 34 ss.; DELGADO MARTÍN, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2018, p. 371. Este último afirma que la razón de ser del principio de idoneidad estriba en la existencia de una «relación de adecuación entre la concreta medida de investigación y el fin perseguido», de modo que, expresa el autor, esto se traduce en que la medida ha de servir a fin de «conseguir datos útiles para investigar las circunstancias del delito». Y añade que, en virtud del art. 588 bis c 3, la resolución judicial que autoriza la medida debe concretar la finalidad perseguida con la misma. También VEGAS TORRES, «Las medidas de investigación tecnológica», en CEDEÑO HERNÁN (coord.), *Nuevas tecnologías y Derechos Fundamentales en el proceso*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 22 ss.

³⁶ Al respecto de lo anterior existen dos modos de comprender los principios de excepcionalidad y necesidad. Algunos autores sostienen que el principio de excepcionalidad se recoge en el apartado a) del art. 588 bis a 4 LECrim y el de necesidad en el apartado b) del mismo precepto (ESPÍN LÓPEZ, *Investigación sobre equipos informáticos y su prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 44 y ss.). En cambio, la otra vertiente doctrinal defiende la unificación de ambos principios en uno (GARCIMARTÍN MONTERO, *Los medios de investigación tecnológicos en el Proceso Penal*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 36; DELGADO MARTÍN, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2018, p. 371), entendiendo el principio de excepcionalidad como un principio de subsidiariedad ESPÍN LÓPEZ, *Investigación sobre equipos informáticos y su prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 45. En el caso de los autores que unifican ambos principios, sin embargo, la equivalencia se produce también respecto del principio de necesidad. De ahí que autores como DELGADO MARTÍN aludan a este principio en virtud del principio de subsidiariedad (DELGADO MARTÍN, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2018, p. 371). De modo similar, BUENO DE MATA sostiene que ambos principios han de ser interpretados de manera complementaria. Vid. BUENO DE MATA, *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial: principios teóricos y problemas prácticos*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 36.

³⁷ BUENO DE MATA, *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial: principios teóricos y problemas prácticos*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 37-38. Además, como expone el autor, estos principios se encuentran desarrollados por parte de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2019.

significativa en materia de cadena de custodia tecnológica. Ahora bien, es importante distinguir entre aquellos DDFF –de contenido procesal, en este caso– que guardan relación con la configuración de la cadena de custodia en sí misma³⁸ (y, por tanto, mantienen una vinculación más directa); respecto de aquellos que adquieren una posición sensiblemente más vulnerable en el contexto de la cadena de custodia tecnológica. Estos últimos ya no afectan al contenido procesal de la cadena de custodia y son el derecho a la protección de datos personales del art. 18.4 CE; el derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE; y el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.2 CE³⁹.

En relación con el derecho fundamental a la protección de datos personales⁴⁰, en primer lugar, lo fundamental reside en el reconocimiento al interesado de un régimen de control y disposición sobre sus datos personales⁴¹, en virtud de los derechos de acceso, rectificación, supresión y limitación del tratamiento, así como la previsión de los principios rectores en la materia y fijando el consentimiento del interesado como fundamento esencial para el tratamiento de sus datos⁴². Por tanto, teniendo en cuenta que parte de la problemática habida en la cadena de custodia tecnológica reside en la conservación de los datos digitales, el respeto a este derecho es fundamental. Conviene destacar, asimismo, que su consideración como derecho autónomo deriva de la configuración jurisprudencial efectuada por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) con ocasión de la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 292/2000, de 30 de noviembre; debiendo señalar, además, que el derecho a la protección de datos personales adquiere una cobertura más amplia que el derecho a la intimidad, ya que su protección se extiende a cualquier dato personal de carácter personal y no necesariamente íntimo.

En segundo lugar, tampoco cabe duda de que la proliferación de las nuevas tecnologías pone en riesgo la protección de los DDFF a la intimidad y al secreto a las comunicaciones. Por un lado,

³⁸ Como, por ejemplo, el vínculo que mantiene con el derecho a un proceso con todas las garantías, en virtud del cual es posible apreciar vulneración de este derecho a consecuencia de la actuación del tribunal sentenciador. Para que se produzca la injerencia, es preciso que el tribunal sentenciador valore como prueba de cargo una cuya cadena de custodia adolezca de las garantías necesarias, debiendo haberse probado la ruptura de la cadena de custodia por infracción grave de la misma. Así se desprende de la STC 170/2003, de 29 de septiembre; y STC 281/2006, de 9 de octubre.

³⁹ MESTRE DELGADO, «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos», en FIGUEROA NAVARRO, *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 50.

⁴⁰ En los últimos años, se han ido produciendo diversos avances legislativos en materia de protección de datos, tanto en el seno de la UE como a nivel interno, con la clara finalidad de atajar los riesgos derivados del aumento de la circulación transfronteriza de los datos personales de los ciudadanos. Con carácter general, el derecho a la protección de datos personales se recoge a nivel nacional en el art. 18.4 CE, asimismo, la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales, personifica la normativa clave en la materia y establece los principios básicos para el tratamiento de los datos personales: siendo estos los de lealtad y la limitación de su acceso, fijando el consentimiento del interesado como fundamento esencial para el tratamiento de los datos.

⁴¹ VELASCO NÚÑEZ, «Investigación penal y protección de datos», *El cronista social y democrático de Derecho*, núm. 88-89, 2020.

⁴² COLOMER HERNÁNDEZ, «Limitaciones en el uso de la información y los datos personales en un proceso penal digital», en ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO/PILLADO GONZÁLEZ (dirs.), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 40 ss.; PÉREZ GIL, «Exclusiones probatorias por vulneración del derecho a la protección de datos personales en el proceso penal», en JIMÉNEZ CONDE/BELLIDO PENADÉS (dirs.), *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 431.

la facultad otorgada por el derecho a la intimidad⁴³ consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde. Por su parte, el contenido del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones⁴⁴ –que ha sido desarrollado por el TC– y, en concreto, la cobertura que ofrece se extiende a la interceptación de las comunicaciones ajenas, bien en sentido estricto (aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación del proceso de comunicación), bien por el conocimiento de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil, por ejemplo). Hay que destacar que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores⁴⁵. Esto es, se trata de la protección de las comunicaciones en su más amplio sentido. Tampoco cabe duda de que, en virtud del contenido de ambos derechos, la afectación de los mismos resulta más plausible en las investigaciones penales tras el auge de la prueba tecnológica. En materia de cadena de custodia, suponen –además– un riesgo a mayores, dado que los actos que integran la vertiente material de la cadena de custodia pueden incidir en el contenido de estos derechos cuando la prueba en cuestión sea tecnológica y no se sigan de forma adecuada los protocolos de actuación a fin de evitar posibles injerencias en DDFF.

Sin embargo, la especial trascendencia de estos DDFF en materia de cadena de custodia tecnológica se vincula con su vertiente material y, en particular, en relación con la posibilidad de vulnerarlos durante la práctica de las distintas diligencias de investigación, lo que implicaría la exclusión de la prueba (por tratarse de un supuesto de prueba prohibida), por lo que no será necesario examinar la cadena de custodia. Dicho de otro modo, el especial cuidado que hay que poner durante el desarrollo de la cadena de custodia tecnológica a fin de evitar la vulneración de ciertos DDFF afecta al desarrollo de la vertiente material de la cadena de custodia (en el sentido de que el desarrollo de las diferentes guías o protocolos de actuación habrá de tener especial cuidado de formular actos respetuosos con estos DDFF), en tanto que si se produce la efectiva vulneración de derecho fundamental nos encontramos ya en el terreno de las exclusiones probatorias y no podremos entrar a valorar la cadena de custodia, pues la prueba habrá de ser excluida del proceso.

3. La configuración de la cadena de custodia tecnológica

3.1. La formulación de las vertientes formal y material

Se ha dicho anteriormente que la cadena de custodia está integrada por dos vertientes: por un lado, la vertiente formal –o procesal–; y, por otro, la vertiente material.

El reconocimiento de la cadena de custodia como garantía inherente a la prueba (y, en particular, como garantía de la mismidad) le confiere un estatus decisivo en pro de la

⁴³ El derecho a la intimidad está reconocido en el art. 18.1 CE y, asimismo, en el art. 8 CEDH. Además, el contenido del mismo ha sido desarrollado por el TC en las STC 81/2001, de 26 de marzo. BOE 104, de 1 de mayo 2001, en relación con la STC 231/1988, de 2 de diciembre. BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988.

⁴⁴ Art. 18.3 CE y 8 CEDH, entre otros textos de protección internacional.

⁴⁵ STC 142/2012, de 2 de julio. BOE núm. 181, de 30 de julio de 2012, en relación con la STC 230/2007, de 5 de noviembre. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007.

verosimilitud de la prueba y, por tanto, determinante en su valoración⁴⁶. Es por ello por lo que la vertiente formal de la cadena de custodia la integran los siguientes elementos: la mismidad de la prueba; los escenarios procesales emergentes (por un lado, la llamada corrección de la cadena de custodia; por otro, la presencia de eventuales contingencias en su desarrollo) y sus consecuencias jurídicas; la impugnación de la cadena de custodia; y la valoración de la prueba. En virtud de la configuración de la vertiente formal de la cadena de custodia, ocurre que los elementos que la conforman son invariables e inmutables, en tanto que son únicos para todas las fuentes de prueba. Esto se produce debido a que estos elementos se identifican con aquellos escenarios procesales que se desprenden, en efecto, de la naturaleza procesal de la cadena de custodia. En virtud de lo anterior, la vertiente formal se materializa como una vertiente estática.

En el marco de la vertiente formal, es preciso exponer qué entendemos por *mismidad de la prueba*, por un lado, y por *corrección de la cadena de custodia*, por otro. El primero de ellos –la mismidad de la prueba– es un término asentado y consolidado por el Tribunal Supremo (en adelante TS) y que hace referencia a la garantía de la incolumidad de la prueba, esto es, la garantía de que la prueba no ha sufrido daños ni alteraciones, que se mantiene incólume desde su obtención, lo que se traduce en que la prueba es lo *mismo* desde su obtención y hasta su posterior análisis e introducción en juicio. La constante de «ser lo mismo» es, precisamente, lo que jurisprudencialmente se ha venido denominando como mismidad de la prueba⁴⁷. Hoy en día, la mismidad de la prueba ha alcanzado una extraordinaria significación en materia de cadena de custodia, al ser el eje central de su planteamiento en el plano jurisprudencial. De ahí que el concepto aportado en este trabajo proyecte la cadena de custodia como la garantía de la mismidad de la prueba⁴⁸. Ahora bien, la mismidad de la prueba no puede entenderse sino en

⁴⁶ Muy en sintonía con la formulación jurisprudencial de la cadena de custodia como sistema formal de garantía de la mismidad de la prueba: STS 587/2014, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2014:3086; STS 1012/2024, de 13 de noviembre, ECLI:ES:TS:2024:5536; SAP LE 541/2017, de 12 de diciembre, ECLI:ES:APLE:2017:1387; SAP B 793/2024, de 23 de octubre, ECLI:ES:APB:2024:14935.

Y es que no debemos olvidar que se concreta como una figura de carácter instrumental (STS 1190/2009, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7710; STS 129/2011, de 10 de marzo, ECLI:ES:TS:2011:1308; STS 1/2014, de 21 de enero, ECLI:ES:TS:2014:53; SAP V 310/2015, de 30 de marzo, ECLI:ES:APV:2015:1944; SAP GR 23/2018, de 26 de enero, ECLI:ES:APGR:2018:256; SAP AV 69/2022, de 2 de junio, ECLI:ES:APAV:2022:159) que no goza de valor probatorio, siendo su objetivo el de garantizar la mismidad de la fuente de prueba desde que es recogida hasta que es analizada; en segundo lugar, no siendo prueba en sí misma, se configura como un presupuesto de fiabilidad y no de validez y, por consiguiente, afecta a la llamada verosimilitud de la prueba (SAP B 132/2009, de 25 de febrero, ECLI:ES:APB:2009:1719; SAP M 70/2011, de 14 de julio, ECLI:ES:APM:2011:9546; SAP BI 17/2013, de 20 de marzo, ECLI:ES:APBI:2013:2054; STS 777/2013, de 7 de octubre, ECLI:ES:TS:2013:5677; SAP TF 325/2014, de 7 de julio, ECLI:ES:APTF:2014:1112; STS 726/2017, de 8 de noviembre, ECLI:ES:TS:2017:3957; STS 1026/2021, de 17 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:978; entre otras), en tercer lugar, y partiendo de la premisa de que la cadena de custodia se manifiesta como una sucesión de actos desde la obtención de la fuente de prueba y hasta su incorporación como prueba al juicio oral, nace el deber (subsancable) de documentación del recorrido seguido por la fuente de prueba (SAP B 132/2009, de 25 de febrero, ECLI:ES:APB:2009:1719) y, en último término, la irregularidad de la cadena de custodia no implica, por sí misma, ni vulneración de DDFF ni ilicitud de la prueba (STS 587/2014, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2014:3086, entre otras).

⁴⁷ En virtud de la STS 1119/2009, Sala de lo Penal, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7710; entre otras, el TS alude a la mismidad en los siguientes términos: «En relación a la cadena de custodia el problema que plantea (...) es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la ‘mismidad’ de la prueba».

⁴⁸ Sorprende el hecho, no obstante, de que la doctrina científica haya obviado en numerosas ocasiones la especial trascendencia del término mismidad. Ahora bien, ello no implica que los procesalistas españoles hayan

torno a un significado jurídico y, en particular, vinculado con la finalidad de la cadena de custodia. Por ende, si partimos de la premisa de que la cadena de custodia busca acreditar la equivalencia procesal entre las fuentes de prueba material obtenidas en la investigación criminal y los medios de prueba aportados al juicio oral en su virtud, es preciso matizar que analizamos esta equivalencia exclusivamente a efectos procesales. Esto se traduce en que resulta indiferente si el concreto objeto que va a ser introducido al juicio oral a través del oportuno medio de prueba ha mutado a lo largo del proceso (ya sea su aspecto, su peso, el estado en el que se encontraba, etc.), siempre que se haya garantizado que –a pesar de las modificaciones o alteraciones sufridas por el devenir de las actuaciones procesales pertinentes– el medio de prueba se corresponde con la fuente obtenida durante la investigación criminal⁴⁹. Dicho de otro modo, la fuente de prueba no debe forzosamente mantenerse invariable e idéntica en el tiempo, pues ésta no es la finalidad de la actividad probatoria, en términos generales, ni de la cadena de custodia, en particular. En suma, es irrelevante que la fuente de prueba haya sufrido alteraciones materiales por causa de las actuaciones procesales a las que haya sido sometida, cuando su mismidad ha quedado acreditada a través de la corrección de la cadena de custodia⁵⁰. Implica, en consecuencia, la contraposición entre la mismidad material y la mismidad formal de la prueba.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la expresión *corrección de la cadena de custodia*⁵¹, como su propia literalidad indica, hace referencia al correcto desarrollo de la cadena de custodia⁵². A nivel jurídico significa que no ha habido problemas procesales en su desarrollo y,

ignorado las cuestiones inherentes a esta mismidad, sino que han acudido a éstas a través de otros términos (autenticidad, identidad, integridad, inalterabilidad, indemnidad, inmutabilidad o incolumidad acostumbran a ser los más comunes). Entre otros, podemos citar a GUTIÉRREZ SANZ quien alude a términos como ‘identidad’ o ‘indemnidad’ (GUTIÉRREZ SANZ, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Civitas, Navarra, 2016, p. 30); FIGUEROA NAVARRO hace referencia a la ‘identidad’, la ‘integridad’ y la ‘autenticidad’ (FIGUEROA NAVARRO, «El aseguramiento de las pruebas y cadena de custodia», *La Ley Penal*, núm. 84, 2011); RICHARD GONZÁLEZ se decanta por los términos ‘autenticidad’, ‘inalterabilidad’ e ‘indemnidad’ (RICHARD GONZÁLEZ, «La cadena de custodia en el proceso penal», *Diario la Ley*, núm. 8187, 2013); o DEL POZO PÉREZ quien, por su parte, emplea los conceptos ‘identidad’, ‘integridad’ y ‘autenticidad’ (DEL POZO PÉREZ, Marta, *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Sepín, Madrid, 2014).

⁴⁹ El ejemplo más evidente es la muestra de droga que varía su pesaje tras el correspondiente análisis pericial sobre la misma.

⁵⁰ A pesar de lo dicho en texto, en este punto se manifiesta un escenario doctrinal algo confuso en el que parte de la doctrina ha recibido el concepto jurisprudencial de mismidad adoptando una idea lo suficientemente literal como para generar fisuras en el término a nivel procesal. Al respecto de lo anterior, algunos autores, rechazan la tesis de que la cadena de custodia garantiza la mismidad de la prueba o, en palabras del autor, «el principio de mismidad», en base a la idea de que la mismidad de la prueba quiebra automáticamente cuando la evidencia se altera, con independencia del tipo de alteración sufrida, incluso tratándose de una modificación derivada del análisis pericial y perfectamente documentada. Éste es el caso de GARCÍA MATEOS, «Cadena de custodia vs. mismidad», en OLIVA LEÓN/VALERO BARCELÓ (coords.), *La prueba electrónica: validez y eficacia procesal*, Editorial Juristas con futuro, Madrid, 2016, pp. 131 ss.

⁵¹ Expresión introducida jurisprudencialmente por la STS 1587/2001, de 11 de septiembre, ECLI:ES:TS:2001:6733.

⁵² Nuevamente se observa como punto negativo la ausencia de normativa expresa, en este caso, que regule las exigencias mínimas que ha de cumplir la corrección de la cadena de custodia. A pesar de no ser preceptiva la verificación de este escenario, es fundamental concretar estas condiciones de cara a ofrecer un escenario procesal que cumpla con unos estándares mínimos de seguridad jurídica. Tarea que ya ha sido afrontada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, habiendo construido todo un «corpus jurídico» que sintetiza todas aquellas cuestiones procedimentales y que, en palabras de GUTIÉRREZ SANZ «es asumido como *cuasi* vinculante por la comunidad jurídica», de modo que los diversos operadores jurídicos que entran en contacto con la cadena de custodia tienden a respetarlo. *Vid.* GUTIÉRREZ SANZ, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Civitas, Navarra, 2016, pp. 61 ss. Ahora bien, la normativa a la que alude la autora hace referencia esencialmente a la

por tanto, se ha garantizado la mismidad de la prueba. La apreciación de este escenario procesal implica, en suma, que la prueba ha alcanzado un grado de fiabilidad adecuado que tendrá su reflejo en sede de valoración. Éste es el escenario procesal idílico, al menos, desde el punto de vista de la Administración de Justicia, pues implica que la investigación ha transcurrido con normalidad. Hay que destacar que, basándonos en la presunción *iuris tantum* de veracidad que afecta a la cadena de custodia⁵³, oportuno es destacar que acreditar su corrección es, en principio, innecesario para las partes procesales⁵⁴. De modo que la dificultad se encuentra en acreditar, en su caso, la ruptura de la cadena de custodia como método para cuestionar la fiabilidad de la prueba y, en consecuencia, afectar a su valoración. Distinto escenario se produce ante la impugnación de la misma, sobre motivos fundados, pues ante esta situación sí resulta conveniente –para la parte interesada– concentrar sus esfuerzos en acreditar su corrección. En definitiva, el cumplimiento de la corrección de la cadena de custodia implica la acreditación de la mismidad de la prueba, esto es, la identidad procesal entre fuente y medio de prueba (que, en efecto, se traduce en la ausencia de alteraciones –o justificación de las mismas– en la prueba analizada, en línea con lo expuesto en las líneas precedentes).

Al contrario de lo que ocurre con la vertiente formal de la cadena de custodia, su vertiente material es dinámica. Este dinamismo emana de la amplitud de posibilidades en cuanto a fuentes de prueba se refiere y ello a consecuencia de su naturaleza extrajurídica. De ahí que los actos que integran la vertiente material puedan sufrir variaciones o, incluso, surgir actos diferenciados en función de la concreta fuente de prueba objeto de análisis. Es por ello por lo que, en este punto, nos referiremos a los actos generales que integran esta vertiente material y no a los actos específicos de cada fuente de prueba concreta (que, no obstante, podrán ser encuadrados en alguno de los actos generales). En concreto, estos actos generales e integrantes de la vertiente material de la cadena de custodia son los siguientes: primero, el hallazgo y obtención de las evidencias; segundo, el aseguramiento y la conservación de la fuente de prueba; tercero, el análisis –en su caso– de las muestras; y cuarto, la incorporación de la prueba al juicio oral mediante el oportuno medio probatorio⁵⁵.

vertiente material de la cadena de custodia y aunque no podemos negar –y de hecho no lo negamos– el valor de la vertiente material (entendiendo que la adecuada sucesión de los actos integrantes de la perspectiva material ofrece una alta seguridad en la dimensión procesal y, en concreto, en el alcance de la corrección de la cadena de custodia), sin embargo, entiendo que la vertiente material no debe condicionar en extremo la prosperidad de la vertiente formal (esto es, de la corrección de la cadena de custodia), por lo que es preciso que este tipo de normativa formule unas condiciones mínimas que se orienten a la vertiente formal –quedando la regulación específica de la vertiente formal pendiente de ser desarrollada en la legislación procesal–.

⁵³ Se trata de una característica que la jurisprudencia ha ido anunciando y exponiendo a lo largo de los años: SAP M 217/2003, de 7 de marzo, ECLI:ES:APM:2003:2979; SAP M 785/2009, de 6 de julio, ECLI:ES:APM:2009:8425; SAP M 1492/2009, de 30 de noviembre, ECLI:ES:APM:2009:15479. De forma similar, la SAP V 19/2001, de 3 de mayo, ECLI:ES:APV:2001:2731, recoge esta presunción de veracidad.

⁵⁴ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, «La cadena de custodia en materia de tráfico de drogas», en FIGUEROA NAVARRO (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 83.

⁵⁵ No obstante, ésta no es la única estructuración de la vertiente material, sino que son numerosos los autores que han ofrecido un enfoque propio (donde, a pesar de mantener una esencia similar, los concretos actos señalados no son coincidentes). Por un lado, algunos ejemplos ofrecen actos excesivamente específicos –aludiendo a cuestiones tales como el embalaje, el transporte, o el almacenaje final de las muestras– y que inciden en aspectos relacionados específicamente con el modo de actuación de los custodios (DEL POZO PÉREZ, *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Sepín, Madrid, 2014; GARCÍA DE YÉBENES/GASCÓ ALBERCHI, «La cadena de custodia de muestras relacionadas con presuntos ilícitos contra el medio ambiente», en FIGUEROA NAVARRO (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 130; CAMPOS, «La relevancia de la cadena de custodia en la investigación judicial», *Medicina legal de Costa Rica*, vol. 19, núm. 1, 2022, pp. 75

Es fundamental la diferenciación entre ambas vertientes (formal y material) para comprender la cadena de custodia en toda su amplitud. Con esta clasificación se pretende poner el acento en la delimitación de los elementos que integran el contenido procesal de la cadena de custodia como figura jurídica autónoma. Así, integran la vertiente formal aquellos elementos que condiciona su significado (el de la cadena de custodia) en el proceso, mientras que la vertiente material implica la individualización de los actos que, aun con significación procesal, no integran el contenido procesal de la cadena de custodia, sino que componen la parte más procedimental de la misma y que se producen desde la obtención de la prueba y hasta su incorporación.

3.2. El alcance de la vertiente formal de la cadena de custodia tecnológica

Tomando como base la división en las dos vertientes –formal y material– aludidas en el punto anterior, son tres los aspectos esenciales a valorar en el desarrollo de la vertiente formal de cadena de custodia tecnológica: en primer lugar, la corrección de la cadena de custodia tecnológica como método de acreditación de la mismidad de la prueba; en segundo lugar, la impugnación de la cadena de custodia tecnológica; y, en tercer lugar, la fiabilidad de la prueba tecnológica en virtud de su cadena de custodia.

a. *La corrección de la cadena de custodia tecnológica y la mismidad de la prueba*

En los últimos años y con relativa frecuencia, la doctrina procesalista ha ido exponiendo la idea de que la cadena de custodia alcanza una importancia sin precedentes en el contexto tecnológico. Partiendo de la veracidad de tal afirmación, me parece conveniente realizar una leve matización. Esta relevancia que adquiere la cadena de custodia tecnológica atiende, muy particularmente, a la desconfianza que genera la prueba de carácter tecnológico en los distintos operadores jurídicos. De cara a afianzar la más reciente aseveración, es imperativo iniciar la reflexión sobre la base del fin inherente a la cadena de custodia. Finalidad que ha sido expresada desde los inicios de este trabajo y que no es otra que la de garantizar la mismidad de la prueba material. Tomando como base lo anterior, la desconfianza a la que hacíamos referencia previamente afecta directamente a la fiabilidad de la prueba tecnológica y deriva de los caracteres propios de ésta –ante todo, en virtud de su carácter volátil y su presunta fácil manipulación⁵⁶–. La reiteración de estos caracteres hizo que saltasen todas las alarmas e impulsó una preocupación generalizada en la doctrina acerca de cómo se habrá de acreditar la autenticidad de una fuente de prueba tecnológica⁵⁷. Pero, además, esta confianza continúa en

ss.); por otro lado, otras posturas ilustran actos con un carácter menos procedimental y más procesal (GUTIÉRREZ SANZ, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Civitas, Navarra, 2016, pp. 61 ss.).

⁵⁶ Al efecto, muy acertadamente expone ARIZA COLMENAREJO que, en el ámbito informático, «la modificabilidad hace de los documentos digitales una fuente de prueba susceptible de ser impugnada» (GONZÁLEZ GRANDA/ARIZA COLMENAREJO, *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 484 ss.). Y es que justamente, ante esa falta de confianza, en la práctica la impugnación de los documentos digitales es un arma muy utilizada. Por otro lado, diversos autores han destacado las cautelas que habrán de ser tomadas antes de confiar en la exactitud de una prueba de carácter tecnológico (entre ellos, SÁNCHEZ RUBIO, «Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del hash como requisito para la fiabilidad probatoria», en BUENO DE MATA (dir.), *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, p. 289).

⁵⁷ Precisamente ésta es la verdadera consecuencia de la ausencia de confianza, si bien es importante tener en cuenta en este punto, tal y como afirma ARRABAL PATERO, que, a pesar de que reiteradamente se ha resaltado la

detrimento con la aparición de las tecnologías disruptivas. Este nuevo contexto tecnológico exhibe problemáticas que van más allá de la mera facilidad de manipulación y que reflejan ahora la posibilidad de creación *ad hoc* de pruebas que, aunque falsas, lucen auténticas⁵⁸. Volviendo sobre la idea reflejada líneas arriba, la desconfianza en la prueba tecnológica se traduce en una baja graduación de su fiabilidad. Pero lo cierto es que esta desventaja emana de un aspecto lógico: la fuente de prueba tecnológica contiene ciertos datos (datos que pretenden ser valorados como prueba) que, comúnmente, se han incorporado al dispositivo tecnológico de forma previa a su localización durante la investigación criminal⁵⁹. Por ello las posibilidades de alteración o creación *ad hoc* de las pruebas se perciben mayores. Es oportuno señalar que también en el contexto tecnológico nos encontramos ante un escenario de vacío legal en materia de cadena de custodia. Hecho éste ciertamente coherente con el estado actual de su regulación procesal, pues no existiendo tal regulación de la cadena de custodia *per se*, una regulación de su vertiente tecnológica luciría incongruente⁶⁰. Y ésta es, sin duda, la visión que se defiende en este trabajo: es fundamental regular la cadena de custodia tradicional, como garantía procesal, para después abordar la problemática específica de la cadena de custodia tecnológica.

En relación con la acreditación de la mismidad de la prueba tecnológica y una vez planteadas las diferentes problemáticas, se ha iniciado una búsqueda constante de nuevas formas de garantizar la mismidad de la prueba en el terreno tecnológico⁶¹. Aunque acreditar la corrección de la cadena de custodia de una prueba de carácter tecnológico puede efectuarse –al igual que ocurre cuando se trata de una prueba más tradicional⁶²– por diferentes vías. Por ejemplo, ciertas propuestas doctrinales consideran que una forma de garantizar la mismidad de la fuente de prueba tecnológica consiste en que la obtención o el acceso a la fuente de prueba se efectúe

posibilidad de alteración de las pruebas de carácter tecnológico, lo cierto es que esta circunstancia también ocurre en las pruebas más tradicionales. Vid. ARRABAL PLATERO, *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 45.

⁵⁸ Esta circunstancia se concreta muy en particular respecto de la posibilidad de valerse de una IA que genera imágenes, vídeos, sonidos... que emulan al original y que son de muy difícil o imposible diferenciación. Son hechos que ya hemos visto en la realidad: IAs que imitan las voces de los famosos, que modifican imágenes reales transformándolas por completo o crean imágenes desde cero a partir de una descripción, etc. Las posibilidades son infinitas y la utilización de este tipo de herramientas se vuelve cada vez más accesible y cómoda para el usuario, lo cual acrecienta exponencialmente la peligrosidad de estas herramientas de cara a una incorrecta aplicación. Ahora bien, la creación de imágenes falsas no es una novedad que haya introducido la IA, no obstante, la sencillez que ofrece la IA a la hora de manipular imágenes o vídeos es abrumadora.

⁵⁹ Diferencia fundamental con respecto a, por ejemplo, los análisis periciales efectuados por organismos oficiales.

⁶⁰ Sin perjuicio de lo expresado en texto, no se puede obviar la sorpresa causada por la ausencia de previsiones al respecto tras la reforma operada por la LO 13/2015, mucho más teniendo en cuenta que el propio legislador manifestó entonces la facilidad de alteración que podría sufrir la prueba tecnológica. A pesar de ello, el legislador optó por incorporar únicamente vagas referencias a la necesidad de adoptar las garantías para asegurar la integridad de las fuentes de prueba obtenidas tras la práctica de algunas y concretas medidas de investigación (ESPÍN LÓPEZ, «La cadena de custodia en el proceso penal. Propuestas en relación con el análisis y custodia de la prueba digital», *La Ley penal*, núm. 151, 2021).

⁶¹ ARELLANO/CASTAÑEDA, «La cadena de custodia informático-forense», *Cuadernos informático-forense*, núm. 3, 2012, pp. 67-81 exponen un modo de proceder bastante detallado para la preservación de la cadena de custodia digital, siguiendo las fases de detección, identificación y registro, recolección de los elementos y recolección de la evidencia digital.

⁶² En síntesis, la diferencia fundamental es que la confianza que depositamos en una y en otra, y tratándose la cadena de custodia de una garantía que impacta directamente en la fiabilidad que el juzgador otorga a la prueba en fase de valoración, ciertamente la cadena de custodia adquiere una relevancia sin precedentes en el plano digital, ello porque partimos de un grado de desconfianza mayor en la fuente de prueba aportada.

en presencia de un fedatario público –ya se sea un notario o ante el Letrado de la Administración de Justicia–⁶³, de modo que el fedatario sea quien garantice el contenido de dicha fuente de prueba electrónica, dando fe del contenido de la misma⁶⁴. Si bien la posición más compartida –y coincido– sostiene que la pericial informática⁶⁵ es el mejor modo de acreditar la mismidad de una prueba tecnológica. Para ello, un perito informático deberá analizar el dispositivo tecnológico a fin de comprobar que su contenido no haya sido adulterado⁶⁶.

b. La impugnación de la cadena de custodia tecnológica y carga de la prueba

Al igual que ocurre con su vertiente tradicional, uno de los puntos más conflictivos de la dimensión tecnológica de la cadena de custodia se encuentra en su impugnación. A pesar de la presencia de peculiaridades propias, la premisa de partida se fija en idénticos parámetros que

⁶³ Ejemplo de ello es el AAP M 712/2023, de 26 de abril, ECLI:ES:APM:2023:3237A, en el que se recoge un protocolo para conceder valor probatorio a los mensajes de mensajería instantánea (redacto por el Auto de la AP GU 328/2018, de 30 de noviembre): en primer lugar, indica la AP que se habrá de aportar el dispositivo electrónico que contenga la aplicación de mensajería instantánea a fin de garantizar la cadena de custodia, en segundo lugar, transcripción del contenido de los mensajes; en tercer lugar, cotejo por el Letrado de la Administración de Justicia (si bien también alude a la posibilidad de efectuar el volcado por parte de un perito informático, introduciéndose en tal caso al proceso como prueba pericial); y, finalmente, lectura del contenido de los mensajes en el juicio oral. Llama la atención la solución expuesta en la STSJ AND 2807/2024, de 10 de octubre, ECLI:ES:TSJAND:2024:14637 (que se dicta a causa de un procedimiento seguido en el orden jurisdiccional social), en aras a acreditar la cadena de custodia se procede al vaciado de los datos contenidos en un sistema informático por parte de un perito informático y en presencia de un notario, de modo que conjugan los dos sistemas expuestos.

⁶⁴ Es conveniente recordar que existe unanimidad doctrinal al respecto de que lo verdaderamente determinante es el contenido/información y no el dispositivo en sí mismo. En este caso concreto, se habla de la presencia de fedatarios públicos en el «primer momento del acceso al contenido de la prueba», en tanto que «podrían presenciar el momento del acceso, bloqueo y clonado». Vid. CALAZA LÓPEZ/MUINELLO COBO, «La digitalización y custodia de la prueba pericial electrónica sobre evidencias virtuales», en PICÓ I JUNOY (dir.), *La prueba pericial a examen: propuestas de lege ferenda*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 473 ss.

⁶⁵ ARRABAL PLATERO expone los beneficios de acudir a este tipo de medios, afirmando la utilidad de la pericia para el caso de que se requiera un análisis sobre los metadatos de la prueba tecnológica que se ha accedido al proceso, ello lo expone en referencia a los modos de introducir la información contenida en un dispositivo tecnológico, sin embargo, tales afirmaciones son trasladables al ámbito de la cadena de custodia (ARRABAL PLATERO, «El valor probatorio de la información contenida en un dispositivo tecnológico», en BUJOSA VADELL (dir.), *Derecho procesal: retos y transformaciones*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 536); CALAZA LÓPEZ sostiene que la pericial informática puede servir para acreditar la autenticidad e integridad de la prueba electrónica CALAZA LÓPEZ, «Cadena de custodia y prueba tecnológica», en VILLEGAS DELGADO/MARTÍN RÍOS (dirs.), *El derecho en la encrucijada tecnológica: estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 39 ss. En el mismo sentido, SANJURJO RÍOS, «Proceso penal y volatilidad/mutabilidad de las fuentes de prueba electrónicas: sobre la conveniencia y el modo de asegurarlas eficazmente», en GONZÁLEZ GRANDA (dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónicas*, Reus, Madrid, 2020, p. 206; MARTÍNEZ GALINDO, «Problemática jurídica de la prueba digital y sus implicaciones en los principios penales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022. También FUENTES SORIANO, «El valor probatorio de los correos electrónicos», en ASENCIO MELLADO (dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 202 ss., en relación con la forma de acreditar la autenticidad de un correo electrónico; o RUBIO ALAMILLO, quien alude a la importancia de que el perito firmante sea informático RUBIO ALAMILLO, «Cadena de custodia y análisis forense de smartphones y otros dispositivos móviles en procesos judiciales», *Diario la Ley*, núm. 9300, 2018. Aunque no en relación con la acreditación de la mismidad en concreto, también DE URBANO CASTRILLO expone la conveniencia de la pericia informática DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *La valoración de la prueba electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 69.

⁶⁶ Es importante resaltar que ésa y no otra ha de ser la finalidad del perito informático, de modo que el informe pericial no debe contener valoraciones jurídicas sobre la apreciación de la prueba. Así lo expone la SAP CE 51/2022, de 27 de junio, ECLI:ES:APCE:2021:67.

los que influyen en la cadena de custodia *per se*, principalmente teniendo en cuenta que la impugnación ha de efectuarse en el primer momento en que se tenga conocimiento de la circunstancia que perjudica el desarrollo de la cadena de custodia. También las diversas posibilidades que podrían poner en jaque la mismidad de la prueba pueden sintetizarse en las mismas posibilidades –a saber, la contaminación accidental de la evidencia, la manipulación consciente de la evidencia y la ausencia o errores burocráticos en la documentación de la cadena de custodia⁶⁷–. Con todo, en el caso de la prueba tecnológica las preocupaciones se centran especialmente en la posibilidad de manipulación consciente de la evidencia, si bien también se le otorga cierta relevancia a la contaminación accidental de la misma.

Una vez más, orbita la cuestión alrededor de la desconfianza que desprende la prueba tecnológica. Los operadores jurídicos acostumbran a desconfiar de la autenticidad de este tipo de pruebas, aduciendo su fácil manipulación o alteración, motivo por el cual es común impugnar la autenticidad de estas⁶⁸. Al hilo de esto y una vez impugnada la prueba de carácter tecnológico⁶⁹, la consecuencia estriba en que se ha de acreditar su autenticidad⁷⁰ para alcanzar la confianza del juzgador⁷¹. Teniendo en cuenta que la autenticidad es uno de los elementos que integran el concepto de mismidad de la prueba, esta necesidad de acreditar su autenticidad una vez ha sido impugnada, supone una matización a la presunción de veracidad de la cadena de custodia en el terreno tecnológico. La excepción a esta viene dada sobre la base de que, en el contexto de la cadena de custodia tradicional, el seguimiento de la fuente de prueba lo efectúan organismos oficiales⁷².

⁶⁷ JAMARDO LORENZO, «La cadena de custodia: configuración jurídica y estado actual de la cuestión», *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 2024.

⁶⁸ PÉREZ DAUDÍ, «La prueba electrónica: naturaleza jurídica e impugnación», en ASENSIO MELLADO (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum: Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 1560 ss.

⁶⁹ Señala ESPÍN LÓPEZ que no hay previsión normativa al respecto, sin embargo, ésta podrá ser impugnada al igual que cualquier otra prueba. *Vid.* ESPÍN LÓPEZ, *Investigación sobre equipos informáticos y su prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 270.

⁷⁰ Es lo que se ha denominado como la «prueba sobre la prueba», en tanto que el objeto de ésta es acreditar la autenticidad del contenido del medio probatorio, pero no el objeto del proceso. Al respecto de la impugnación de la prueba tecnológica, afirma la autora que la carga sobre ‘la prueba sobre la prueba’ se sitúa en la parte que pretende beneficiarse de los efectos probatorios de la prueba. En opinión de SÁNCHEZ RUBIO, al contrario de lo que ocurre con la prueba tradicional, será la parte contraria quien deba probar la ausencia de fiabilidad de la prueba. Una vez más, esta cuestión deriva directamente de la falta de confianza en este tipo de pruebas. *Vid.* SÁNCHEZ RUBIO, «Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del hash como requisito de fiabilidad probatoria», en BUENO DE MATA (dir.), *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, pp. 292 ss.

⁷¹ En este sentido, y a propósito de la impugnación de la prueba tecnológica, ARRABAL PLATERO expone que, una vez superado el trámite de admisión de la prueba, ésta podrá ser impugnada por la otra parte «por considerar que no concurre en ellas los requisitos de autenticidad e integridad». Y añade la autora que las partes impugnarán las pruebas de contrario ante su eventual falsedad, sobre la base de la inautenticidad –«la prueba ha sido creada *ex novo* para el proceso»– o de la manipulación –la alteración de la prueba por medio de la supresión o modificación de datos– de las mismas (ARRABAL PLATERO, *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 335 ss.).

⁷² La SAN 22/2024, de 13 de noviembre, ECLI:ES:AN:2024:5955, pone de relieve justamente esta matización. Si bien se sigue hablando de que no es suficiente únicamente con alegar las irregularidades, sino que se deba aportar algún dato objetivo del que poder deducir la falta de autenticidad de los elementos informáticos (como así recuerda la STS 14 de octubre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3191), también enfatiza la necesidad de activar ciertas salvaguardas en aras a una adecuada valoración de su fiabilidad.

Finalmente, tiene interés el Dictamen 1/2016 de la unidad de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado, donde se expone que las distintas herramientas TIC ofrecen diversas posibilidades de cara a la manipulación de la prueba tecnológica, en tanto que posibilitan la simulación total o parcial del contenido de las fuentes de prueba. Asimismo, el Dictamen 1/2016 ya puso sobre la mesa la cuestión del desplazamiento de la carga de la prueba ante la impugnación de la prueba tecnológica y, en concreto, en relación a la valoración de las evidencias, ya sean en soporte papel o en soporte electrónico, que acceden al proceso como medio de prueba de comunicaciones electrónicas⁷³. Al respecto, la postura de la Fiscalía General del Estado rechaza el desplazamiento automático, entendiendo que se determinará en virtud de la seriedad y razonabilidad del planteamiento impugnatorio que habrá de ser analizado en cada caso⁷⁴.

c. La fiabilidad y valoración de la prueba tecnológica en virtud de la cadena de custodia

La valoración de la prueba se produce una vez superados los requisitos de admisibilidad – licitud, pertinencia y utilidad– y que, además, su práctica se ha efectuado en el juicio oral –con las excepciones de la prueba anticipada y preconstituida– y con el debido respeto a las garantías de oralidad, inmediación y contradicción. Es importante destacar que, en la valoración de un medio de prueba cuya cadena de custodia pueda proyectar alguna duda menor sobre el juzgador, los restantes elementos del acervo probatorio serán determinantes a la hora de apreciar o no la prueba. Dicho de otro modo, la valoración de la prueba no se asienta en la formulación de una ciencia exacta y, por ende, la verosimilitud de una prueba no puede o debe descansar única y exclusivamente en la fiabilidad del concreto medio de prueba, sino –necesariamente– en la fiabilidad que se desprende de la valoración de la actividad probatoria en su conjunto.

Respecto de los elementos materiales de prueba (y, en particular, cuando su carácter es tecnológico) no podemos negar la importancia de que se cumplan ciertas condiciones para que puedan ser valorados. Por un lado, es preciso que la obtención la prueba se efectúe con respeto a los DDFF (de lo contrario, estaremos ante un supuesto de prueba prohibida); pero, además, de cara a afianzar la fiabilidad de la prueba material es preciso ofrecer garantías suficientes sobre la autenticidad e integridad del elemento⁷⁵, lo que conecta muy de cerca con la acreditación de la cadena de custodia. Y, en concreto, cuando hablamos de prueba tecnológica, esto será imprescindible cuando su autenticidad haya sido impugnada. De ese modo, la fiabilidad de una

⁷³ Muy sintéticamente, queremos resaltar dos cuestiones: la primera, señala el Dictamen que, una vez impugnado el medio de prueba que pretende introducir al proceso el contenido de las comunicaciones electrónicas, podrá ser necesaria la práctica de nuevas diligencias de prueba que acrediten la existencia de la comunicación, su origen, destino o contenido; la segunda, que no en todos los casos será necesario un informe pericial informático, sosteniendo que éste únicamente podrá ser imprescindible cuando no sea posible acreditar la autenticidad de las comunicaciones por otros medios.

⁷⁴ Muy en sintonía con lo expuesto en texto, la STS 403/2024, de 16 de mayo, ECLI:ES:TS:2024:2570, rechaza la impugnación de la cadena de custodia de una prueba tecnológica al entender que no hay base suficiente en los motivos alegados por la defensa para generar desconfianza sobre la integridad de la prueba. Similar enfoque ofrece la STS 332/2019, de 27 de junio, ECLI:ES:TS:019:2205, donde además se expone la relevancia de las aclaraciones efectuadas por los peritos informáticos en relación con las presuntas deficiencias que, en opinión de la defensa, presentaban las pruebas tecnológicas. Precisamente las explicaciones de los peritos informáticos han servido para reforzar la desestimación del motivo de casación en el que se planteaba la ruptura de la cadena de custodia. También la SAP M 737/2024, de 27 de noviembre, ECLI:ES:APM:2024:13164.

⁷⁵ MERKEL, Derechos humanos e investigaciones policiales. Una tensión constante, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 97.

prueba material sobre la cual se ha acreditado fehacientemente la corrección de la cadena de custodia adquiere mayor dimensión que una prueba respecto de la cual no se haya acreditado ni desacreditado tales extremos. En tal sentido, la prueba ofrecerá una mayor sensación de confianza al juez que, no obstante, valorará libremente la prueba.

Lo anterior tiene gran importancia, en tanto que, una vez más, la desconfianza que genera la prueba tecnológica vuelve a ser protagonista. Lo crucial en este punto es reparar el bajo grado de fiabilidad del que partimos, por lo que se habrá de acudir a las herramientas procesales que nos permitan incrementar esta fiabilidad de cara a su valoración. En definitiva, si una parte introduce una prueba de carácter tecnológico y –además– introduce al proceso los medios suficientes para acreditar la corrección de la cadena de custodia, esto repercutirá muy positivamente en la valoración de la prueba tecnológica. En este sentido, la relación entre valoración de la prueba y corrección de la cadena de custodia parte de premisas similares, pero se intensifica cuando se trata de pruebas de carácter tecnológico.

3.3. El alcance de la vertiente material de la cadena de custodia tecnológica

Siguiendo el esquema de la vertiente material expuesto anteriormente, el primer acto material de la cadena de custodia –hallazgo y obtención de las evidencias– alude a la localización de las fuentes de prueba de carácter material y, en este caso, tecnológicas que, en un futuro, podrán ser incorporadas al proceso como medio de prueba y a su obtención. Obtenida la fuente de prueba material, se inicia la cadena de custodia y, en consecuencia, deben respetarse las actuaciones necesarias para garantizar la protección de las pruebas materiales. Es importante señalar que, una vez iniciada la cadena de custodia, también se inicia el deber de documentarla. Obtenidas las evidencias, la segunda fase de la cadena de custodia hace referencia al aseguramiento y conservación de la fuente de prueba material tecnológica, esto es, se refiere a los actos de vigilancia y cuidado de las muestras, desde el momento de su recogida, transporte, pasando por un posible análisis científico de las evidencias, y hasta que se pongan a disposición judicial. Del mismo modo que ocurría en el anterior acto, el deber de documentar la cadena de custodia debe mantenerse también en este punto.

Igualmente pasa con su conservación, la fuente de prueba habrá de ser asegurada y conservada en las condiciones que exija su propia naturaleza para evitar posibles alteraciones indeseadas; que, en el caso de la prueba tecnológica, las posibilidades se incrementan notablemente, pues no debemos olvidar que el objeto de la conservación hace alusión a los datos que pueda contener los dispositivos informáticos –éstos serán el objeto de la cadena de custodia en su vertiente tecnológica–. En caso de que la fuente de prueba deba pasar un examen pericial (lo cual ocurre con frecuencia en el supuesto de cadena de custodia tecnológica y en relación con el informe pericial informático), se inicia el tercer acto –el análisis de las muestras obtenidas–. En este punto se produce la recepción por parte de los expertos que van a proceder al análisis de las mismas. Se exige que lo primero que se debe evaluar y documentar por parte de los expertos sea el estado en que se reciben las muestras (así como el aspecto del embalaje), debiendo reflejarlo detalladamente en el documento de recepción. Asimismo, tendrán que ser identificadas las personas que entrarán en contacto con las muestras. Una vez finalizados los análisis de las muestras, es necesario documentar su estado final, señalando los cambios que se hayan producido, en su caso, y justificándolos. En este punto, los procedimientos estarán excesivamente diferenciados en función de las concretas fuentes de prueba que acceden a los

análisis, puesto que no será lo mismo efectuar un análisis sobre muestras de ADN⁷⁶ que un análisis sobre sustancias estupefacientes –e, incluso aquí, se pueden localizar distinciones en función del tipo de sustancia de que se trate–. El último acto de la vertiente material es la incorporación de la prueba al juicio oral en virtud del oportuno medio probatorio (art. 299 LEC). Ello teniendo en cuenta que, para acceder a la fase de juicio oral deberá cumplir con los criterios de admisibilidad: licitud, pertinencia y utilidad y, aunque la cadena de custodia no se valora en admisión, las partes podrán alegar irregularidades en la misma en ese momento. En este punto, es importante recordar que la valoración de la prueba tecnológica en el proceso encuentra mayores trabas –a casusa de los caracteres que le son propios–, debiendo superar ésta el denominado «test de admisibilidad» en relación con la acreditación de su autenticidad e integridad, así como de su licitud⁷⁷. En definitiva, la admisión de la prueba supone el final del trayecto de la fuente de prueba en su vertiente material y, por ende, la cadena de custodia concluye con este acto. A partir de este momento, es la autoridad judicial la encargada de custodiar la fuente de prueba hasta su valoración en sentencia.

A propósito de la reglamentación de la vertiente material de la cadena de custodia, quizá una de las normas reglamentarias más completas, a pesar de su ámbito de aplicación ciertamente limitado, sea la Orden JUS/1291/2010, de 13 mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses⁷⁸. Lo completo de esta orden deriva de la exhaustividad y detalle con que se recogen las exigencias procedimentales para todas aquellas personas que intervienen en la cadena de custodia en su concreto ámbito de actuación. Además, en palabras de CABEZUDO BAJO, esta norma recoge gran parte de los aspectos de carácter científico-tecnológico que inciden en la obtención de las muestras de ADN⁷⁹. Otra norma dictada a propósito de las muestras de ADN es la norma ISO/IEC 17025:2017, que recoge ciertas previsiones para el contexto de los laboratorios de análisis de ADN. Otro de los ejemplos que contamos en nuestro ordenamiento jurídico, en relación con la normativización de la vertiente material de la cadena de custodia, es el Manual de Criminalística para la Policía Judicial, editado por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior en el año 2017, en el que se incorpora una sección dedicada a la cadena de custodia de las muestras o evidencias. Este manual está específicamente dirigido a la

⁷⁶ En este contexto las recomendaciones del GHEP-ISFG (grupo de habla española y portuguesa de la sociedad internacional de genética forense) sobre la localización, hallazgo y recogida de muestras de ADN son de carácter muy específico y vinculado a este tipo de muestras en exclusiva: por ejemplo, medidas de carácter higiénico sanitarias con dos objetivos: evitar la contaminación tanto del personal, como también de la propia muestra. Vid. LÓPEZ VALERA, «Localización, hallazgo y recogida de muestras de ADN en la cadena de custodia», *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016, pp. 799-808.

⁷⁷ MARTÍN RÍOS, «Problemas de admisibilidad de la prueba obtenida de dispositivos de almacenamiento digital», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 2020.

⁷⁸ Esta orden del Ministerio de Justicia nace con la vocación de actualizar a su predecesora del año 1996 (la Orden del Ministerio de Justicia de 8 de noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología), ahora derogada. En esta orden ministerial ya se aludía a la cadena de custodia, incluso a pesar del contexto temporal, en los siguientes términos: «Debe existir un documento anejo al envío de muestras, que acredite la observación en todo momento de la ‘cadena de custodia’, desde la toma de muestras hasta su recepción en el INT. Se propone como modelo el que figura incluido como anexo (...) pudiendo ser válido cualquier otro documento, siempre que quede constancia firmada de todas las personas bajo cuya responsabilidad hayan estado las muestras», todo ello en relación con la documentación preceptiva para la remisión de las muestras objeto de análisis por parte del Instituto Nacional de Toxicología.

⁷⁹ CABEZUDO BAJO, *Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica-tecnológica de probabilidad en el proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 95 ss.

policía judicial y los peritos especializados en criminalística. En síntesis, establecen unos puntos mínimos que han de cubrir para garantizar el respeto a la cadena de custodia y unas recomendaciones en el modo de actuar, previsiones relativas al correcto empaquetado de las evidencias o a la identificación de todas y cada una de las muestras. Sin embargo, en ninguno de los casos señalados se incorporan previsiones específicas en relación con la cadena de custodia tecnológica, aunque de manera justificada en las dos primeras dado el concreto ámbito material en el que se encuadran.

En el contexto comparado sí encontramos, en cambio, diversos ejemplos de reglamentación de la vertiente material de la cadena de custodia tecnológica en ordenamientos jurídicos ajenos. Ejemplo de ello es el ordenamiento jurídico de Estados Unidos (en adelante EEUU). Si bien es cierto que no existe norma específica que regule su admisibilidad, sí existe, no obstante, diversos manuales prácticos al efecto⁸⁰. En concreto, el más destacado es el *Electronic crime scene investigation: a guide for first responders*⁸¹, redactado por el Departamento de Justicia. En este manual, se recoge el marco general en relación con la obtención, aseguramiento y transporte de pruebas digitales y que va dirigido a todos los intervinientes en la investigación y que mantienen contacto con las pruebas digitales. Tal y como expone el propio manual, el tratamiento de la prueba digital debe regirse por los siguientes principios: primero, que los procesos de recolección, aseguramiento y transporte de prueba digital no pueden alterar la propia prueba; segundo, que la prueba digital debe ser examinada únicamente por aquellos capacitados específicamente para ello; y tercero, que todo lo realizado durante la incautación, transporte y almacenamiento de la prueba digital debe ser enteramente documentado, preservado y encontrarse disponible para su análisis. En concreto, hace referencia específica al mantenimiento de la cadena de custodia durante el procedimiento de traslado de las pruebas digitales que hayan sido obtenidas, debiendo igualmente documentar todas las actuaciones que se lleven a cabo durante dicho transporte. Además, muestra su preocupación al respecto de la intromisión en los datos personales de los ciudadanos que pueda producirse a consecuencia de la incautación u obtención de las pruebas digitales objeto de tratamiento en este manual. En concreto, alude a la posibilidad de vulnerar normas tales como el *Electronic Communications Privacy Act* (1986) y el *Privacy Protection Act* (1980).

Otro ejemplo lo encontramos en el ordenamiento jurídico mexicano, donde cobra especial interés el Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal⁸², por el que se aprueba el Protocolo de actuación para la obtención y tratamiento de los recursos informáticos y/o evidencias digitales. En este acuerdo y a lo largo de los diversos considerandos del texto, se exponen las inquietudes que genera el respeto a la cadena de custodia en el plano tecnológico. Al respecto, en el considerando sexto se afirma que «con el auge de las tecnologías de la información, es necesario proporcionar métodos y procedimientos que aseguren la detección, recolección, manejo, autenticación, análisis, procesamiento y resguardo de los recursos informáticos y/o evidencias digitales» que hayan sido obtenidos, en general, de cualquier dispositivo de comunicación, almacenamiento y transmisión de datos –incluyendo una

⁸⁰ SIMARRO PEDREIRA, «La cadena de custodia en la prueba digital: España vs. EEUU», en GONZÁLEZ GRANDA (dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus, 2020, pp. 235 y ss.

⁸¹ Documento que puede ser consultado en la siguiente página web: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/219941.pdf>.

⁸² Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 17 de junio del 2016.

enumeración, a modo ilustrativo, de algunos de estos dispositivos-. A continuación, el considerando séptimo expone:

«La obtención de información (elementos de prueba) constituye una de las facetas útiles dentro del éxito de una investigación, aspecto que demanda de los encargados de la recolección, preservación, análisis y presentación de las evidencias, una eficaz labor que garantice la autenticidad e integridad de estas, a fin de ser utilizadas posteriormente como parte de los diversos procedimientos que se tramitan en el Consejo de la Judicatura Federal y/o en su caso ante las autoridades ministeriales o judiciales correspondientes».

Mientras que, por su parte, el considerando octavo añade:

«Uno de los principales problemas en el análisis de la evidencia digital entendida como información probatoria almacenada o transmitida digitalmente, es la cadena de custodia, es decir, el procedimiento controlado que se aplica a los indicios materiales relacionados con la investigación desde su localización hasta su valoración y que tiene como fin no viciar el manejo que de ellos se haga y así evitar alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones».

El protocolo se divide en once fases y finaliza con la introducción de un glosario, seguido de los transitorios. Las fases de la evidencia que reconoce el protocolo son las siguientes: procedencia (I); inspección, detección, aseguramiento y documentación (II); recolección (III); registro (IV); embalaje (V); traslado y entrega para análisis (VI); desembalaje (VII); análisis e informes (VIII); almacenamiento en el lugar de resguardo (IX); traslado para la presentación de los recursos informáticos y/o evidencia digital como material probatorio (X); y destino final (XI). En cada una de estas fases el protocolo alude al responsable de la misma y a las actividades propias que se desarrollarán en concreto. En opinión de MANSILLA MOYA el procedimiento de la cadena de custodia de la evidencia digital es esencialmente equivalente al seguido para los demás indicios materiales, con la singularidad de que el personal responsable de las etapas cuyo objeto es el *hardware* será el personal autorizado por la Dirección General de las Tecnologías de la Información, independientemente de su adscripción, «con la finalidad de que sean personas expertas quienes manejen los indicios probatorios para evitar la pérdida o contaminación de los mismos»⁸³. Y en tal sentido, señala que se ha de diferenciar entre el *hardware* y el *software*, exponiendo el autor que el *hardware* es «el elemento material de un sistema informático», identificándolo con los recursos informáticos; mientras que el *software* es «la información contenida» en el dispositivo y lo identifica con la evidencia digital⁸⁴.

No podemos dejar de mencionar la Tesis Aislada I.2o.P.49 P (10a.) del Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en materia penal, derivada del Amparo directo 97/2016, de 11 de agosto de 2016, y que, además, fue dictada poco tiempo después de la aprobación del citado Acuerdo. En relación con la prueba tecnológica, el tribunal establece como criterios de validez de la prueba derivada comunicaciones electrónicas, por un lado, haber sido obtenida lícitamente y, por otro, que la cadena de custodia se haya respetado. Al efecto, el tribunal

⁸³ MANSILLA MOYA/MANSILLA MOYA, «Cadena de custodia 2.0», *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, Vol. 5, núm. 18, 2022, p. 57.

⁸⁴ *Ibidem*.

expone para constatar la veracidad tanto del origen como del contenido de la evidencia digital, es necesario que se cumplan los registros de cadena de custodia en aras a satisfacer el principio de mismidad perseguido por ésta, lo que se traduce en que el contenido de la fuente digital sea el mismo que el aportado al proceso. Afirma el tribunal que esta exigencia deriva del carácter fácilmente manipulable o alterable de este tipo de evidencias, sosteniendo que de no acreditarse tales extremos la prueba electrónica podría carecer de eficacia probatoria por falta de fiabilidad.

4. Las tecnologías disruptivas al servicio de la cadena de custodia

La denominada cuarta revolución industrial o industria 4.0 alude a la nueva revolución tecnológica que envuelve a la sociedad actual⁸⁵. Las tecnologías disruptivas pertenecen, en efecto, a lo que se ha dado en llamar la cuarta revolución industrial. Estas tecnologías adquieren una notoria relevancia a nivel general y, en concreto, en el mundo jurídico⁸⁶. Hemos de señalar, no obstante, que la irrupción de la tecnología en la esfera jurídica no es una situación novedosa en sí misma, al igual que tampoco lo es en la sociedad. Al contrario, esta intromisión lleva produciéndose desde décadas atrás, aunque ciertamente existen diferencias sustanciales entre la tecnología que inundó nuestros procesos judiciales en un inicio –aquellas que se han venido llamando nuevas tecnologías– y la tecnología que actualmente está copando las preocupaciones de la doctrina científica: las tecnologías disruptivas.

4.1. La corrección de la cadena de custodia a través del uso de sistemas *blockchain*

Al margen de la pericial informática como medio para acreditar la integridad de una prueba tecnológica, en el terreno de las tecnologías disruptivas existen otras opciones que, además, están alcanzando mucha fuerza como métodos para garantizar la cadena de custodia tecnológica, tales como la conocida tecnología *blockchain* –o cadena de bloques–⁸⁷. Se trata de

⁸⁵ Ya hemos aludido anteriormente a este término, introducido por el economista SCHWAB, quien –además– ha afirmado que los datos son el petróleo del siglo XXI. Al respecto, *vid.* SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, Debate, Barcelona, 2016, pp. 19 ss.

⁸⁶ En este escenario, no podemos obviar que uno de los elementos fundamentales de la llamada Industria 4.0 es el fenómeno del Internet of Things (IoT). En tal sentido, afirma BARONA VILAR que internet «se convirtió en una especie de ‘bien global’ de la sociedad, un instrumento que se presentaba como esencial para garantizar una sociedad acomodada, eficiente y ágil». *Vid.* BARRIO ANDRÉS, *Manual de Derecho Digital*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 90., identifica el IoT como uno de los agentes de la cuarta revolución industrial. En tal sentido, afirma BARONA VILAR que internet «se convirtió en una especie de ‘bien global’ de la sociedad, un instrumento que se presentaba como esencial para garantizar una sociedad acomodada, eficiente y ágil». Al efecto, BARONA VILAR, «Algoritmización de la prueba y la decisión judicial en el proceso penal: ¿utopía o distopía?», en ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHEZ/PILLADO GONZÁLEZ (dirs.), *El proceso penal ante una nueva realidad europea*, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 135.

⁸⁷ Esta tecnología ha sido identificada como una de las grandes protagonistas y motor de la transformación digital de la segunda década del siglo XXI (ARROYO GUARDEÑO/DÍAZ VICO/HERNÁNDEZ ENCINAS, *Blockchain*, Editorial CSIC, Madrid, 2019, p. 5) y su origen se remonta al año 2008, materializándose con la creación de la red Bitcoin, la cual ha sido reconocida como la primera tecnología blockchain operativa. Para mayor información al respecto de la tecnología *Blockchain*, pueden consultarse las publicaciones del *Blockchain Intelligence Law Institute* y, en particular, el artículo doctrinal publicado por DE LA MATA MUÑOZ, «Fundamentos de Blockchain». Consultado en la siguiente página web: https://blockchainintelligence.es/wp-content/uploads/2020/10/Articulo-doctrinal_Fundamentos-Blockchain_Almudena-de-la-Mata.pdf.

La red *Bitcoin* se circunscribe al sector de las monedas electrónicas, sin embargo, lo fundamental de esta nueva propuesta recayó en la inexistencia de autoridad central alguna, de modo que posibilitó por primera vez el intercambio de valores entre las partes en virtud de una red *peer-to-peer*, sin la intermediación de terceros, y en

una categoría propia de la *Distributed Ledger Technology* (DLT) o tecnología de registro distribuido y, en concreto, la *blockchain* se perfila como un modo de aplicar este tipo de tecnología. Muy sucintamente, la tecnología *blockchain* opera como un libro mayor de carácter digital, distribuido e inmutable, garantizado a través de sistemas de criptografía avanzada mediante una red *peer-to-peer* en la que los nodos (usuarios) validan la transacción en virtud de un mecanismo de consenso, puesto que el control de la operación está descentralizado⁸⁸.

En particular, la notoriedad de la tecnología *blockchain* viene dada a consecuencia de la popularidad que adquirió el modo en que esta tecnología gestiona la información, justamente en aras a garantizar la confianza y credibilidad sobre la misma⁸⁹. Precisamente los debates doctrinales giran en torno a su eventual aprovechamiento en el proceso con especial consideración en el ámbito probatorio, dado que ofrece la posibilidad de aplicar una serie de mecanismos que permiten afianzar la confianza en la información tecnológica que pretende acceder al proceso como prueba⁹⁰. En concreto, es un mecanismo de encriptación de datos mediante el empleo de códigos *hash*. El código *hash* se obtiene a través de la aplicación de un algoritmo que traduce una cantidad de datos informáticos, con independencia de su tamaño, en un valor alfanumérico compuesto por un número determinado de bits⁹¹. Ocurre aquí que, una

modo estrictamente digital. Vid. ARROYO GUARDEÑO/DÍAZ VICO/HERNÁNDEZ ENCINAS, *Blockchain*, Editorial CSIC, Madrid, 2019, pp. 12 ss.

⁸⁸ Vid. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 15 ss.; GIMENO BEVIA, «Blockchain y resolución de conflictos: algunas reflexiones», en MARTÍN PASTOR/JUAN SÁNCHEZ (Dir.), *El Derecho Procesal: entre la Academia y el Foro*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 608.

⁸⁹ Esta confianza sobre el origen y el contenido de los datos es decisiva para el éxito de los sistemas de información y comunicación, no obstante, la tecnología *blockchain* –basada en sistemas de criptografía– ofrece soluciones aptas para asegurar esta confianza. Los sistemas de criptografía se basan en unos mecanismos de carácter matemático que hacen viable la identificación, por un lado, del origen de las informaciones y, por otro, el control sobre las posibles modificaciones y alteraciones (ARROYO GUARDEÑO/DÍAZ VICO/HERNÁNDEZ ENCINAS, *Blockchain*, Editorial CSIC, Madrid, 2019, pp. 6 ss.).

⁹⁰ Ello se debe a su propia configuración, según la cual ésta se materializa como una cadena de bloques, en la que los ‘bloques’ constituyen el conjunto de datos que incorporan las transacciones ejecutadas en la red *peer-to-peer* por parte de los nodos que la integran; y la ‘cadena’ representa el enlace criptográfico que mantiene unidos unos bloques con otros. En concreto, este enlace se ejecuta por vía de código *hash*. Esto es, funciones resumen. Se trata de una función con la capacidad de transformar una información o mensaje a una longitud o tamaño en bits determinado, con independencia de su longitud o tamaño original. Al resultado de la operación se le denomina *hash*. Es importante señalar que las funciones *hash* «no cifran ni descifran mensajes, pero son las herramientas indispensables para comprobar la integridad de determinada información» (ARROYO GUARDEÑO/DÍAZ VICO/HERNÁNDEZ ENCINAS, *Blockchain*, Editorial CSIC, Madrid, 2019, pp. 21 ss.; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 20 ss.).

A grandes rasgos, PÉREZ CAMPILLO expone los caracteres principales de la tecnología *blockchain*, que identifica como el ‘ADN’ de esta tecnología: primero, la integridad de los datos y de la información, en tanto que los datos –una vez incorporados a la cadena– no son susceptibles de modificaciones en ningún caso; segundo, la confidencialidad; tercero, la autenticación de usuario, como complementario a la confidencialidad; cuarto, la autenticación del remitente y del destinatario, de modo que garantiza la seguridad entre las transacciones, evitando posibles suplantaciones; y quinta, la descentralización de internet e identidad digital, siendo ésta una de las características básicas de la *blockchain*. Vid. PÉREZ CAMPILLO, «Blockchain: ¿amenaza o solución en la protección de datos y privacidad?», en BUENO DE MATA (dir.), *Fodertics 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, pp. 263-264.

⁹¹ Los códigos *hash*, en concreto, se obtienen «mediante la aplicación de un algoritmo que convierte una gran cantidad de datos, de un tamaño variable, en un valor pequeño y de tamaño uniforme, por eso los valores *hash* también son conocidos como números resúmenes». Esto es, la función *hash* convierte una serie de datos (correo electrónico, disco duro, documento ofimático, etc.) en una función matemática a fin de obtener un valor alfanumérico: el *hash* (SÁNCHEZ RUBIO, «Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del *hash* como requisito para la fiabilidad probatoria», en BUENO DE MATA (dir.), *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, p. 297).

vez obtenido el código *hash*, si se modifica un único bit del conjunto de datos, el valor del *hash* será diferente⁹². Del mismo modo, una modificación de los datos en una *blockchain* supondría la alteración de todos los *hashes* que integran la cadena y, en consecuencia, cualquier alteración sería perfectamente verificable⁹³. En particular, será un perito informático el encargado de verificar la corrección de la cadena de custodia mediante el examen y comprobación de los códigos *hashes* de la *blockchain*⁹⁴. De ahí que el grado de credibilidad que ofrece la tecnología *blockchain* se perciba elevado⁹⁵.

En definitiva, éste es el fundamento de la hipótesis según la cual el empleo de tecnología *blockchain* es útil en aras a garantizar la corrección de la cadena de custodia de los datos digitales aportados al proceso como prueba⁹⁶. Pero no solo encuentra su encaje en los análisis doctrinales, sino que también en la LECrim podemos localizar el fundamento para la integración de la tecnología *blockchain* como método para garantizar la cadena de custodia. Éste deriva de la reforma operada por la LO 13/2015 y, en concreto, de la introducción del art. 588 octies LECrim, el cual establece que el Ministerio Fiscal o la policía judicial «podrán requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión». En

⁹² *Ibidem*. Por su parte, BARRIA NIEVAS expone que el enlace de un bloque con otro mediante código *hash* implica que cada bloque se encuentra «criptográficamente vinculado al anterior y encriptado», de modo que cada bloque contiene una referencia al bloque anterior, de modo que la totalidad de la información contenida queda garantizada con la inclusión de un nuevo bloque a la cadena (BARRIA NIEVAS, «Introducción al Blockchain: análisis del play to earn», *Revista Blockchain e Inteligencia Artificial*, vol. 3, núm. 4, 2022, p. 5 ss.).

⁹³ A este respecto, conviene señalar que, si bien la modificación de los datos de contenidos en la cadena de bloques es técnicamente posible, no se advierte como probable. Esto deriva de la propia configuración de este tipo de tecnología DLT, puesto que los nodos tienen la capacidad de controlar e impedir los intentos de modificación de los datos, ya que la introducción de modificaciones en la red P2P únicamente es posible contando con el acuerdo de la mayoría de los nodos que la integran, todo ello en virtud del llamado protocolo de consenso (IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 22 ss.).

⁹⁴ SANTISTEBAN CASTRO, «Algunas consideraciones en torno al valor probatorio de la tecnología blockchain en el ámbito europeo: presente y futuro», *La Ley probática*, núm. 12, 2023.

⁹⁵ Al hilo de lo anterior, expone IBÁÑEZ JIMÉNEZ en relación con la blockchain: «Es, de este modo, una cadena de hashes o identificadores, porque los hashes tienen, junto a la función identificadora de los datos, la de conectar o ligar bloques, haciendo virtualmente irrompible la cadena, y, por ende, dotándola de seguridad material o tecnológica. De esta suerte, la cadena de identificadores de bloques (...) facilita el rastreo, seguimiento, persecución, investigación y (...) trazabilidad de todos los datos; a la par que, merced al mecanismo de la encriptación, veda la posibilidad de alterar la información engarzada». Vid. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 22 ss.

⁹⁶ En los últimos años son diversos los autores que han formalizado la propuesta de emplear sistemas *blockchain* y funciones *hash* como método para garantizar la inalterabilidad de la fuente de prueba de carácter digital: SÁNCHEZ RUBIO, «Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del hash como requisito para la fiabilidad probatoria», en BUENO DE MATA (dir.), *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, pp. 289 ss.; GONZÁLEZ GRANDA/ARIZA COLMENAREJO, *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 484-487; SOANA, «Block-chain y prueba digital. Una oportunidad para la cadena de custodia», en PEREIRA PUIGVERT/ORDÓÑEZ PONZ (dirs.), *Investigación y proceso penal en el siglo XXI: nuevas tecnologías y protección de datos*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 605 ss.; PEREIRA PUIGVERT, «Sistema de hash y aseguramiento de la prueba informática. Especial referencia a las medidas de aseguramiento adoptadas inaudita parte», en BUENO DE MATA (dir.), *Fodertics II: hacia una justicia 2.0*, 2014, Comares, Granada, pp. 75 ss. Al hilo de lo anterior, sostiene GARCÍA MATEOS que la única forma de garantizar, a nivel informático, que la evidencia digital no ha sufrido alteración alguna a lo largo de su existencia es a través de su huella digital, esto es, su *hash*. Vid. GARCÍA MATEOS, «Cadena de custodia vs. mismidad», en OLIVA LEÓN/VALERO BARCELÓ (coords.), *La prueba electrónica: validez y eficacia procesal*, Editorial Juristas con futuro, Madrid, 2016, p. 36.

virtud del citado precepto se reconoce la posibilidad de establecer un mecanismo de protección y conservación de pruebas electrónicas cuya aplicación podría tener encaje con arreglo a tecnología *blockchain*⁹⁷.

Por otro lado, de impugnarse un documento cuya autenticidad fue acreditada mediante tecnología *blockchain*, para acreditar la mismidad del documento impugnado se podrá acudir, también, a una prueba pericial de carácter instrumental que arroje luz acerca de la autenticidad de los datos. Al tratarse de un documento encriptado, ocurre en este caso que el informe pericial que se efectúe sobre la mismidad del documento plasmará el valor *hash* de la información contenida en él⁹⁸. Por tanto, si la prueba hubiese sido alterada, esta manipulación se reflejaría en una alteración del valor *hash*.

No podemos dejar de mencionar el sistema jurídico de EEUU, donde ya se ha previsto esta posibilidad. Tras una enmienda a las *Federal Rules of Evidence* en el año 2017⁹⁹, integran en la regla 902 la regulación sobre la prueba que se autoautentica¹⁰⁰. Alude a una suerte de presunción *iuris tantum* respecto a la autoautenticación de aquellas pruebas electrónicas que posean un código *hash*, tales como los archivos electrónicos encontrados en un almacenamiento informático. A este respecto, la enmienda mencionada establece la presunción de autenticación de aquellos datos con un código *hash* idéntico, aunque en ocasiones continúe siendo necesaria la intervención de profesionales con formación técnica en la materia que puedan confirmar dicha autenticidad, de ahí, la posibilidad de que la parte contraria pueda emplear las pruebas que considere oportunas para contradecir dicha presunción de autenticidad.

En particular, el citado párrafo 902 (14) FRE establece lo siguiente:

«Certified Data Copied from an Electronic Device, Storage Medium, or File. Data copied from an electronic device, storage medium, or file, if authenticated by a process of digital identification, as shown by a certification of a qualified person that complies with the certification requirements of Rule (902)(11) or (12). The proponent also must meet the notice requirements of Rule 902 (11)».

La relevancia de esta enmienda, en concreto, radica en que configura el fundamento para la introducción de sistemas *blockchain* como elemento de autoautenticación de las pruebas, esto es, como método para garantizar la cadena de custodia de la prueba digital de forma automática, todo ello en virtud de la seguridad que ofrece el empleo de *hashes*.

⁹⁷ BUENO DE MATA, «Blockchain, identidad autosoberana y prueba electrónica transfronteriza», en HERNÁNDEZ LÓPEZ/LARO GONZÁLEZ (coords.), *Proceso penal europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 82 ss.

⁹⁸ RUBIO ALAMILLO, «Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática», *Diario la Ley*, núm. 8859, 2016.

⁹⁹ ROTHSTEIN, *Federal Rules of Evidence*, 3ª ed., Thomson Reuters, Eagan, 2021, pp. 659-696; GRAHAM, *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, 11ª ed., West Academic Publishing, Saint Paul, 2021, pp. 695-696. Además, también cuentan con algunos manuales prácticos que orientan las actuaciones tendentes a garantizar la cadena de custodia digital: el más destacado es el *Electronic crime scene investigation: a guide for first responders*, redactado por el Departamento de Justicia. Documento que puede ser consultado en la siguiente página web: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/219941.pdf>.

¹⁰⁰ MARÍN GONZÁLEZ/GARCÍA SÁNCHEZ, «Problemas que enfrenta la prueba digital en los Estados Unidos de América», *Revista de Estudios de Justicia*, núm. 21, 2014, pp. 75-91.

4.2. La eventual aplicación de inteligencia artificial en el ámbito de la investigación y actividad probatoria con incidencia en la cadena de custodia

a. Nociones previas

Delimitar el concepto de inteligencia artificial (en adelante IA) es una tarea especialmente compleja y desafiante, no por la complejidad inherente al propio término, sino por el riesgo de caer en la obsolescencia al tratarse de un concepto que evoluciona a gran velocidad¹⁰¹. Sin perjuicio de la complejidad inherente a su delimitación conceptual, hoy en día se puede afirmar que el término IA, sucintamente, se emplea para referirse a los «sistemas que manifiestan un comportamiento ‘inteligente’, esto es, sistemas que tienen la capacidad de analizar su entorno y, con cierto grado de autonomía, tomar decisiones para alcanzar objetivos específicos»¹⁰². Si nos remontamos a los orígenes de la IA tal y como la conocemos en la actualidad, debemos retroceder, en primer lugar, hasta el año 1950, cuando el matemático británico Alan TURING publica un artículo en el que se pregunta si las máquinas pueden pensar¹⁰³ y donde establece los cimientos de la IA contemporánea¹⁰⁴. Un segundo hito lo proporciona el informático estadounidense John MCCARTHY, considerado padre fundador de la IA¹⁰⁵ por ser quien acuña el

¹⁰¹ CUATRECASAS MONFORTE, *La Inteligencia Artificial como herramienta de investigación criminal. Utilidades y riesgos potenciales de su uso jurisdiccional*, La Ley, Madrid, 2022, p. 23.

¹⁰² BORGES BLÁZQUEZ, *Inteligencia Artificial y proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 39. En otras palabras, NILSSON afirma que la «artificial intelligence is that activity devoted to making machines intelligent», y añade que «intelligence is that quality that enables an entity to function appropriately and with foresight in its environment». Vid. NILSSON, *The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, p. 13. En similares términos, también alude NIEVA FENOLL a esa capacidad ‘intelectual’ que adquieren las máquinas en virtud de la IA y sostiene que, en cierto modo, puede afirmarse que las máquinas piensan o, en palabras del autor, «más bien imiten el pensamiento humano a base de aprender y utilizar las generalizaciones que las personas usamos para tomar nuestras decisiones habituales». Vid. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 20. Justamente en virtud de la definición que afirma la adquisición de inteligencia por parte de las máquinas, algunos autores defienden la necesidad de entender qué es la inteligencia humana como paso previo para comprender qué es la IA. Lo expone CUATRECASAS MONFORTE, autora que –no obstante– rechaza esta postura, afirmando que tanto máquinas como personas presentamos ciertas limitaciones en comparación con las capacidades del contrario. Al efecto, ilustra la autora que, por un lado, las personas no tenemos la capacidad de realizar diferentes tareas que las máquinas sí ejecutan; mientras que, por otro, las máquinas carecen de sensibilidad, sentido común o capacidad de improvisación. CUATRECASAS MONFORTE, *La Inteligencia Artificial como herramienta de investigación criminal. Utilidades y riesgos potenciales de su uso jurisdiccional*, La Ley, Madrid, 2022, pp. 23-24. Precisamente a este respecto, KAPLAN sostiene que hay pocas razones, al menos por ahora, para creer que la IA tenga mucha relación con la inteligencia humana. Vid. KAPLAN, *Artificial Intelligence. What everyone needs to know*, Oxford University Press, Nueva York, 2016, p. 1. En este punto es de interés la afirmación sostenida por NIEVA FENOLL: «La Inteligencia Artificial es humana, porque la han hecho humanos, incluso aunque sea capaz de ‘aprender’ de los datos que va recopilando». Pero, además, no podemos perder de vista las siguientes palabras del autor: «Es crucial entender y asumir las limitaciones de unos y otros [máquinas y personas] para no suponer a la inteligencia artificial capacidades que no puede tener; pero tampoco para exagerar las potencialidades del ser humano». Vid. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 16 y 23.

¹⁰³ TURING, «Computing machine and intelligence», *Mind*, vol. 59, 1950, p. 433.

¹⁰⁴ CUATRECASAS MONFORTE, *La Inteligencia Artificial como herramienta de investigación criminal. Utilidades y riesgos potenciales de su uso jurisdiccional*, La Ley, Madrid, 2022, p. 26 expone que TURING fue pionero al diseñar un programa informático capaz de jugar al ajedrez.

¹⁰⁵ Así lo identifica KAPLAN, *Artificial Intelligence. What everyone needs to know*, Oxford University Press, Nueva York, 2016, p. 1; también CUATRECASAS MONFORTE, *La Inteligencia Artificial como herramienta de investigación criminal. Utilidades y riesgos potenciales de su uso jurisdiccional*, La Ley, Madrid, 2022, p. 27.

término en el año 1955¹⁰⁶. Empero, a pesar de lo anterior, lo cierto es que la IA no empieza a tomar fuerza hasta finales del siglo XX¹⁰⁷.

Muy brevemente, podemos exponer que el funcionamiento de la IA se basa en la capacidad de procesar y ‘entender’ el lenguaje. Así, el eje de su actividad son los datos (en concreto, el *Big Data*) y los algoritmos, entendiendo como algoritmo «el esquema ejecutivo de la máquina almacenando todas las opciones de decisión en función de los datos que se vayan conociendo»¹⁰⁸. De ese modo, el algoritmo necesita para funcionar una gran cantidad de datos que figuren ordenados en modo comprensible (denominada *Smart Data*), de los que se nutrirá un modelo matemático a fin de establecer patrones¹⁰⁹. Especialmente relevantes son los algoritmos de aprendizaje automático, o *machine learning*¹¹⁰. Lo identificativo en este punto es que están configurados para seguir ‘aprendiendo’ al tiempo que se utilizan, de modo que –en palabras de DE HOYOS SANCHO– se van nutriendo progresivamente de nuevos datos¹¹¹. Cuantos más datos tenga en su haber, mayor será el conocimiento adquirido por la máquina.

Atendiendo a lo anterior, la doctrina científica se plantea nuevos cuestionamientos en torno a la introducción de la IA en el proceso. Muy sintéticamente podemos resumirlas en los

¹⁰⁶ XAVIER JANUÁRIO, «Vulnerabilidad e hiposuficiencia 4.0: la protección jurídico-penal de los consumidores en la era de la inteligencia artificial», en FONTESTAD PORTALÉS (dir.), *La Justicia en la sociedad 4.0: nuevos retos en el siglo XXI*, Colex, A Coruña, 2023, p. 189; MCCARTHY/MINKSKY/ROCHESTER/SHANNON, «A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955», *AI Magazine*, Vol. 27, núm. 4, 2006, pp. 12 ss.

¹⁰⁷ GÓMEZ COLOMER, «Problemas legales del juez robot desde una perspectiva procesal y orgánica», en ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO/PILLADO GONZÁLEZ (dirs.), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 164.

Precisamente al hilo del proceso evolutivo de la IA, diversos autores precisan que tras la exaltación inicial y a consecuencia de varios intentos fallidos, el desarrollo tecnológico de la IA sufrió algunas fases de estancamiento (a los que se les ha denominado «inviernos de IA»), siendo en el momento actual cuando esta tecnología está siendo objeto de un desarrollo sin precedentes. Vid. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, 2018; CUATRECASAS MONFORTE, *La Inteligencia Artificial como herramienta de investigación criminal. Utilidades y riesgos potenciales de su uso jurisdiccional*, La Ley, Madrid, 2022, p. 28. Así las cosas, desde su origen hasta la actualidad la IA ha pasado por tres generaciones. Lo expone CASTILLEJO MANZANARES, quien aclara que cada una de estas generaciones están inspiradas en un interrogante propio al que la IA ha de ofrecer respuesta. Así, la primera generación responde a la pregunta «¿qué pasó?» y, por tanto, la autora la identifica como la generación de la «análítica descriptiva»; la segunda, responde a «¿por qué sucedió?», y está identificada como la generación del «análisis de diagnóstico»; finalmente, en la tercera y actual generación el interrogante que la caracteriza –y al que da respuesta en base a lo que ya ha sucedido– es «¿qué podría suceder en el futuro?», y se conoce como la generación del «análisis predictivo». Vid. CASTILLEJO MANZANARES, «Cuáles son las razones que obstaculizan la introducción de la IA en el proceso judicial. Especial referencia al proceso penal», en MARTÍN RÍOS/VILLEGAS DELGADO (dirs.), *La tecnología y la Inteligencia Artificial al servicio del proceso*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 84 ss. Para mayor profundización en la historia de la IA, además, puede consultarse KAPLAN, *Artificial Intelligence. What everyone needs to know*, Oxford University Press, Nueva York, 201, pp. 13 ss.

¹⁰⁸ NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 21. En otras palabras, los algoritmos son «series de operaciones matemáticas que se van entrelazando para proporcionarnos un resultado» (BORGES BLÁZQUEZ, *Inteligencia Artificial y proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 46).

¹⁰⁹ BORGES BLÁZQUEZ, *Inteligencia Artificial y proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 46.

¹¹⁰ La mayoría de los sistemas de IA en la actualidad se basan en *machine learning*. Vid. DOMÍNGUEZ PADILLA, «Aspectos relevantes de la implementación de la Inteligencia Artificial en el proceso judicial», en FONTESTAD PORTALÉS (dir.), *La justicia en la sociedad 4.0: nuevos retos para el siglo XXI*, Colex, A Coruña, 2023, p. 486.

¹¹¹ DE HOYOS SANCHO, «El Libro Blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como ‘sector de riesgo’», *REDE: Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 76, 2020, pp. 12 ss. También BORGES BLÁZQUEZ, *Inteligencia Artificial y proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 47.

siguientes: en primer lugar, se plantea la posibilidad de colisión entre el empleo de IA en el proceso penal y las garantías de los justiciables¹¹² y el respeto a sus DDFF¹¹³; en segundo lugar, también se ha puesto de relieve la dicotomía transparencia del Servicio Público de Justicia frente a los derechos de propiedad intelectual de los desarrolladores de este tipo de tecnologías; y en tercer lugar, preocupa el grado de fiabilidad de estos sistemas, en tanto que en algunos de ellos ya se han detectado ciertos sesgos que impiden una actuación igualitaria. Lo cierto es que todas estas cuestiones ya han sido advertidas por los legisladores y los distintos ordenamientos jurídicos han estado trabajando en los últimos años en la adaptación de sus sistemas al nuevo mundo digital¹¹⁴.

En el contexto de la Unión Europea (UE), uno de los primeros pasos dados de cara a la normativización de la IA lo proporciona la *Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*¹¹⁵, aprobada en diciembre de 2018 por la Comisión Europea para la eficacia de la justicia. Esta Carta ética precede –y su contenido influye directamente¹¹⁶– a la redacción del Libro Blanco sobre inteligencia artificial¹¹⁷, publicado el 19 de febrero de 2020 por la Comisión Europea y que se manifiesta como paso previo al Reglamento (UE) 2024/1689 de inteligencia artificial (en adelante RIA)¹¹⁸. En base al

¹¹² CASTILLEJO MANZANARES, «Nuevas tecnologías y prueba en el proceso penal. Especial incidencia en Inteligencia Artificial», *Derecho Digital e Innovación*, núm. 11, 2022.

¹¹³ MARTÍN DIZ, «Inteligencia Artificial y derecho procesal: luces, sombras y cábalas en clave de derechos fundamentales», en MORENO CATENA/ROMERO PRADAS (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof^a. Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 970 ss. Todo ello sobre la base que este tipo de tecnologías se nutre de datos, con el riesgo que ello comporta para la efectividad del derecho a la protección de datos personales. Precisamente a consecuencia del auge de este tipo de tecnologías, son varios los autores que ya han calificado nuestros datos personales como el petróleo del siglo XXI. Vid. BARONA VILAR, «La sociedad post coronavirus con big data, algoritmos y vigilancia digital, ¿excusa por motivos sanitarios? ¿y los derechos dónde quedan?», *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 30, 2020, p. 26.

¹¹⁴ BARONA VILAR expone, al efecto, que en Europa se está haciendo un esfuerzo regulatorio, y no solo económico o de coordinación como ocurre en otros países –la autora lo ilustra enumerando a China, Japón, Corea, Singapur, Rusia, EEUU o India– y afirma que en Asia y EEUU son mucho más permisivos, en aras del progreso «y desde luego con preeminencia de este sobre cualquier otra connotación humana o ética». Vid. BARONA VILAR, *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 149 ss. Con todo, este esfuerzo regulatorio europeo no ha estado exento de críticas provenientes de aquellos que consideran que estas políticas están frenando el desarrollo económico e innovativo en Europa. En este punto, compartimos la opinión manifestada por la autora, y entendemos que el camino seguido por la UE es la opción correcta.

¹¹⁵ Esta Carta ética se concibe como un instrumento de *soft law* –que, por tanto, carece de obligatoriedad–, empero, ofrece un contenido de gran interés, principalmente orientado a exponer la importancia de respetar las garantías procesales cuando se emplee IA en el ámbito judicial. Vid. DE HOYOS SANCHO, «El Libro Blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como ‘sector de riesgo’», *REDE: Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 76, 2020, pp. 11 ss. Es importante destacar que estas implicaciones éticas del uso de la IA en la labor jurisdiccional es una de las cuestiones que mayor inquietud despierta en el conjunto de jueces y magistrados (resaltando, principalmente, la exigencia de respetar la independencia judicial), hecho que se expone perfectamente en algunos de los Dictámenes de las Comisiones de Ética Judicial. Vid. al respecto GONZÁLEZ GRANDA/JAMARDO LORENZO, «Medios tecnológicos y uso de la Inteligencia Artificial en el ámbito judicial: una mirada desde el análisis de la ética judicial», *Derecho Digital e Innovación*, núm. 18, 2023.

¹¹⁶ DE HOYOS SANCHO, «El Libro Blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como ‘sector de riesgo’», *REDE: Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 76, 2020, p. 11.

¹¹⁷ Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, COM (2020) 65 final.

¹¹⁸ 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

RIA, el futuro de la IA en la UE se prevé restrictivo. Con una regulación que antepone los valores de la UE frente al desarrollo y uso incontrolable¹¹⁹. Y no debe ser de otro modo, precisamente éste es uno de los aspectos más positivos del marco normativo que la UE pretende configurar. No se debe pasar por alto que el empleo de *Big Data* puede causar un impacto brutal en la esfera de privacidad de los ciudadanos de la Unión¹²⁰. Ante este panorama, es imperativo mantenerse estrictos y fomentar la conformación de un escenario garantista. Con todo, la Comisión Europea conoce los riesgos, de ahí que haya organizado los tipos de IA en función de los riesgos a ella asociados. De este modo, el Reglamento reconoce cuatro niveles de riesgo: riesgo inadmisible, alto riesgo, riesgo limitado y riesgo mínimo¹²¹. Asimismo, el pasado septiembre la UE ha firmado el Convenio Marco sobre Inteligencia Artificial del Consejo de Europa¹²² (convenio que se redacta con la destacable vocación de convertirse en el primer tratado internacional jurídicamente vinculante en la materia), siendo éste un texto perfectamente compatible con el RIA.

b. *Análisis de las posibilidades*

Siguiendo a GÓMEZ COLOMER, los ámbitos en los que el empleo de la IA puede resultar eficaz en el plano procesal penal son los siguientes: en primer lugar, en el terreno de la investigación criminal; segundo, en la elaboración de perfiles de los sospechosos, investigados o acusados; tercero, en el campo de la justicia negociada; cuarto, en la decisión sobre la imposición de medidas cautelares; quinto, en relación con los medios de prueba; sexto, en el ámbito de la valoración de la prueba; y, en último lugar, en fase de ejecución de la condena¹²³. Ahora bien, en lo que aquí respecta, nos interesa los usos de la IA que pueden ser trasladables al ámbito de la cadena de custodia y que se circunscriben, fundamentalmente, a dos de los escenarios mencionados: la investigación criminal y la actividad probatoria. No obstante, debemos

(CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 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).

¹¹⁹ BUENO DE MATA, «La necesidad de regular la Inteligencia Artificial y su impacto como tecnología disruptiva en el proceso: de desafío utópico a cuestión de urgente necesidad», en BUENO DE MATA (dir.), *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 23. Ocurre en el modelo europeo, que se instaure un modelo de gobernanza ético. Se trata de un enfoque prudente, en el que la balanza se inclina a favor de la privacidad, la fiabilidad y el buen uso de la IA. En el marco normativo que la UE está desarrollando priman los DDFF frente al desarrollo económico, lo que se traduce en un contexto en el que el desarrollo tecnológico de la IA ha de seguir avanzando en línea con el debido respeto hacia los principios y valores de la Unión, principalmente en aras a garantizar la privacidad de los ciudadanos. Vid. BAENA PEDROSA, *Aplicación de la Inteligencia Artificial por los Tribunales Europeos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 87 y 88.

¹²⁰ BUENO DE MATA, «La necesidad de regular la Inteligencia Artificial y su impacto como tecnología disruptiva en el proceso: de desafío utópico a cuestión de urgente necesidad», en BUENO DE MATA (dir.), *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 24; BARRIO ANDRÉS, «Objeto, ámbito de aplicación y sentido del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial», en BARRIO ANDRÉS (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 40 ss.

¹²¹ BUENO DE MATA, «La necesidad de regular la Inteligencia Artificial y su impacto como tecnología disruptiva en el proceso: de desafío utópico a cuestión de urgente necesidad», en BUENO DE MATA (dir.), *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 24.

¹²² Siendo conscientes de que la entrada de la IA en el ámbito judicial puede generar múltiples beneficios (en íntima conexión con la eficiencia procesal y digital), pero también numerosas preocupaciones en atención a los potenciales riesgos asociados a su uso, el Convenio Marco previsto la necesidad de atajar estos riesgos y se ha incorporado en el texto un precepto que obliga a las partes a garantizar que la IA no perjudique la integridad, independencia y eficacia de las instituciones y procesos democráticos, incluyendo el principio de separación de poderes, el respeto a la independencia judicial y el acceso a la justicia.

¹²³ GÓMEZ COLOMER, *El Juez-robot. La independencia judicial en peligro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 137-143.

matizar que el examen de estas posibilidades se efectúa desde el plano de la fiabilidad de la prueba en cuestión, y no circunscrito al uso de la IA en el concreto desarrollo de la cadena de custodia.

En primer lugar y por lo que se refiere al terreno de la investigación criminal, en la actualidad ciertos usos de la IA están destinados a la localización de indicios mediante el uso de sistemas de minería de datos o *Data Mining*. En concreto, la finalidad es delimitar los lugares en los que, en base a los datos extraídos de experiencias pasadas, sea más probable localizar los indicios del caso investigado (en definitiva, se trata de una herramienta de previsión de posibilidades)¹²⁴. En materia de cadena de custodia, únicamente tiene el objetivo de situar estadísticamente el lugar en que se iniciará la cadena de custodia en atención al primer acto de su vertiente material –la localización y obtención de las fuentes de prueba materiales–, por lo que, en realidad, su relevancia se circunscribe estrictamente al ámbito de la investigación. Mayor conexión con la figura de la cadena de custodia encontramos en la posibilidad de ejecutar diligencias de investigación asistidas por sistemas de IA en el uso de datos biométricos de identificación. Las posibilidades existentes son diversas y pueden sintetizarse en las siguientes: reconocimiento facial, reconocimiento de voz, reconocimiento de emociones, reconocimiento de huellas dactilares, reconocimiento de ADN y reconocimiento de firma y de escritura¹²⁵. El uso de sistemas de IA en tales supuestos no solo puede favorecer la eficacia de la investigación, sino que además ofrece la posibilidad de que los sistemas de IA garanticen el correcto desarrollo de los análisis y fortalezcan la confianza en su autenticidad o, en materia de cadena de custodia, en su mismidad.

En segundo lugar y en relación con la aplicación de la IA en algunos aspectos de la actividad probatoria, uno de los principales supuestos es el de la valoración de la prueba mediante el auxilio de sistemas basados en IA. Es importante subrayar que únicamente hablamos de auxilio en este ámbito, en cuanto la prueba ha de ser valorada por los jueces en virtud del sistema de valoración libre¹²⁶. Dejando a un lado las otras opciones, aquí nos centraremos en la valoración de la prueba pericial con el auxilio de la IA, en tanto que es el supuesto de mayor interés en materia de cadena de custodia. Lo cierto es que la tarea del juez de valorar los informes periciales presenta como principal obstáculo que la persona que va a valorar los resultados contenidos en el informe pericial es una persona leiga en la ciencia empleada en el concreto análisis que da origen al informe pericial¹²⁷. En tal sentido, es fundamental en este punto

¹²⁴ A este tipo de herramientas se le atribuye una efectividad del 68% que, si bien pudiera parecer un porcentaje bajo, tal y como expone NIEVA FENOLL, hay que tener en cuenta que la alternativa es depender de la intuición y experiencia de los investigadores, con una ratio de efectividad inferior al de la máquina. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 26 ss.

¹²⁵ Para mayor información, vid. CUATRECASAS MONFORTE, *La Inteligencia Artificial como herramienta de investigación criminal. Utilidades y riesgos potenciales de su uso jurisdiccional*, La Ley, Madrid, 2022, pp. 225 ss.; ETXEBERRIA GURIDI, «Datos biométricos y reconocimiento facial en el proceso penal», en MARTÍN RÍOS/VILLEGAS DELGADO (dirs.), *La tecnología y la Inteligencia Artificial al servicio del proceso*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 112 ss.

¹²⁶ Expone NIEVA FENOLL que el sistema de valoración libre se basa en muchos datos objetivables, de modo que es factible la asistencia de la IA en este campo. Vid. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 79 ss.

¹²⁷ Especialmente crítico en este punto se ha manifestado NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 285, al exponer el problema que se deriva de la ausencia de conocimientos del juez sobre el informe pericial que está valorando. El autor expone que esta circunstancia concluye, en muchos casos, en la asunción directa y acrítica del dictamen en la sentencia, sin que exista realmente motivación al respecto.

plantearnos si los criterios *Daubert* pueden ser automatizables. Concebidos inicialmente como criterios de admisibilidad de la prueba científica, los estándares *Daubert* se convirtieron con el paso del tiempo en criterios de determinación de la fiabilidad técnica de las pruebas periciales. Para ello, se basa en la observancia de una serie de criterios dirigidos a garantizar el rigor de la técnica científica. Son los siguientes: en primer lugar, se requiere que la técnica empleada haya sido testada frente a la posibilidad de cometer errores; en segundo lugar, se exige que la técnica haya sido revisada por otros científicos y, en su caso, publicada; en tercer lugar, se impone la indicación en el informe el grado de acierto de la técnica; en cuarto lugar, se insiste en el deber de justificar el mantenimiento de estándares de calidad en el empleo de la técnica; y, finalmente, se establece el criterio del consenso de la comunidad científica sobre la técnica empleada¹²⁸.

Afirma NIEVA FENOLL que «los criterios parecen haber sido configurados realmente para construir un algoritmo sobre ellos». Señala el autor que la creación de una herramienta basada en IA capaz de automatizar estos criterios ofrecería al juzgador la posibilidad de obtener una valoración, en cuestión de segundos, sobre la calidad de la técnica empleada por el perito. De modo que el sistema de IA validará –o no– la fiabilidad técnica del informe pericial¹²⁹. La materialización de esta posibilidad podría contribuir positivamente en la actividad probatoria, toda vez que –tal y como nos recuerda TARUFFO– el uso de metodologías científicas en la producción de la prueba es cada vez más habitual y, con frecuencia, los hechos son «determinados científicamente en el proceso»¹³⁰. Así las cosas, la automatización de los estándares *Daubert* obtendría claros beneficios en pro de una eficaz fijación del grado de fiabilidad técnica de la prueba científica¹³¹, muy en particular desterrando la duda respecto a la posibilidad de que, al efectuar los debidos análisis, se haya contaminado la prueba analizada.

En palabras de ALCOCEBA GIL, con frecuencia «el juzgador se sitúa frente a la ciencia en posición pasiva», de modo que los jueces acogen sin reservas el conocimiento reflejado en el informe pericial y lo incorporan en su razonamiento probatorio. *Vid.* ALCOCEBA GIL, «Los estándares de científicidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, núm. 1, 2018, p. 220. En este punto, también PAULESU pone de manifiesto la problemática de confiar a ciegas en la prueba científica, afirmando que «la justicia penal recurre hoy ampliamente a los hallazgos científicos, aun a riesgo de enfrentarse a su manifiesta imperfección». *Vid.* PAULESU, «Inteligencia Artificial y proceso penal italiano: una panorámica», en MARTÍN RÍOS y VILLEGAS DELGADO, *La tecnología y la inteligencia artificial al servicio del proceso*, Colex, A Coruña, 2023, p. 724; BONET NAVARRO, «Valoración de la prueba y resolución mediante inteligencia artificial», en BUJOSA VADELL, *Derecho Procesal: retos y transformaciones*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 329-330, expone la posibilidad del empleo de IA para valorar la fiabilidad técnica de la pericia, afirmando que la valoración del perito podría ser una opción para ello, matizando, no obstante, que el análisis de esa cuestión no ofrece una solución enteramente objetiva de cara a determinar la fiabilidad técnica del perito, afirmando que mayor interés tendría que el informe pericial en sí mismo cumpla con los estándares científicos al respecto.

¹²⁸ NIEVA FENOLL, «Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial», *Civil Procedure Review*, Vol. 9, núm.1, 2018, pp. 13 ss.

¹²⁹ NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 96 ss.

¹³⁰ TARUFFO, *La prueba de los hechos* (trad. Ferrer Beltrán), Trotta, Madrid, 2002, pp. 333 ss.

¹³¹ La doctrina viene considerando que verdaderamente relevante de la doctrina *Daubert*, en los sistemas jurídicos del *Civil Law*, es la exigencia de «una efectiva validez científica de la prueba» (TARUFFO, «La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forense», en VÁZQUEZ ROJAS (dir.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 203 ss.). dicho de otro modo, la transcendencia de lo expuesto se observa en que la formulación de estos criterios en su conjunto se pervive como el primer estándar de científicidad establecido jurisprudencialmente (ALCOCEBA GIL, «Los estándares de científicidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, núm. 1, 2018, pp. 230 ss.).

5. Análisis prospectivo-legal de la figura de la cadena de custodia a la luz de la regulación proyectada en los anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal de los años 2011 y 2020

5.1. Valoración crítica

En un claro afán modernizador del proceso penal, en los últimos años se han ido sucediendo hasta tres iniciativas prelegislativas distintas con vistas a la promulgación de una nueva ley procesal penal (y sin que hasta la fecha ningunos de los textos presentados haya finalizado su *iter* legislativo). A pesar de lo anterior, únicamente dos de estas propuestas proyectaban una regulación expresa y unitaria de la cadena de custodia: los ALECrím de 2011 y 2020. En cambio, el Borrador de Código Procesal Penal del año 2013 no incorporaba la tan anhelada regulación procesal de la cadena de custodia¹³².

Poniendo el acento en la regulación de la cadena de custodia proyectada en el ALECrím de 2020, sorprende el hecho de que, a pesar de los años transcurridos desde la propuesta anterior (la del 2011), el más reciente mantiene una propuesta esencialmente idéntica¹³³ a la contenida en su predecesor, sin que el nuevo texto refleje alguna de las novedosas cuestiones que se han ido construyendo a lo largo de estos casi diez años de evolución jurisprudencial¹³⁴. Resulta evidente que, en ambos casos, el primer acierto en la regulación proyectada en materia de cadena de custodia es, precisamente, la propia incorporación de ésta. Y es que, a pesar de las carencias o puntos débiles que puedan reflejarse en los distintos preceptos dedicados al efecto, la inclusión de una regulación expresa merece ser aplaudida en línea de principio, en vista del escenario procesal de partida. Ahora bien, habrá que analizar el texto de cara a ofrecer una valoración crítica sobre el contenido de la regulación proyectada.

¹³² Con la redacción del Borrador de 2013 se diluía notablemente el interés mostrado en el plano legislativo. A pesar de la presencia de algunas previsiones que otorgaban cierta relevancia, mayoritariamente indirecta, a la institución de la cadena de custodia, este borrador presentaba la gran desventaja de no contar con una regulación unitaria y explícita. El único contacto directo con la cadena de custodia se proyectaba sobre el precepto dedicado a regular el atestado policial (art. 84 Borrador 2013), aludiendo a la misma en los siguientes términos «especialmente se relacionarán los instrumentos, efectos y fuentes de prueba recogidos y las salvaguardas adoptadas para asegurar la integridad de la cadena de custodia». No se puede negar la relevancia de ello, no obstante, cubrir las necesidades legislativas de la cadena de custodia demanda una regulación expresa de la misma como institución procesal autónoma, y no meras referencias en preceptos aislados. Adicionalmente, el borrador refleja una regulación indirecta a propósito de ciertas garantías que han de mantenerse en la práctica de algunas diligencias de investigación, muy especialmente en relación tanto con la conservación de las fuentes de prueba como con el deber de documentar el modo en que se llevaron a cabo las distintas actuaciones (arts. 342; 356 y 287 Borrador 2013).

A pesar de las diferencias obvias que inspiran la redacción de los textos del 2011 y 2013, resulta curioso el distinto enfoque ofrecido a esta figura en estos años. Lo curioso se infiere del diferente reconocimiento otorgado a la cadena de custodia habida cuenta la trascendencia práctica de esta figura y, en particular, considerando que ésta ya había sido expuesta en el año 2013 y no sólo por el prelegislador del 2011, sino también por la doctrina científica y, desde luego, por nuestros juzgados y tribunales.

¹³³ Teniendo en cuenta que la única diferencia responde a un ajuste terminológico (la sustitución de una palabra por otra sinónima), no existe modificación real entre las regulaciones proyectadas en ambos.

¹³⁴ Entre otras, véase las STS 587/2014, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2014:2086; STS714/2016, de 26 de septiembre, ECLI:ES:TS:2016:4171; STS 726/2017, de 8 de noviembre, ECLI:ES:TS:2017:3957; STS 679/2019, de 23 de enero, ECLI:ES:TS:2020:166; STS 46/2021, de 3 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:38; STS 90/2021, de 3 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:319; STS 201/2022, de 3 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:918; STS 241/2024, de 13 de marzo, ECLI:ES:TS:2024:1342.

En primer lugar, resulta cuestionable la ubicación que el prelegislador decide otorgar al capítulo de la cadena de custodia, pues la incardina dentro de las diligencias de investigación y, en particular, en relación con los medios de investigación relativos al cuerpo del delito¹³⁵; lo que parece indicar que la cadena de custodia se concibe como una diligencia de investigación (siendo esto, por supuesto, un error), cuando en realidad, tal y como se sostiene a lo largo de este trabajo, la cadena de custodia debe ser entendida como una garantía de la mismidad de la prueba.

Continuamos el análisis sobre la base del precepto de partida, rubricado *Garantías de las fuentes de prueba*, el cual establece lo siguiente:

- «1. Todas las actuaciones tendentes a la localización, recogida, obtención, análisis, depósito y custodia de las fuentes de prueba deberán realizarse en la forma prevista en esta ley y en las demás disposiciones que resulten aplicables.
2. Todas las fuentes de prueba obtenidas durante la investigación de los hechos delictivos serán debidamente custodiadas, a fin de asegurar su disponibilidad en el acto del juicio oral con los efectos que esta ley establece».

Dos son los elementos a destacar positivamente: en primer lugar, la inclusión de una enumeración de las actuaciones que conforman la cadena de custodia, teniendo en cuenta que todas ellas participan del recorrido de la prueba desde su obtención hasta su incorporación al proceso; y, en segundo lugar, la identificación de su finalidad. Sin embargo, es el propio título del precepto el que aporta el aspecto de mayor interés: reconoce el carácter garantista de la cadena de custodia.

El siguiente precepto, bajo la rúbrica *Cadena de custodia*, precisa el momento en que se inicia la cadena de custodia entendiendo que «(...) se inicia en el lugar y momento en los que se obtiene o encuentra la fuente de prueba». Seguidamente establece la obligación, frente a todos los intervinientes, de constituir, aplicar y mantener la cadena de custodia, en aras de garantizar la inalterabilidad de la fuente de prueba. Y, finalmente, expone la necesidad de dejar constancia de las posibles alteraciones que pudieran producirse en el estado original de las evidencias. Continúa la regulación proyectada con un precepto dedicado al *procedimiento de gestión de muestras*, incorporando algunas reglas procedimentales cuyo fin es asegurar el buen desarrollo de la cadena de custodia. Además, reconoce la conveniencia de establecer reglamentariamente los procedimientos a seguir y enumera una serie de circunstancias que, en todo caso, habrán de ser documentadas.

El último precepto, *efectos de la cadena de custodia*, regula tres aspectos fundamentales:

¹³⁵ A pesar de la sorpresa que nos produce la equiparación de la cadena de custodia con las diligencias de investigación, es preciso señalar que esta igualación no es exclusiva del prelegislador español, sino que en algunos ordenamientos jurídicos ha sido regulada previamente en modo similar. Un ejemplo de ello es el sistema jurídico mexicano, en el cual la cadena de custodia es regulada en el Código Nacional de Procedimientos Penales dentro de un capítulo dedicado a las técnicas de investigación. El sistema jurídico colombiano, en cambio, a pesar de que la regulación de la cadena de custodia en el Código de Procedimiento Penal se contiene en el Libro II –técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio–, Título I –la indagación y la investigación–, en el Capítulo V –dedicado específicamente a la cadena de custodia– no parece contener la cadena de custodia en el contexto exclusivo de las técnicas de investigación.

- «1. El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral y, en su caso, justificará sus alteraciones o modificaciones.
2. El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba.
3. La cadena de custodia podrá ser impugnada en el trámite de admisión de la prueba alegando el incumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia de las muestras».

En suma, el ALECrím 2020 pretende introducir en nuestro ordenamiento procesal una regulación en la que se establecen unas características y principios mínimos y generales que orienten el correcto desarrollo de la cadena de custodia. Es obvio que la regulación proyectada refleja, en parte, la doctrina elaborada por el TS, configurando la cadena de custodia como una garantía formal de la autenticidad de la prueba. Sin embargo, son también apreciables las ausencias, debiendo destacar muy especialmente la ausencia de concepto. Además, se omite, por un lado, referencia alguna a los términos corrección de la cadena de custodia y mismidad de la prueba, tan sumamente significativos en su construcción jurídica; por otro, las previsiones relativas a la impugnación de la cadena de custodia y las consecuencias jurídicas derivadas tanto de su ruptura como de su corrección continúan siendo deficientes. En cuanto a la delimitación de la cadena de custodia, si bien su planteamiento es suficientemente positivo en general, tampoco es enteramente satisfactorio.

En definitiva, la regulación de la cadena de custodia proyectada en el ALECrím 2020 no satisface las necesidades actuales de una regulación adecuada¹³⁶. Distinta valoración merece, en cambio, el ALECrím 2011. Esto ocurre porque, al tiempo de pronunciar una opinión sobre las regulaciones proyectadas, es preciso atender al marco temporal en el que se encuadran. Con contenido sustancialmente idéntico en ambas propuestas, ciertamente merecen valoraciones dispares a consecuencia, justamente, del marco temporal. En el año 2011, la regulación proyectada merecía una valoración especialmente positiva, no obstante, la misma propuesta a finales del 2020 es poco satisfactoria. De uno a otro año el avance en materia de cadena de custodia es notorio, con consolidación de algunos de los elementos esenciales que siguen sin verse reflejados en la propuesta. En base a tales consideraciones, puede afirmarse que la regulación proyectada en el ALECrím 2020 es susceptible de múltiples mejoras.

5.2. Algunas propuestas de *lege ferenda*

No podemos finalizar el presente trabajo sin abordar, siquiera someramente, la exposición de algunas propuestas de *lege ferenda*, a fin de auxiliar al legislador en la complejidad de su tarea. Y ello teniendo en cuenta, en primer lugar, la urgente necesidad de que se incorpore una regulación procesal de la cadena de custodia en nuestro ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, teniendo en cuenta que la regulación proyectada en 2020 no responde a las necesidades actuales de regulación de la cadena de custodia.

¹³⁶ Aun cuando parte de la doctrina otorga una valoración positiva a la misma. Vid. ORTEGO PÉREZ, «Los medios de investigación relativos al cuerpo del delito», en JIMÉNEZ CONDE/FUENTES SORIANO (dirs.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 744 ss.

Un primer precepto, en mi opinión, habrá de ocuparse de la delimitación de la cadena de custodia, siendo conveniente establecer que la cadena de custodia constituye una garantía de la prueba y su corrección acredita la mismidad de la prueba material. Habrá de ser ésta, sin duda, la base sobre la que se sustente una regulación apropiada de la cadena de custodia. Es conveniente que la LECrim refleje el significado del término mismidad de la prueba en este primer precepto, pudiendo incorporar un segundo inciso en el que se indique que la mismidad de la prueba se corresponde con la identidad procesal de la fuente de prueba obtenida y el medio de prueba incorporado al juicio oral, sin que las alteraciones sufridas a consecuencia del devenir de las actuaciones procesales pertinentes sean un impedimento a la misma.

Otro aspecto indispensable es el relativo a la identificación del inicio y el fin de la cadena de custodia, entendiendo que la cadena de custodia se inicia con la obtención de la fuente de prueba material y concluye con su incorporación al juicio oral mediante el medio de prueba oportuno. No debemos olvidar que todas las actuaciones que transcurren desde la obtención de la prueba hasta su incorporación al proceso constituyen los actos que integran la vertiente material de la cadena de custodia.

Además, se ha de incorporar un precepto que establezca las obligaciones de los intervinientes en la cadena de custodia. A este respecto, debemos tener en cuenta que corresponde a quienes tengan contacto con la fuente de prueba material las siguientes funciones: constituir, aplicar y mantener la cadena de custodia de cara a garantizar la mismidad de la prueba.

Por otra parte, y a pesar de lo que se ha venido defendiendo a lo largo del presente trabajo, es necesario incorporar algunas precisiones en relación con el alcance de la vertiente material de la cadena de custodia. En primer lugar, es importante señalar que las actuaciones derivadas de la vertiente material se realizarán en la forma prevista en las disposiciones normativas que resulten aplicables en atención al organismo encargado de las distintas actuaciones, sin que la estricta obediencia de estos protocolos pueda condicionar la corrección de la cadena de custodia, todo ello siguiendo el criterio del TS de que la excesiva burocratización de la cadena de custodia no puede ser impedimento a que despliegue todos sus efectos. En segundo lugar, la LECrim habrá de aludir al deber de documentación de la cadena de custodia, siendo oportuno que se establezcan como necesarios de documentar los siguientes extremos:

1. La persona y el lugar en que se localizó la fuente de prueba, debiendo documentarse el hallazgo.
2. Identificación de las personas que hayan tenido la fuente de prueba a su cargo, los lugares en que haya estado guardada, depositada o almacenada, así como el tiempo que haya permanecido en cada uno de estos lugares y las decisiones que han motivado los traslados.
3. Identificación de las personas que hayan accedido a las fuentes de prueba, con detalle en su caso de las técnicas empleadas sobre las mismas, así como el estado inicial y final de las muestras.

Además, dos de los aspectos de mayor relevancia de cara a una regulación apropiada de la cadena de custodia son la impugnación y los efectos jurídicos. Y es aquí, justamente, donde

mayor cuidado se ha de poner a la hora de redactar la regulación en cuestión. A propósito de la regulación de los cauces y procedimientos de impugnación de la cadena de custodia, habrá de especificarse –en primer lugar– que se presume la corrección de la cadena de custodia en tanto que no se haya acreditado su ruptura. A continuación, es crucial tener en cuenta que la cadena de custodia habrá de impugnarse ante el órgano correspondiente desde el momento en que se tenga conocimiento de las irregularidades en su desarrollo. A tal efecto, la cadena de custodia podrá ser impugnada en el trámite de admisión de la prueba aun cuando su ruptura no determine la inadmisión de la prueba.

Por último y en cuanto a los efectos jurídicos derivados de la cadena de custodia, dos son los extremos que han de quedar necesariamente reflejados en la LECrim. Primero, la corrección de la cadena de custodia determina el cumplimiento de los procedimientos y garantiza la mismidad de la prueba, circunstancia que otorga a la prueba un grado de fiabilidad alto, si bien su verosimilitud deberá ser determinada por el juez o tribunal sentenciador en sede de valoración de la prueba. Segundo, la ruptura de la cadena de custodia será valorada por el tribunal sentenciador a los efectos de determinar el grado de fiabilidad de la prueba.

6. A modo de conclusión

Antes de concluir el trabajo presentado, considero oportuno exponer sintéticamente y a modo de conclusión algunas de las claves fundamentales en la formulación de la cadena de custodia tecnológica.

I.- La configuración de la cadena de custodia tecnológica debe tomar como base necesariamente la noción tradicional de cadena de custodia, en tanto que la cadena de custodia tecnológica es, en puridad, una particularidad de la cadena de custodia en sí misma. Por tanto, también en el contexto tecnológico, la cadena de custodia ha de ser entendida, como una garantía de la prueba que, desde su vertiente formal, constituye la garantía de la mismidad de la prueba y, desde su vertiente material, constituye el conjunto de actos que se inician con la obtención de la fuente de prueba material y finalizan con su introducción en el juicio oral a través del medio de prueba oportuno.

II.- Es fundamental la diferenciación entre ambas vertientes (formal y material) para comprender la cadena de custodia en toda su amplitud. Con esta clasificación se pretende poner el acento en la delimitación de los elementos que integran el contenido procesal de la cadena de custodia como figura jurídica autónoma. Así, integran la vertiente formal aquellos elementos que condiciona su significado (el de la cadena de custodia) en el proceso, mientras que la vertiente material implica la individualización de los actos materiales que se producen desde la obtención de la prueba y hasta su incorporación.

III.- Destaca especialmente la matización de la presunción de veracidad de la cadena de custodia tecnológica. Al contrario de lo que ocurría en la cadena de custodia de una prueba más tradicional, la impugnación de la prueba tecnológica conlleva la necesidad de acreditar su autenticidad. Teniendo en cuenta, por tanto, que la autenticidad es uno de los elementos que integran el concepto de mismidad de la prueba, se produce entonces una matización a la presunción de veracidad de la cadena de custodia

tecnológica y que responde, en todo caso, a una cuestión de fiabilidad sobre la prueba tecnológica. Muy importante esto, teniendo en cuenta que la cadena de custodia rige, en efecto, en el terreno de la fiabilidad de la prueba.

IV.- Al hilo de lo anterior, una de las claves fundamentales del estudio de la cadena de custodia tecnológica se manifiesta en la necesidad de examinar los diferentes modos de acreditar la mismidad de la prueba tecnológica. La más extendida de las soluciones se prevé en la incorporación de un informe pericial, informático, que acredite la autenticidad de la prueba tecnológica y rechace posibles alteraciones en los datos contenidos en los dispositivos tecnológicos.

V.- En el terreno de las tecnologías disruptivas, una solución muy extendida en la actualidad alude a la posibilidad de acreditar la mismidad de la prueba mediante tecnología *blockchain* que, en concreto, implica un mecanismo de encriptación de datos mediante el uso encadenado de códigos *hash*. Esta posibilidad implica una actuación de carácter preventivo. Esto es, la encriptación de los datos como método de prevención frente a la eventual impugnación de la autenticidad de la prueba tecnológica, de modo que una posible alteración de los datos sería perfectamente verificable por un perito informático.

7. Bibliografía

ABEL LLUCH, Xavier, *La prueba electrónica*, J. M. Bosch, Barcelona, 2011.

ALCOCEBA GIL, Juan Manuel, «Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, núm. 1, 2018, pp. 215-242.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana «La cadena de custodia en materia de tráfico de drogas», en FIGUEROA NAVARRO, Carmen (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 81-106.

ARELLANO, Luis Enrique/CASTAÑEDA, Carlos Mario, «La cadena de custodia informático-forense», *Cuadernos informático-forense*, núm. 3, 2012, pp. 67-81.

ARRABAL PLATERO, Paloma, *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ARRABAL PLATERO, Paloma, «El valor probatorio de la información contenida en un dispositivo tecnológico», en BUJOSA VADELL, Lorenzo (dir.), *Derecho procesal: retos y transformaciones*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 521-539.

ARROYO GUARDEÑO, David/DÍAZ VICO, Jesús/HERNÁNDEZ ENCINAS, Luis, *Blockchain*, Editorial CSIC, Madrid, 2019.

BAENA PEDROSA, Manuel, *Aplicación de la Inteligencia Artificial por los Tribunales Europeos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BARONA VILAR, Silvia, «La sociedad post coronavirus con *big data*, algoritmos y vigilancia digital, ¿excusa por motivos sanitarios?, ¿y los derechos dónde quedan?», *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 30, 2020, pp. 14-39.

BARONA VILAR, Silvia, *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BARONA VILAR, Silvia, «Algoritmización de la prueba y la decisión judicial en el proceso penal: ¿utopía o distopía?», en ARANGÜENA FANEGO, Coral/DE HOYOS SANCHO, Montserrat/PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *El proceso penal ante una nueva realidad europea*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 133-161.

BARRIA NUEVAS, Sebastián, «Introducción al Blockchain: análisis del *play to earn*», *Revista Blockchain e Inteligencia Artificial*, vol. 3, núm. 4, 2022, pp. 1-28.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Manual de Derecho Digital*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Objeto, ámbito de aplicación y sentido del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial», en BARRIO ANDRÉS, Moisés (dir.), *El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 21-47.

BELHADJ BEN GÓMEZ, Celia, «La prueba digital. Aspectos procesales», *Revista Derecho y Proceso*, núm. 3, 2023, pp. 29-45.

BONET NAVARRO, José, «Valoración de la prueba y resolución mediante inteligencia artificial», en BUJOSA VADELL, Lorenzo (dir.), *Derecho Procesal: retos y transformaciones*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 315-337.

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, *Inteligencia Artificial y proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2021.

BUENO DE MATA, Federico, *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial: principios teóricos y problemas prácticos*, Aranzadi, Navarra, 2019.

BUENO DE MATA, Federico, «El derecho probatorio en la cuarta revolución industrial», en ASENCIO MELLADO, José María (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum: Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 299-314.

BUENO DE MATA, Federico «La necesidad de regular la Inteligencia Artificial y su impacto como tecnología disruptiva en el proceso: de desafío utópico a cuestión de urgente necesidad», en BUENO DE MATA, Federico (dir.), *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 15-41.

BUENO DE MATA, Federico, «Blockchain, identidad autosoberana y prueba electrónica transfronteriza», en HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro/LARO GONZÁLEZ, María Elena (coords.), *Proceso penal europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 71-86.

CABEZUDO BAJO, María José, *Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica-tecnológica de probabilidad en el proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2017.

CALAZA LÓPEZ, Sonia/MUINELO COBO, Juan Carlos, «La digitalización y custodia de la prueba pericial electrónica sobre evidencias virtuales», en PICÓ I JUNOY, Joan (dir.), *La prueba pericial a examen: propuestas de lege ferenda*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 471-481.

CALAZA LÓPEZ, Sonia, «Cadena de custodia y prueba tecnológica», en VILLEGAS DELGADO, César/MARTÍN RÍOS, Pilar (dirs.), *El derecho en la encrucijada tecnológica: estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 39-61.

CAMPOS, Federico, «La relevancia de la cadena de custodia en la investigación judicial», *Medicina legal de Costa Rica*, vol. 19, núm. 1, 2022, pp. 75-87.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «La prueba en el proceso penal: el documento electrónico», *Revista de Derecho Penal*, núm. 29, 2010, pp. 11-43.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel «Nuevas tecnologías y prueba en el proceso penal. Especial incidencia en inteligencia artificial», *Derecho digital e innovación*, núm. 11, 2022.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Cuáles son las razones que obstaculizan la introducción de la IA en el proceso judicial. Especial referencia al proceso penal», en MARTÍN RÍOS, Pilar/VILLEGAS DELGADO, César (dirs.), *La tecnología y la inteligencia artificial al servicio del proceso*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 83-106.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, «Prueba tecnológica», en GONZÁLEZ CANO, María Isabel (dir.), *La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 579-361.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, «Limitaciones en el uso de la información y los datos personales en un proceso penal digital», en ARANGÜENA FANEGO, Coral/DE HOYOS SANCHO, Montserrat/PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 39-74.

CUADRADO SALINAS, Carmen, «La obtención de pruebas electrónicas transfronterizas: nuevos retos y nuevas consideraciones desde la perspectiva de la Unión Europea», en ASENCIO MELLADO, José María (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum: Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 517-534.

CUATRECASAS MONFORTE, Carlota, *La Inteligencia Artificial como herramienta de investigación criminal. Utilidades y riesgos potenciales de su uso jurisdiccional*, La Ley, Madrid, 2022.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat, «El Libro Blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como ‘sector de riesgo’», *REDE: Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 76, 2020, pp. 9-43.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *La valoración de la prueba electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

DEL POZO PÉREZ, Marta, *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Sepín, Madrid, 2014.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2018.

DOMÍNGUEZ PADILLA, Carlos, «Aspectos relevantes de la implementación de la Inteligencia Artificial en el proceso judicial», en FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (dir.), *La justicia en la sociedad 4.0: nuevos retos para el siglo XXI*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 483-498.

ESPÍN LÓPEZ, Isidoro, «La cadena de custodia en el proceso penal. Propuestas en relación con el análisis y custodia de la prueba digital», *La Ley penal*, núm. 151, 2021.

ESPÍN LÓPEZ, Isidoro, *Investigación sobre equipos informáticos y su prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2021.

ETXEBBERIA GURIDI, José Francisco, «Datos biométricos y reconocimiento facial en el proceso penal», en MARTÍN RÍOS, Pilar/VILLEGAS DELGADO, César (dirs.), *La tecnología y la Inteligencia Artificial al servicio del proceso*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 107-126.

FALCIANI, Hervé, «La prueba digital en el proceso civil: la cadena de la prueba», en FUENTES SORIANO, Olga (dir.), *Era digital, sociedad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 365-371.

FIGUEROA NAVARRO, Carmen, «El aseguramiento de las pruebas y cadena de custodia», *La Ley Penal*, núm. 84, 2011.

FUENTES SORIANO, Olga, «La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras la reforma de 2015», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime (dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016 pp. 261-285.

FUENTES SORIANO, Olga, «El valor probatorio de los correos electrónicos», en ASECIO MELLADO, José María (dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 183-210.

GARCÍA DE YÉBENES, Pilar/GASCÓ ALBERCHI, Pilar, «La cadena de custodia de muestras relacionadas con presuntos ilícitos contra el medio ambiente», en FIGUEROA NAVARRO, Carmen (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 129-137.

GARCÍA MATEOS, José Aurelio, «Cadena de custodia vs. mismidad», en OLIVA LEÓN, Ricardo/VALERO BARCELÓ, Sonsoles (coords.), *La prueba electrónica: validez y eficacia procesal*, Editorial Juristas con futuro, Madrid, 2016, pp. 130-136.

GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *Los medios de investigación tecnológicos en el Proceso Penal*, Aranzadi, Navarra, 2018.

GIMENO BEVIÁ, Jordi, «Blockchain y resolución de conflictos: algunas reflexiones», en MARTÍN PASTOR, Juan/JUAN SÁNCHEZ, Ricardo (dirs.), *El Derecho Procesal: entre la Academia y el Foro*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 607-613.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «Problemas legales del juez robot desde una perspectiva procesal y orgánica», en ARANGÜENA FANEGO, Coral/DE HOYOS SANCHO, Montserrat/PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dirs.), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 163-193.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El juez-robot. La independencia judicial en peligro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, «Órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento criminal: próximo avance en materia de prueba penal transfronteriza», en MORENO CATENA, Víctor/ROMERO PRADAS, María Isabel (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profª. Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1083-1109.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad/ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad/JAMARDO LORENZO, Andrea, «Medios tecnológicos y uso de la Inteligencia Artificial en el ámbito judicial: una mirada desde el análisis de la ética judicial», *Derecho Digital e Innovación*, núm. 18, 2023.

GRAHAM, Michael H., *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, 11ª ed., West Academic Publishing, Saint Paul, 2021.

GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Civitas, Navarra, 2016.

GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, Madrid, 2018.

JAMARDO LORENZO, Andrea, «La cadena de custodia: configuración jurídica y estado actual de la cuestión», *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 2024, pp. 299-398.

JAMARDO LORENZO, Andrea, *Construcción jurisprudencial y evolución de la cadena de custodia: análisis sistemático*, Colex, A Coruña, 2024.

KAPLAN, Jerry, *Artificial Intelligence. What everyone needs to know*, Oxford University Press, Nueva York, 2016.

LEMUS SOLER, Diana Julieth, «Cadena de custodia en el ordenamiento jurídico colombiano a la luz de la Ley 906, ¿ficción o realidad?», *Revista Iter ad Veritatem*, núm. 12, 2014.

LARO GONZÁLEZ, Elena, *La Orden Europea de Investigación en el Espacio Europeo de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LÓPEZ VALERA, Manuel, «Localización, hallazgo y recogida de muestras de ADN en la cadena de custodia», *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016, pp. 777-808.

MAGRO SERVET, Vicente, «¿Cómo aportar la prueba digital en el proceso penal?», *Diario la Ley*, núm. 9824, 2021.

MANSILLA MOYA, Mario Moisés/MANSILLA MOYA, Mateo, «Cadena de custodia 2.0», *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, vol. 5, núm. 8, 2022, pp. 47-61.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos/GARCÍA SÁNCHEZ, Guillermo, «Problemas que enfrenta la prueba digital en los Estados Unidos de América», *Revista de Estudios de Justicia*, núm. 21, 2014, pp. 75-91.

MARTÍN DIZ, Fernando, «Inteligencia artificial y derecho procesal: luces, sombras y cábalas en clave de derechos fundamentales», en MORENO CATENA, Víctor/ROMERO PRADAS, María Isabel (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof^a. Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 969-1006.

MARTÍN RÍOS, Pilar, «Problemas de admisibilidad de la prueba obtenida de dispositivos de almacenamiento digital», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 2020.

MARTÍNEZ GALINDO, Gema, «Problemática jurídica de la prueba digital y sus implicaciones en los principios penales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022.

MCCARTHY, John/MINKSKY, Marvin L./ROCHESTER, Nathaniel/SHANNON, Claude E., «A proposal for the Dart-mouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955», *AI Magazine*, Vol. 27, núm. 4, 2006, pp. 12-14.

MERKEL, Laura, *Derechos humanos e investigaciones policiales. Una tensión constante*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

MESTRE DELGADO, Esteban «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos», en FIGUEROA NAVARRO, Carmen (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 39-79.

MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la ciberdelincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- NIEVA FENOLL, Jordi, «La prueba preconstituida: un concepto erróneo e imposible», *Diario la Ley*, núm. 10532, 2024.
- NILSSON, Nils, *The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco, «Los medios de investigación relativos al cuerpo del delito», en JIMÉNEZ CONDE, Francisco/FUENTES SORIANO, Olga (dirs.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 733-756.
- ORTIZ PADRILLO, Juan Carlos, *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Colex, A Coruña, 2013.
- PAULESU, Pier Paolo, «Inteligencia Artificial y proceso penal italiano: una panorámica», en MARTÍN RÍOS, Pilar/VILLEGAS DELGADO, César (dirs.), *La tecnología y la inteligencia artificial al servicio del proceso*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 261-281.
- PEREIRA PUIGVERT, Silvia, «Sistema de hash y aseguramiento de la prueba informática. Especial referencia a las medidas de aseguramiento adoptadas inaudita parte», en BUENO DE MATA, Federico (dir.), *Fodertics II: hacia una justicia 2.0*, 2014, Comares, Granada, pp. 75-83.
- PÉREZ CAMPILLO, Lorena, «Blockchain: ¿amenaza o solución en la protección de datos y privacidad?», en BUENO DE MATA, Federico (dir.), *Fodertics 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, pp. 261-268.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente, «La prueba electrónica: naturaleza jurídica e impugnación», en ASENCIO MELLADO, José María (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum: Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 1557-1576.
- PÉREZ GIL, Julio, «Exclusiones probatorias por vulneración del derecho a la protección de datos personales en el proceso penal», en JIMÉNEZ CONDE, Francisco/BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.), *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 399-441.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, «La cadena de custodia en el proceso penal», *Diario la Ley*, núm. 8187, 2013.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, «La investigación y prueba de hechos y dispositivos electrónicos», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 43, 2017.
- ROCA MARTÍNEZ, José María, «Nuevas tecnologías e investigación penal: garantías ante injerencias y motivación de su autorización», en FERNÁNDEZ VILLALÓN, Luis Antonio (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Civitas, Navarra, 2020, pp. 71-92.
- ROTHSTEIN, Paul F., *Federal Rules of Evidence*, 3ª ed., Thomson Reuters, Eagan, 2021.
- RUBIO ALAMILLO, Javier, «Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática», *Diario la Ley*, núm. 8859, 2016.
- RUBIO ALAMILLO, Javier, «Cadena de custodia y análisis forense de smartphones y otros dispositivos móviles en procesos judiciales», *Diario la Ley*, núm. 9300, 2018.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián, «La nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica. Estudio de su parte general», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 82, 2016, pp. 20-32.

SÁNCHEZ RUBIO, Ana, «Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del hash como requisito para la fiabilidad probatoria», en BUENO DE MATA, Federico (dir.), *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, pp. 289-299.

SANJURJO RÍOS, Eva Isabel, «Proceso penal y volatilidad/mutabilidad de las fuentes de prueba electrónicas: sobre la conveniencia y el modo de asegurarlas eficazmente», en GONZÁLEZ GRANDA, Piedad (dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónicas*, Reus, Madrid, 2020, pp. 195-224.

SANTISTEBAN CASTRO, María, «Algunas consideraciones en torno al valor probatorio de la tecnología blockchain en el ámbito europeo: presente y futuro», *La Ley probática*, núm. 12, 2023.

SCHWAB, Klaus, *La cuarta revolución industrial*, Debate, Barcelona, 2016.

SIMARRO PEDREIRA, Margarita, «La cadena de custodia en la prueba digital: España vs. EEUU», en GONZÁLEZ GRANDA, Piedad (dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus, 2020, pp. 225-237.

SOANA, Giulio, «Block-chain y prueba digital. Una oportunidad para la cadena de custodia», en PEREIRA PUIGVERT, Silvia/ORDÓÑEZ PONZ, Francesc (dirs.), *Investigación y proceso penal en el siglo XXI: nuevas tecnologías y protección de datos*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 605-628.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (trad. Ferrer Beltrán), Trotta, Madrid, 2002.

TARUFFO, Michele, «La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forense», en VÁZQUEZ ROJAS, María del Carmen (dir.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 203-213.

TURING, Alan M., «Computing machine and intelligence», *Mind*, vol. 59, 1950, pp. 433-460.

VEGAS TORRES, Jaime, «Las medidas de investigación tecnológica», en CEDEÑO HERNÁN, Marina (coord.), *Nuevas tecnologías y Derechos Fundamentales en el proceso*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 21-47.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepín, Madrid, 2015.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, «Investigación penal y protección de datos», *El cronista social y democrático de Derecho*, núm. 88-89, 2020, pp. 136-151.

XAVIER JANUÁRIO, Túlio Felipe, «Vulnerabilidad e hiposuficiencia 4.0: la protección jurídico-penal de los consumidores en la era de la inteligencia artificial», en FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (dir.), *La Justicia en la sociedad 4.0: nuevos retos en el siglo XXI*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 187-200.

La interoperabilidad en el espacio de libertad, seguridad, y justicia y el nuevo Reglamento de Inteligencia Artificial

Algunas consideraciones sobre el procedimiento de detección de identidades múltiples

Sumario

-

Los Reglamentos (UE) 817 y 818 de 2019 establecen un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la Unión Europea (UE) sobre fronteras, visados, cooperación policial y de justicia penal, asilo y migración. La interoperabilidad implementará cuatro nuevos componentes que se incorporarán a las infraestructuras de los seis sistemas informáticos subyacentes a gran escala: el portal europeo de búsqueda, el registro común de datos de identidad, el servicio de correspondencia biométrica compartido y el detector de identidades múltiples. El objetivo de este estudio es aportar algunas reflexiones sobre el detector de identidades múltiples (DIM), cuyo funcionamiento parece integrar mecanismos «inteligentes» en los procedimientos de control fronterizo. En particular, se analiza el impacto de la normativa sobre inteligencia artificial (IA) en vista de la entrada en funcionamiento del DIM, partiendo del supuesto de que este componente forma parte de la normativa sobre IA de propósito general y de las normas comunes sobre sistemas de IA de alto riesgo. Este estudio pone de relieve las consecuencias jurídicas de este encuadramiento sobre los derechos de las personas afectadas, criticando la exención del artículo 111 del nuevo Reglamento sobre IA.

Abstract

-

Regulations (EU) 817 and 818 of 2019 establish a framework for interoperability between the European Union's (EU) information systems in the field of borders, visa, police and criminal judicial cooperation, asylum, and migration. Interoperability is implementing four new components that are being incorporated into the infrastructures of the six underlying large-scale information technology systems. These components are the European Search Portal, the Common Identity Repository, the shared Biometric Matching Service, and the Multiple-Identity Detector. This paper aims to shed light on the Multiple-Identity Detector (MID), the functioning of which suggests integrating Artificial Intelligence (AI) features in border control procedures. In particular, we will study the impact of the AI act on its entry into operation, assuming that the MID might fall under the regulation of general-purpose AI and high-risk AI systems. Thus, this study highlights the legal consequences arising therefrom on individuals' rights, while criticising the exemption foreseen under Article 111 of the new AI act.

Title: Interoperability in the area of freedom, security, and justice and the new Artificial Intelligence act: First insights into the multiple identity detection procedure.

-

Palabras clave: Interoperabilidad, Inteligencia Artificial, Detector de Identidad Múltiple, Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, Unión Europea.
Keywords: Interoperability, Artificial Intelligence, Multiple-Identity Detector, Area of Freedom, Security and Justice, European Union

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i2.08

2.2025

Recepción
24/02/2025

-

Aceptación
12/04/2025

-

Index

-

1. Introduction

2. Interoperability in the AFSJ: isn't it an old tale?

3. The MID and the (revised) multiple identity detection procedure

3.1. The functioning of the MID according to the interoperability regulations

3.2. Unveiling the inexplicable: The MID as an automated decision-making component

4. The exemption of Article 111 of the AI act: What lies behind and why it is important

4.1. Premise: The MID as an AI system

4.2. The MID as a general-purpose AI system

a. General, multi-purpose AI models and the MID

b. Too far ahead? Highly capable foundation models and the MID

4.3. What risk does the MID pose?

a. The MID as a high-risk AI system

b. The MID as a component of a high-risk AI system

c. Temptingly governing the MID-risks

5. Final remarks and steps forward

6. Bibliography

-

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

1. Introduction*

In computer science, Artificial Intelligence (AI) is conceived as the transfer of human capabilities from an individual to a machine, hardware, or software¹. AI has experienced at least three breakout waves since the 1950s². The latest wave of “strong” AI³, driven by deep learning AI (e.g., generative AI), interprets input data and creates new content such as images, text, or audio mimicking human brain functioning⁴, but has found no large-scale practical implementations to date.

In July 2024, the 12th, the AI act was published in the Official Journal of the European Union (EU)⁵. The AI act’s progressive application⁶ is expected to leverage the EU as the leading global actor for regulating AI⁷ based on the EU’s foundational values and principles⁸; counteracting other AI giants⁹ pursuing more efficient self-regulatory systems¹⁰. The AI act classifies AI systems based on their risk-management factor, which entails their regulation when

* Contact details: Francesca Tassinari (francesca.tassinari@ehu.eus). ORCID 0000-0003-4487-7130, ResearcherID H-5751-2018. Juan de la Cierva postdoctoral researcher at the Public Law Department of the University of the Basque Country (UPV/EHU), Bizkaia, Spain. This paper is part of the aid JDC2022-048217-I, funded by MCIN/AEI/10.13039/501100011033 and the European Union «NextGenerationEU»/PRTR, the Basque University System Research Group on Social and Legal Sciences applied to New Technosciences (GI CISJANT, ref. IT1541-22) funded by the Basque Government Department of Education, the project *Gobernanza de los usos secundarios de datos de salud y genéticos en espacios compartidos* (GODAS), funded by MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, and the project *Gobernanza de la inteligencia artificial basada en los ciudadanos* (GOIA), funded by MCIN/AEI/TED2021-12902B-C22. The author wishes to thank the comments of the peer reviewers.

¹ BUTTERFIELD/NGONDI/KERR, *A Dictionary of Computer Science*, ed. 7th, 2016.

² LAZCOZ MORATINOS, *Gobernanza y supervisión humana de la toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles*, 2022, pp. 24 ff. The author would like to thank Dr. LAZCOZ MORATINOS for providing access to his thesis, as well as for his suggestions on this study.

³ VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, derechos humanos y bienes jurídicos*, 2021, p. 20.

⁴ DE MIGUEL BERIAIN/LAZCOZ MORATINOS/SANZ ECHEVARRÍA, «Machine learning in the EU health care context: exploring ethical, legal and social issues», *Information Communication & Society*, n. 8, 2020, pp. 1140 ff. E.g., automatic recognition of spoken language, natural language processing, audio recognition and bioinformatics.

⁵ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828, OJ L 2024/1689, 12.7.2024 (AI act hereinafter).

⁶ Article 113 of the AI act: six months as a general rule and for prohibited practices; one year for provisions on notifying authorities and notified bodies, governance, general-purpose AI models, confidentiality and penalties; and three years for high-risk AI systems covered under Annex II.

⁷ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts, COM(2021) 206 final, Brussels, 21.4.2021, pp. 1-2 (AI Proposal hereinafter), and FLORIDI, «The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU», *Philosophy & Technology*, vol. XXXIII, 2020, pp. 369 ff.

⁸ Article 2 of the AI act: the AI act scope was circumscribed so as to exclude national security, military and defence, as well as research and development as we criticise *infra*.

⁹ EIFLING, «China’s biggest AI model is challenging American dominance», *Rest of World*, 2024, <https://restofworld.org/2024/alibaba-qwen-ai-model/> (access 3.12.2024).

¹⁰ SZCZEPAŃSKI, *United States approach to artificial intelligence*, 2024.

representing a high or limited risk¹¹, or prohibition when the risk is unacceptable¹². Based on the risk pyramid drawn, AI systems used in the framework of justice and home affairs domains are generally¹³ high-risk¹⁴, if not banned¹⁵.

The AI act follows other advanced, future-proof instruments adopted at the supranational level. In the area of freedom, security, and justice (AFSJ), regulations (EU) 817¹⁶ and 818¹⁷ of 2019 establish a framework for the interoperability between six, centralised large-scale information technology systems in the field of borders, visa, migration, police and judicial criminal cooperation. Since its conceptualisation, interoperability has attracted huge attention and critics, questioning its legality¹⁸, policy interest¹⁹, appropriateness²⁰, transparency²¹, complexity²², and external reach²³. Its “intelligent” nature, however, has been barely touched.²⁴

¹¹ Cfr. Articles 6 and 50 of the AI act; AI systems representing minimal risks are not subject to regulation.

¹² Article 5 of the AI act.

¹³ Article 6(3) of the AI act.

¹⁴ Annex III, points (6) and (7) cover law enforcement and migration, asylum, and border control management.

¹⁵ Article 5(1)(h) of the AI act refers to real-time, remote biometric identification systems in publicly accessible spaces for the purposes of law enforcement, unless the AI system is used for the specific objectives mentioned under points (i), (ii), and (iii). Early reflections in this regard are made by GIANNINI/TAS, «AI Act and the Prohibition of Real-Time Biometric Identification: Much ado about nothing?», *Verfassungsblog*, 2024, <https://verfassungsblog.de/ai-act-and-the-prohibition-of-real-time-biometric-identification/> (access 11.12.2024).

¹⁶ Regulation (EU) 2019/817 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of borders and visa and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 and (EU) 2018/1861 of the European Parliament and of the Council and Council Decisions 2004/512/EC and 2008/633/JHA, *OJ L* 135, 22.5.2019.

¹⁷ Regulation (EU) 2019/818 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of police and judicial cooperation, asylum and migration and amending Regulations (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 and (EU) 2019/816, *OJ L* 135, 22.5.2019.

¹⁸ GONZÁLEZ FUSTER/DE HERT/GUTWIRTH, «Privacy and Data Protection in the EU Security Continuum», *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, 2011, p. 3.

¹⁹ BELLANOVA/GLOUFISIOS, «Formatting European security integration through database interoperability», *European Security*, n. 3, 2022, pp. 454 ff.; and VAVOULA, *Immigration and Privacy in the Law of the European Union*, 2022.

²⁰ DE HERT, «What are the Risks and What Guarantees Need to be Put in Place in View of Interoperability of Police Databases?», *Area of Justice, Freedom & Security, Collection of Standard Bri*, 2006; and BIGO/CARRERA/HAYES et al., «Justice and Home Affairs Databases and a Smart Borders System at EU External Borders: An Evaluation of Current and Forthcoming Proposals (December 18, 2012)», *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, 2012.

²¹ BOEHM, «Information Sharing in the Area of Freedom, Security and Justice – Towards a Common Standard for Data Exchange Between Agencies and EU Information Systems», in GUTWIRTH/LEENES/DE HERT et al. (eds), *European Data Protection: In Good Health?*, 2012, pp. 143-183; CATANZARITI/CURTIN, «Beyond Originator Control of Personal Data in EU Interoperable Information Systems: Towards Data Originalism», in CURTIN/CATANZARITI (eds), *Data at the boundaries of European law*, 2023, pp. 133-174.

²² QUINTEL, «Interoperable Data Exchanges within different Data Protection Regimes - The case of Europol and the European Border and Coast Guard Agency», *European Public Law*, n. 1, 2020, pp. 205 ff.; and GALLI, «Interoperable law enforcement: cooperation challenges in the EU area of freedom, security and justice», *Working Paper EUJ RSCAS*, 2019, pp. 1 ff.

²³ TASSINARI, *Data Protection and Interoperability in EU External Relations*, 2024, pp. 412 ff.

²⁴ LEESE, «AI and interoperability», in PAUL/CARMEL/COBBE (eds), *Handbook on Public Policy and Artificial Intelligence*, 2024, pp. 146-157.

This paper continues²⁵ our studies on the most complex component implemented by interoperability, namely, the Multiple-Identity Detector (MID). As we suggested, the MID might be integrated with AI features despite interoperability's ostensible neutrality²⁶. Hence, we now wish to inspect the scope of the MID in light of the AI act to elucidate: 1. Whether the MID is an AI system and/or a general-purpose AI system, and 2. Whether such an AI system is prohibited under the AI act. If allowed, we will elucidate the risks presented by the MID according to the AI act systematisation, and the possible consequences it will have on the individuals affected, especially migrants and vulnerable groups. This paper is divided into three main blocks: firstly, it introduces the background of the interoperability project to grasp its rationale and evolution in the last twenty years, keeping pace with technological innovations (section 2.); secondly, it inspects the MID regulation and functioning under the sister regulations (section 3.); thirdly, it scrutinises whether and how the MID falls within the scope of the AI act, its AI system nature (of general-purpose, eventually), and the level of risk it poses to public interests and fundamental rights guaranteed under the AI act²⁷ (section 4.).

2. Interoperability in the AFSJ: isn't it an old tale?

Regulations (EU) 817 and 818 of 2019 establish a framework for the interoperability between the Schengen Information System²⁸, the Visa Information System²⁹, the European Dactyloscopy Database³⁰, the Entry/Exit System³¹, the European Travel Information and Authorisation

²⁵ TASSINARI, «The Management of Migrants' Identities at the EU External Borders: Quo vadis Interoperability?», *ADiM Blog, Analysis & Opinions*, 2021, <https://www.adimblog.com/2021/11/30/the-management-of-migrants-identities-at-the-eu-external-borders-quo-vadis-interoperability/> (access 3.12.2024).

²⁶ DEMOKOVÁ, «The Decisional Value of Information in (Semi-)automated Decision-making», *REALaw Blog*, 2021, <https://orbi.lu.uni.lu/handle/10993/48650> (access 11.12.2024).

²⁷ Recitals (6)-(10) of the AI act, where a broad list of rights and freedoms is recalled.

²⁸ Regulation (EU) 2018/1860 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the use of the Schengen Information System for the return of illegally staying third-country nationals, *OJ L 312*, 7.12.2018, pp. 1-13 (SIS regulation for return); Regulation (EU) 2018/1861 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of border checks, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement, and amending and repealing Regulation (EC) No 1987/2006, *OJ L 312*, 7.12.2018, pp. 14-55 (SIS regulation for border checks); and Regulation (EU) 2018/1862 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters, amending and repealing Council Decision 2007/533/JHA, and repealing Regulation (EC) No 1986/2006 of the European Parliament and of the Council and Commission Decision 2010/261/EU, *OJ L 312*, 07/12/2018, pp. 56-106 (SIS regulation for law enforcement).

²⁹ Regulation (EC) 767/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas, *OJ L 218*, 13.8.2008, pp. 60-81 (VIS regulation).

³⁰ Regulation (EU) 2024/1358 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of biometric data in order to effectively apply Regulations (EU) 2024/1351 and (EU) 2024/1350 of the European Parliament and of the Council and Council Directive 2001/55/EC and to identify illegally staying third-country nationals and stateless persons and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes, amending Regulations (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/818 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EU) No 603/2013 of the European Parliament and of the Council, *OJ L 2024/1358*, 22.5.2024 (Eurodac regulation).

³¹ Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) to register entry and exit data and refusal of entry data of third-country nationals crossing the external borders of the Member States and determining the conditions for access to the EES for law enforcement purposes, and amending the Convention implementing the Schengen

System³², and the European Criminal Records Information System for Third-Country Nationals³³. All these systems store third-country nationals' personal data³⁴, while the Schengen Information System and European Criminal Records Information System for Third-Country Nationals also process that of EU citizens³⁵. The "sister regulations" are part of the e-initiatives headed by the EU to innovate the public administrations of the Member States while promoting greater integration both substantially and procedurally³⁶. In the AFSJ, specifically, interoperability inherits the political discussions held within the EU Council in the aftermath of the 11 September 2001 Twin Towers attacks, which gave the EU's border control strategy a strong security-focused taint³⁷. Above all, the access of law enforcement authorities to "migration databases" was the focus of attention to swiftly check whether a suspected or wanted person could be located when seeking an entry visa or asylum³⁸.

Nevertheless, such an approach would have thinned out (or even suppressed) the silo approach adopted when establishing a new centralised "database" in the security, border, asylum, or migration field. Crumbling the silo approach raised two main concerns. Firstly, from a competence perspective, each system had been established to support a specific EU policy: blurring their lines might have caused the Union to act *ultra vires*, infringing the principle of conferral not only in the *an*³⁹, but also in the *quantum* and *quomodo*⁴⁰. Second (and even if related to the previous point), a cross-cutting form of interoperability within the AFSJ raised doubts about interferences caused to individuals' rights to privacy and personal data protection⁴¹. Generally speaking, subjecting the governance of existing centralised databases to the political course was a warning lamp of the fallacy of the guarantees put in place to protect the individual⁴². Worries were such that the lawfulness of this complex information technology reform was questioned as new forms of data processing—some of them hitherto unexplored—had been

Agreement and Regulations (EC) No 767/2008 and (EU) No 1077/2011, *OJ L 327*, 9.12.2017, pp. 20-82 (EES regulation).

³² Regulation (EU) 2018/1240 of the European Parliament and of the Council of 12 September 2018 establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and amending Regulations (EU) No 1077/2011, (EU) No 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 and (EU) 2017/2226, *OJ L 236*, 19.9.2018, pp. 1-71 (ETIAS regulation).

³³ Regulation (EU) 2019/816 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 establishing a centralised system for the identification of Member States holding conviction information on third-country nationals and stateless persons (ECRIS-TCN) to supplement the European Criminal Records Information System and amending Regulation (EU) 2018/1726, *OJ L 135*, 22.5.2019, pp. 1-26 (ECRIS-TCN regulation).

³⁴ Some of which belong to vulnerable groups of data subjects according to MALGIERI, «Vulnerable data subjects», *Computer Law & Security Review*, vol. XXXVII, 2020, pp. 4 ff.

³⁵ Article 20 of SIS regulation for law enforcement and Article 2 of ECRIS-TCN regulation.

³⁶ E.g., European Data Protection Supervisor-European Data Protection Board (EDPS-EDPB), *Joint Opinion on eHDSI* (12 July 2019).

³⁷ CAGGIANO, «L'interoperabilità fra banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi», *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2020, pp. 173 ff.

³⁸ LODGE, *Are You Who You Say You Are? The EU and Biometric Borders*, W.L.P. (Wolf Legal Publishers), Oisterwijk, 2007.

³⁹ Article 2 of the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ C 326*, 26.10.2012, pp. 47-390 (TFEU hereinafter).

⁴⁰ MANGAS MARTÍN, «Las competencias de la Unión Europea», in MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS (eds), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2020, pp. 77-94.

⁴¹ EDPS, *Comments on the Communication of the Commission on interoperability of European Databases* (10 March 2006).

⁴² FERRARIS, «Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste», *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2017, p. 13.

advanced when no enforceable framework for personal data processing in the law enforcement sector had been envisaged⁴³. Hence, the earliest interoperability project was shelved, pending a more integrated and empowered Union for regulating personal data processing activities.

Following the entry into force of the Lisbon Treaty⁴⁴, and the establishment of a specific decentralised agency (eu-LISA)⁴⁵, the interoperability project was resumed under the aegis of a new strategy for innovating the EU's external border and security checks⁴⁶. The sister regulations, establishing a framework for the interoperability between six EU's centralised databases, are the result of the high-level expert group on information systems and interoperability's meetings held since 2016⁴⁷ and, afterwards, the interinstitutional debates held behind closed doors in the 2017-2019 period⁴⁸. The legislative texts are written under a clear functionalist logic pursuing freedom, security, and justice goals without disclosing the systems' *modus operandi*. In a nutshell, interoperability is deemed to follow four main objectives: 1. supporting the functioning of the underlying large-scale information technology systems; 2. correctly identifying individuals; 3. combating identity fraud and false identities; and 4. streamlining designated authorities' access for law enforcement purposes. Technically speaking, interoperability is implementing four new components that will absorb the six underlying large-scale information technology systems in a common interoperable platform⁴⁹. These components are: a unique interface for accessing and retrieving the data stored in the underlying large-scale information technology systems, the EU Agency for Law Enforcement Cooperation's (Europol) data and the International Criminal Police Organisation's (Interpol) databases on Stolen and Lost Travel Document and Travel Documents Associated with Notices⁵⁰ simultaneously, known as European Search Portal; a piece of front-end infrastructure storing some of the personal data⁵¹ held in the six underlying large-scale information technology systems, and organised in an individual file for each person, that is, the Common Identity Repository; a central container of biometric templates extracted from the corresponding biometric data called shared Biometric Matching Service; and a "complementary database" creating, establishing and storing colour-coded links between the data of the EU information systems included in the Common Identity Repository and the Schengen Information System which is labelled MID (Multiple-Identity Detector). The MID is the most inventive instrument and is suitable for achieving multiple tasks

⁴³ DE HERT, «What are the Risks and What Guarantees Need to be Put in Place in View of Interoperability of Police Databases?», cit. p. 3.

⁴⁴ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJ C 306, 17.12.2007, pp. 1-271.

⁴⁵ TASSINARI, «La institucionalización de la competencia operativa de la Unión Europea para la gestión y la interoperabilidad de los sistemas informáticos de gran magnitud del Espacio de Libertad, Seguridad, y Justicia: eu-LISA», *La Ley Unión Europea*, n. 111, 2023, pp. 2 ff.

⁴⁶ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Stronger and Smarter Information Systems for Borders and Security, COM(2016) 205 final, Brussels, 6.4.2016.

⁴⁷ EU Council, document 12661/ 16, Brussels, 7 October 2016.

⁴⁸ On the adoption of the interoperability package cfr. our analysis in TASSINARI, *Data Protection and Interoperability in EU External relations*, cit., pp. 308 ff.

⁴⁹ EU-LISA, «Elaboration of a Future Architecture for Interoperable it Systems at eu-LISA», *Summary of the Feasibility Study*, 2019, <https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Reports/eu-LISA%20Feasibility%20Study%20-%20Interoperability.pdf> (access 8.12.2024).

⁵⁰ Already on the subject was SAVINO, «Global administrative law meets "soft" powers: The uncomfortable case of Interpol red notices», *N.Y.U. J. Int. L. & Pol.*, n. 43, 2010, p. 263.

⁵¹ Article 18(1) of the interoperability regulations.

with the greatest effects on the migrants involved. For this reason, we are summarising its functioning below.

3. The MID and the (revised) multiple identity detection procedure

The MID was designed to accomplish two main objectives: first of all, it facilitates controls over bona fide travellers⁵²; secondly, it detects identity fraudsters. According to Article 25 of the interoperability regulations, the MID comprises a central infrastructure storing links and references, and a secure communication channel that connects it with the central system of the Schengen Information System, the European Search Portal and the Common Identity Repository. The MID contains an Identity Confirmation File, regulated under Article 34 of the interoperability regulations, that gathers information on its operations and the authorities that interact with it. Specifically, the MID stores: the links referred to in Articles 30 to 33 of the interoperability regulations (red, green, and white links); an alphanumeric code of reference to the EU information systems in which the linked data is held; an alphanumeric code of a single identification number allowing the retrieval of the linked data from the corresponding EU information systems; an alphanumeric code of reference for the authority responsible for the manual verification of different identities; and the date of creation or update of the link. The Identity Confirmation File and the data stored in the MID, including the links which are personal data⁵³, are stored only for as long as the linked data is stored in two or more EU information systems and the Common Identity Repository. Afterwards, it must be erased from the MID using automated means in respect of predefined storage periods⁵⁴. The MID can be accessed by the specific competent authorities in charge of carrying out the manual verification procedure⁵⁵, and also by Union agencies, depending on their access rights⁵⁶. Such a procedure is different from the first, fully automated one, and is triggered only when the MID generates yellow links⁵⁷.

3.1. The functioning of the MID according to the interoperability regulations

As we have studied in depth⁵⁸, the multiple identity detection procedure is (eventually) composed of two phases, an automated procedure and a manual verification procedure, with different degrees of interference in the individual's rights.

⁵² The interoperability regulations do not define who a bona fide traveller is. From a systematic reading of the two texts, this category of persons seems to refer to all those who want to cross, or pass, border controls legally, while remaining in the Schengen territory lawfully. It is, however, a presumption whereby the legislators assume that, given certain circumstances, the subject complies with the applicable law.

⁵³ Article 4(1) of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, *OJ L 119*, 4.5.2016, pp. 1-88 (or, simply, GDPR).

⁵⁴ Article 35 of the interoperability regulations.

⁵⁵ Article 26(1) of the interoperability regulations.

⁵⁶ Article 26(2) to (4) of the interoperability regulations. For an overview, cfr. the Commission Implementing Regulation (EU) 2024/2106 of 31 July 2024 amending Implementing Decision C(2021) 5052 laying down technical details for European search portal user profiles, pursuant to Article 8(2) of Regulation (EU) 2019/817 of the European Parliament and of the Council, *OJ L 2024/2106*, 1.8.2024.

⁵⁷ Article 21(1) of the interoperability regulations.

⁵⁸ E.g., TASSINARI, *Data Protection and Interoperability in EU External Relations*, cit., pp. 353 ff.

The automated procedure is triggered by the creation or updating of an individual file⁵⁹ in the Common Identity Repository⁶⁰, following the corresponding action in one of the underlying information technology systems. Said automated procedure consists of a comparison between the newly-added or erased data and those already stored in the shared Biometric Matching Service, the Common Identity Repository, and the central system of the Schengen Information System⁶¹. The comparison occurs within the same category of data (fingerprint data; facial images; identity data; and travel document data)⁶², as long as these belong to different information technology systems⁶³. Nevertheless, only one link can be established between two individual files, even when a person has more than one individual file stored within a single system, which raises doubts about its efficacy since the data, rather than the individual file, must be compared with each other (and thus linked)⁶⁴. Hence, no MID-link is created within a sole information technology system in the event that the individual has several Schengen Information System alerts pending, for example⁶⁵. What is expected from this automated comparison is either the establishment of colour-coded links following one or more data matches⁶⁶, or none. In concrete terms, either a white or a yellow link can be generated in an automated manner by the MID: white links are created when the identity data and/or the travel document data are found to be the same or similar, while biometric data may eventually match⁶⁷; yellow links, instead, are established by default when the data is not even similar⁶⁸. Besides, yellow links are provisional as the manual verification procedure should follow their creation⁶⁹. In particular, the first scenario (i.e., white automated links), is regulated under a delegated act on the same or similar identities⁷⁰. According to the same, if a 100% match is found between the data stored in two different EU information systems, then the match is considered to be equal; the automatically generated white link would then indicate that the data stored in the Common Identity Repository or the central system of the Schengen Information System, and the templates

⁵⁹ Each large-scale information technology system contemplates individual files with different names: alerts (Schengen Information System); links (European Dactyloscopy Database); dossier reference numbers (Visa Information System); traveler files (Entry/Exit System); linked applications (European Travel Information and Authorisation System) with the exception of identical travel documents; and data records (European Criminal Records Information System for Third-Country Nationals).

⁶⁰ The MID is launched as soon as the existing large-scale information technology systems migrate to the interoperability infrastructure as well, as we have analysed in TASSINARI, *Data Protection and Interoperability in EU External Relations*, cit., pp. 352 and ff.

⁶¹ Article 28(2) of the interoperability regulations and PRICEWATERHOUSECOOPERS (PWC), «Feasibility study on a Common Identity Repository (CIR)», *Management Study for the European Commission*, 2017, p. 3.

⁶² Article 4(8), (11), and (14) of the interoperability regulations.

⁶³ Article 27(5) of the interoperability regulations.

⁶⁴ Further guidance is expected to be delivered in this regard.

⁶⁵ In this sense, the MID does not alter the organisation of individual files in each information technology system, but puts order to the data distributed in different EU's databases.

⁶⁶ Article 4(18) of the interoperability regulation defines match as «the existence of a correspondence as a result of an automated comparison between personal data recorded or being recorded in an information system or database».

⁶⁷ Article 33(1)(a) to (c) of the interoperability regulations. In such case, the individual is technically identified according to the “biometric identification” definition of Article 3(35) of the AI act.

⁶⁸ Articles 28(3) and (4) of the interoperability regulations.

⁶⁹ Article 30 of the interoperability regulations.

⁷⁰ Commission Delegated Regulation (EU) 2023/333 of 11 July 2022 supplementing Regulation (EU) 2019/817 of the European Parliament and of the Council as regards determining cases where identity data are considered as same or similar for the purpose of the multiple identity detection, *OJ L 47*, 15.2.2023, pp. 17-28 (delegated act on same and similar identities hereinafter).

held by the shared Biometric Matching Service belong to the same person. Same or similar identities do not require a 100% match: the former requires that only some data be equal, e.g., the surname and first name, meaning that differences between the matched data are minimal; the latter also occurs when transliteration errors or inversions of data categories are detectable to attune possible errors. Overall, an automated white link infers that the matched data belongs to the same person; an automated yellow link, on the other hand, suggests a situation of uncertainty in the face of which human intervention is indispensable.

Take as an example a Turkish citizen who wishes to fly to Spain to conduct their pre-doctoral studies⁷¹; they will normally have to apply for a long-stay visa at the Spanish consulate in Türkiye. Hence, a visa dossier would be inserted in the Visa Information System, which triggers the MID to check the existence of other individual files in the other information technology systems. If the Turkish citizen has already accessed the EU illegally⁷², there should be a refusal for entry alert in the Schengen Information System, with the issuing Member State being, for example, Germany⁷³. As travel document data is not mandatorily inserted in the Schengen Information System⁷⁴, e.g., since the migrant might not hold their passport or identity document before or after entering the Schengen area via non-authorised border crossing points, the alert might not be provided with it. The resulting link, generated between the Visa Information System dossier and the Schengen Information System alert, would be white only if the identity and biometric data were found to be the same. Thus, the individual file stored in the Common Identity Repository would be updated⁷⁵. The Turkish national applying for a long-stay visa should be prevented from entering Spain due to having a Schengen Information System refusal of entry alert pending⁷⁶. Even if not specified by the co-legislators, the consular authority must be made aware of the automated generation of a white link in respect of their access rights⁷⁷. Interestingly, no interoperability between the Visa Information System and Schengen Information System has been established⁷⁸, and the MID manages to fill this gap while supporting the visa authority competent in assessing the application.

On the other hand, the manual verification procedure is conducted by a human being from an authority competent to resolve the yellow link for which purpose a notification is automatically issued by the MID. These authorities are: border guards, competent visa authorities, and immigration authorities for the Entry/Exit System; visa authorities and authorities legally

⁷¹ Directive (EU) 2016/801 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing (recast), *OJ L 132*, 21.5.2016, pp. 21-5.

⁷² Article 24(2)(c) of regulation (EU) 2018/1861. Balancing the fight against illegal migrants' entry into the EU and their protection needs is FORLATI, «L'ingresso dei migranti irregolari nell'Unione Europea – Fra controllo dell'immigrazione clandestina ed esigenze di protezione» in MILITIELLO/SPENA (eds), *Il traffico di migranti – Diritti, tutele, criminalizzazione*, 2015, pp. 37-59.

⁷³ Article 24(2)(c) of SIS regulation for border checks.

⁷⁴ Article 20 of SIS regulation for border checks.

⁷⁵ Article 33(2) of the interoperability regulations.

⁷⁶ Article 12(2)(a)(v) of the VIS regulation.

⁷⁷ Article 33(2) *in fine* of the interoperability regulations states that «The queried EU information systems shall reply indicating, where relevant, all the linked data on the person, thereby triggering a match against the data that are linked by the white link, if the authority launching the query has access to the linked data under Union or national law».

⁷⁸ Articles 17a and 18b of the revised VIS regulation foresee automated checks against the Entry/Exit System and European Travel Information and Authorisation System only.

empowered to issue residence permits as far as the new Visa Information System is concerned; the ETIAS Central Unit and ETIAS National Unit for the European Travel Information and Authorisation System; the SIRENE Bureau of the Member State that creates or updates a Schengen Information System alert; and the central authorities of the convicted Member State qualified to enter data in the European Criminal Records Information System for Third-Country Nationals⁷⁹. Paragraph (2) of Article 29 of the interoperability regulations specifies that the SIRENE Bureau of the Member State that created a so-called “sensitive” alert in the Schengen Information System is always qualified to resolve yellow links when these alerts are inserted under Articles 26, 32, 34, and 36 of SIS regulation for law enforcement. The verification must be concluded without delay, or within twelve hours when it is performed at the borders⁸⁰. The interoperability regulations suggest that a white, green, or red link should be established by the authority responsible for the manual verification according to the following system: a white link is established when the files are deemed to belong to the same person in a justified manner; a green link indicates that the files belong to different persons whose identities have some data in common; and a red link is established where the files belong to the same or a different person in an unjustified manner. In this sense, red links flag a high risk of a person using different or false identities and the potential victim of such fraud.

Assuming, for example, that our Turkish national seeks a long-stay visa with a fake passport and a different identity (at least the first name, surname, and date of birth), the visa dossier inserted would trigger a yellow link against the Schengen Information System refusal or an entry alert, since no travel document match is possible, the identity data are different, and the biometric data are the same—which are taken live for both the Schengen Information System and Visa Information System⁸¹. The consular authority is the one that is competent to resolve the yellow link⁸² and they may access the data stored in the Schengen Information System alert⁸³. In the course of this procedure, the visa applicant is expected to be asked about their personal status or to support their application with additional documents⁸⁴. However, the interoperability regulations do not envisage clear procedural guarantees for visa applicants, as they do in the case of border controls *stricto sensu*⁸⁵. The interoperability regulations state that, as soon as the consular authority acknowledges that the third country national is using a false passport, the yellow link should be turned into a red one. The consequences stemming from the usage of a false document are not addressed by the interoperability regulations either, but these stress how «the presence of a red link should not in itself constitute a ground for refusal of entry and the existing grounds for refusal of entry listed in Regulation (EU) 2016/399 should therefore not be amended»⁸⁶. From a systemic interpretation, we deduce that the long-stay visa sought should be

⁷⁹ Article 28(1) and (2) of the interoperability regulations.

⁸⁰ Article 19(3) of regulation (EU) 2019/817.

⁸¹ Article 13(2) of the Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (consolidated version), *OJ L 243*, 15.9.2009, pp. 1-58.

⁸² Article 29(1)(b) of the interoperability regulations.

⁸³ Article 34(1)(f) of the SIS regulation for border checks. The competent authority may also access already existing links, if existing, for the purpose of verifying the yellow link.

⁸⁴ Article 23(3) of the Visa Code.

⁸⁵ Article 29(4) of regulation (EU) 2019/817 refers to the Entry/Exit System and foresees: «Such manual verification of different identities shall be initiated in the presence of the person concerned, who shall be offered the opportunity to explain the circumstances to the authority responsible, which shall take those explanations into account».

⁸⁶ Recital (63) of the interoperability regulations.

refused according to the Visa Code⁸⁷; forging passports, instead, should eventually be punished according to Turkish national law.

Overall, the MID (via the European Search Portal and shared Biometric Matching Service) supports the Common Identity Repository⁸⁸ in determining the type of links to be generated or resolved in the different systems' identity files and stores the links in the Identity Confirmation File for future use. These abilities turn the MID into a powerful police tool. However, its complex functioning deserves further inspection in light of the inferences it has on migrants' rights in the border control procedures.

3.2. Unveiling the inexplicable: The MID as an automated decision-making component

The MID is driven by pre-established categories of personal data⁸⁹—namely, identity, travel document, and biometric data—on which basis it creates new information embedded in colour-coded links. Previously, we criticised the compatibility of this component with the EU data protection framework—and, as a last resort, the Charter of Fundamental Rights of the EU⁹⁰ (CFREU)—in view of the interferences the multiple identity detection procedure causes to the individual's right when processing⁹¹ their personal data⁹². Specifically, our studies focused on Article 22 of the GDPR⁹³, which anticipated the EU's regulation of algorithm technology from a human-centric perspective⁹⁴. Its provision, even though vague and restrictive considering the entire algorithm lifecycle⁹⁵, has been interpreted as providing the highest degree of protection for establishing the right not to be subject to a decision based solely on automated processing⁹⁶. In the famous *SCHUFA* judgment⁹⁷, the Court of Justice of the EU (CJEU) has (arguably) clarified the scope of Article 22 of the GDPR by pointing out three essential elements: a decision (1.) that is taken based on solely automated processing (2.) and produces legal effects (3.). According to the CJEU, these features must be cumulatively met to protect the individual from automated decision-making procedure, including profiling⁹⁸. Above all, the CJEU has embraced a wide

⁸⁷ Article 32(1)(a) of the Visa Code.

⁸⁸ To our knowledge, it is the Common Identity Repository that detects new identities and decides whether a white/yellow link should be created. The Common Identity Repository itself instructs the MID of the links created in the Identity Confirmation File. However, the competent authority in charge of the manual verification procedure interacts with the MID to verify the yellow links according to Article 29 of the interoperability regulations.

⁸⁹ Article 4(1) of the GDPR.

⁹⁰ Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, pp. 391-407.

⁹¹ Article 4(2) of the GDPR.

⁹² TASSINARI, «ADM in the European Union: An Interoperable Solution», in LEGIND LARSEN/MARTIN-BAUTISTA/RUIZ et al. (eds), *Flexible Query Answering Systems. FQAS 2023. Lecture Notes in Computer Science*, 2023, pp. 290-303.

⁹³ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, OJ L 119, 4.5.2016, pp. 1-88.

⁹⁴ European Commission, White Paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust, COM(2020) 65 final, 2020.

⁹⁵ LAZCOZ MORATINOS, *Gobernanza y supervisión humana de la toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles*, loc. cit.

⁹⁶ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* (3 October 2017).

⁹⁷ Judgment of 7 December 2023, *OQ v Land Hessen*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957.

⁹⁸ Article 4(4) of the GDPR.

definition of “decision”—as suggested by Advocate General Pikamäe—to include decisions that produce not only legal, but also economic or social effects on the individual⁹⁹, such as a scoring rate calculated on the granting of a loan. As known, the CJEU went one step further Pikamäe—who had leveraged the circumstances of the automated decision-making procedure at stake to assess the relevance of the decision on the individual—by questioning the effects produced by two different decisions, namely those of granting the loan and performing the profiling procedure. As the Advocate General noted: «If the scoring were carried out without any human intervention that could, where necessary, verify its result and the fairness of the decision to be taken in respect of the loan applicant, it would seem logical for the scoring itself to be considered to constitute the “decision” under Article 22(1) of the GDPR»¹⁰⁰. Otherwise, Pikamäe alleged that the decision of the financial institution as to whether to grant or deny the loan was the only one relevant in the light of GDPR Article 22. In sum, Pikamäe was (reasonably) weighing human participation in the entire decision-making procedure, as only if the financial institution attached gave «paramount importance» to the machine scoring rate¹⁰¹ would the outcome be considered a “decision”. Based on this analysis we estimated¹⁰² that the MID-coloured links could be seen as decisions in GDPR jargon if the authority inserting or erasing an identity file in the system and the Common Identity Repository, or the one competent to verify the yellow link, decided without intermediation or «merely applying the result of that evaluation to the specific case»¹⁰³. In concrete terms, we noted that white links generated in an automated manner could be considered decisions, but verified white, green, or red links (and *a fortiori* automated yellow links) could not¹⁰⁴.

Today, our analysis should veer (albeit controversially) towards the different position taken by the CJEU in its later judgment. According to the CJEU, the scoring rate calculated by the private company SCHUFA must be considered the relevant “decision” in the light of Article 22 of the GDPR, provided that its guarantees might be circumvented when externalising the decision-making process¹⁰⁵. Such a (partial)¹⁰⁶ decision—notwithstanding the human *ex post* involvement—is accordingly forbidden unless one of the exceptions of Article 22(2) of the GDPR applies. Following the CJEU’s reasoning, we appreciate that both the MID white and yellow links generated in an automated manner are fully-fledged decisions under Article 22 of the GDPR despite the provisional character of the latter. In a nutshell, the CJEU has downgraded the *a sensu contrario* prohibition of Article 22(1) of the GDPR at an earlier stage, that of the machine’s (in our case the MID’s) outcome¹⁰⁷. Subsequent “decisions”, of human or computerised nature, are no longer relevant. This interpretation allows the data subject whose personal data are processed

⁹⁹ Opinion of AG Pikamäe of 16 March 2023, *OQ v Land Hessen*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220 referring to recital (71) of the GDPR.

¹⁰⁰ Opinion of AG Pikamäe, point 42.

¹⁰¹ Opinion of AG Pikamäe, point 43.

¹⁰² TASSINARI, «ADM in the European Union: An Interoperable Solution», cit., p. 11

¹⁰³ Opinion of AG Pikamäe, point 43.

¹⁰⁴ TASSINARI, «ADM in the European Union: An Interoperable Solution», cit., p. 11.

¹⁰⁵ *OQ v Land Hessen*, para 50.

¹⁰⁶ LEGGIO, «L’impatto della digitalizzazione sull’attività conoscitiva pubblica nel settore migratorio e la riscoperta della centralità del dato», *ADiM Blog, Analyses & Opinions*, 2024 https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2024/12/M.-Leggio_def.pdf (access 30.12.2024), pp. 5 ff.

¹⁰⁷ *OQ v Land Hessen*, para 50: «[...] the establishment of that value must be qualified in itself as a decision producing vis-à-vis a data subject ‘legal effects concerning him or her or similarly significantly [affecting] him or her’ within the meaning of Article 22(1) of the GDPR».

within the multiple-identity detection procedure to oppose it at the earlier stage unless one of the exceptions of Article 22(2) of the GDPR applies. Specifically, Article 22(2)(b) of the GDPR allows automated decision-making procedures if authorised by the laws of the Union or the Member State to which the controller¹⁰⁸ is subject and which also lays down suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests¹⁰⁹. The provision of suitable safeguards is mandatory in the case of implementing automated decision-making procedures for another important reason: Article 22(4) of the GDPR prohibits the processing of special categories of personal data, such as biometric data for the purposes of uniquely identifying a natural person¹¹⁰, unless leveraging on point (a) or (g) of Article 9(2)¹¹¹. In sum, and within the MID context, a (possible) processing of biometric data needs to be justified as being necessary «for reasons of substantial public interest»¹¹². Such a provision¹¹³ is laid down in Article 48 of the interoperability regulations establishing the right to access, rectify, and erase personal data stored in the MID, as well as the right to restrict its processing. However, not only is the exercise of the rights enshrined therein particularly complex¹¹⁴, but also there is no provision in the interoperability regulations that contemplates the right to obtain human intervention on the part of the controller¹¹⁵.

The right to obtain human intervention has its conceptual origin in the necessity to preserve human interaction in a machine-learning decision-making process, *ex post* in this case¹¹⁶. It is explained under Article 22(3) of the GDPR for automated decision-making based on contractual obligations or the individual's consent together with the right to express their point of view and

¹⁰⁸ Cfr. Article 40(3) of the interoperability regulations referring to the European Border and Coast Guard Agency and the Member States' authorities adding or modifying the data in the Identity Confirmation File of the MID.

¹⁰⁹ On the subject, cfr. MALGIERI, «Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other "suitable safeguards" in the national legislations», *Computer Law & Security Review*, n. 35, 2019, pp. 4 ff.; and PALMIOTTO, «Preserving Procedural Fairness in The AI Era», *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 2023, https://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir_mods_00014868 (access 30.12.2024).

¹¹⁰ Article 9(1) of the GDPR.

¹¹¹ Notably, Article 10(5) of the AI act foresees that special categories of personal data may be used for bias detection and correction in relation to high-risk AI systems, when the conditions [lets. a) to f)] listed therein are respected.

¹¹² Article 9(2)(g) of the GDPR.

¹¹³ *ibidem*.

¹¹⁴ Cfr. Article 48 of the interoperability regulations.

¹¹⁵ Recital (71) of the GDPR refers to the right to obtain human intervention, to express his or her point of view, to obtain an explanation of the decision reached after such assessment, and to challenge the decision. It also adds that such measures should not concern a child. Cfr. FERNÁNDEZ-LLORCA/GÓMEZ/SÁNCHEZ et al., «Bridging the Gap Between AI and Explainability in the GDPR: Towards Trustworthiness-by-Design in Automated Decision-Making», *IEEE Xplore*, n. 1, 2022, doi: 10.1109/MCI.2021.3129960, pp. 72 ff.

¹¹⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, «Inteligencia artificial y ética: hacia una aplicación de los principios éticos en el ámbito de la UE», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 68, 2023, <https://doi.org/10.18543/ced.2699>, p. 102. More difficult is knowing how humans are engaging with the MID *ex ante* as the interoperability regulations do not regulate the design, testing, and validating stages (human-out-the-loop), cfr. GÓMEZ-CARMONA/CASADO-MANSILLA/LÓPEZ-DE-IPÍÑA et al., «Human-in-the-loop machine learning: Reconceptualizing the role of the user in interactive approaches», *Internet of Things*, n. 25, 2024, and our analysis *infra*.

to challenge the decision¹¹⁷, and, broadly, by Article 11(1) of the Law Enforcement Directive¹¹⁸ (LED), which is one of the requisites that must be explained under the laws of the Union or the Member States when authorising automated decision-making, including profiling, «which produces an adverse legal effect [...] or significantly affects him or her». Indeed, Article 11(1) of the LED allows automated decision-making procedures when supported by a legal basis in the laws of the Union or the Member States which is provided with appropriate safeguards. Also, the implementation of profiling techniques on the individual seems more permissible than the GDPR, whose prohibition under Article 22(1) applies to an automated decision-making that merely «produces legal effects». Even so, suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests must be in place¹¹⁹. The cross-cutting nature of interoperability confers on the MID a hybrid nature so that one part of its functionality might fall under the scope of the GDPR, while other falls under the LED and national laws of the Member States.¹²⁰ Indeed, the scope of the LED is restricted to the processing of personal data performed by a competent authority¹²¹ for the prevention, investigation, detection, or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, including the safeguarding against and the prevention of threats to public security. Both the objective and subjective scope are necessary for the applicability of the LED to be invoked. The application of the GDPR or, alternatively, the LED, will therefore, depend on domestic law, i.e., whether the authority adding or modifying data in the Identity Confirmation File under national law is competent or not in the light of the LED, while pursuing the latter's objectives. In the past, we have already noted how difficult the assignation of the data protection controller and processor roles is under the interoperability regulation¹²² and, even more so, in the framework of the multiple identity detection procedure¹²³. In practice, it will be very hard for the individual effected (especially third-country nationals) to determine the legal framework of reference—eventually including the EUDPR—and, consequently, with whom the responsibility for personal

¹¹⁷ Article 22(2)(a) and (c) of the GDPR, and PALMA ORTIGOSA, *Decisiones automatizadas y protección de datos: Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*, 2022, pp. 286 ff. referring to the (argued) right of explanation as well.

¹¹⁸ Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ L 119, 4.5.2016, pp. 89-131.

¹¹⁹ Article 11(2) of the LED.

¹²⁰ From our viewpoint, Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data, and repealing Regulation (EC) No 45/2001 and Decision No 1247/2002/EC, OJ L 295, 21.11.2018, pp. 39-98 (EUDPR hereinafter) is not relevant here being its scope limited to Union institutions, bodies, offices and agencies only.

¹²¹ Article 3(7) of the LED.

¹²² TASSINARI, «The role of eu-LISA in the implementation of the interoperability framework», *ADiM Blog, Analyses & Opinions*, 2023, https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2023/02/4.-Tassinari-eu-LISA.February2023_DEF.pdf (access 8.12.2024), p. 5.

¹²³ *ibid* p. 6.

data processing lies¹²⁴. The AI act thins out such dichotomy, maintaining some exceptions concerning the activities of law enforcement authorities, as we are inspecting below¹²⁵.

4. The exemption of Article 111 of the AI act: What lies behind and why it is important

AI was one of the political commitments undertaken by President von der Leyen in her first mandate between 2019-2024¹²⁶. The European Commission officially started working on it by launching a White Paper on AI in February 2020¹²⁷ which was followed by a Proposal for a regulation published on 21 April 2021. Back then, the interoperability package had already been adopted, and during the negotiations of the AI act, concerns about the Union's large-scale information technology systems and interoperability components were raised by the Portuguese Presidency¹²⁸. It was observed that the AI applications currently used by law enforcement authorities listed as high-risk would not be «included within the scope of the proposal». In addition, the AI act would be applicable one year after the general date of application—that is, two years after the date of its entry into force—unless there were significant changes to those components based upon a legal amendment: «Though the implications for current or mid-term use and development of those systems or their components would be limited, it is highly likely that any new developments in the overall JHA information architecture would need to be evaluated from a different perspective»¹²⁹. According to the European Commission's Proposal, the AI act should not have applied to the justice and home affairs information technology systems and interoperability components¹³⁰ provided they were not placed on the market or put into service one year from the date of application of the AI act¹³¹. Moreover, the requirements laid down in the AI act should have been considered in the evaluation of each large-scale information technology system, according to their legal bases¹³². Other high-risk AI systems placed on the market or put into service before the date of application of the AI act would, instead, have been subject to the AI act provisions «only if, from that date, those systems are subject to significant changes in their design or intended purpose»¹³³. The exemption proposed found no support from the European Parliament that suggested submitting the Union centralised systems and components to the AI act if these had been placed on the market or put into service

¹²⁴ FORTI, «Flussi migratori e protezione dei dati personali: alla ricerca di un punto di equilibrio tra sicurezza pubblica e tutela della privacy dei migranti e dei rifugiati all'interno del territorio europeo», *Rivista di Diritto dei Media*, n. 2, 2020, p. 229, recalls that the EU's security strategy should not overlook migrants' rights to privacy and personal data protection, including in times of crisis.

¹²⁵ Cfr. Article 2(7) of the AI act on the non-affectation relationship between the AI act and the EU's data protection *acquis*.

¹²⁶ VON DER LEYEN, *A Union that strives for more. My agenda for Europe*, 2019, https://commission.europa.eu/document/download/063d44e9-04ed-4033-acf9-639ecb187e87_en?filename=political-guidelines-next-commission_en.pdf (access 7.12.2024).

¹²⁷ European Commission, White Paper on Artificial Intelligence, cit.

¹²⁸ EU Council, document 9096/21, Brussels, 31 May 2021, p. 6.

¹²⁹ *ibidem*.

¹³⁰ Cfr. Annex IX attached to the AI Proposal.

¹³¹ Article 85(2) of the AI Proposal foresaw twenty-four months after the entry into force of the AI act.

¹³² Article 83(1), second paragraph, of the AI Proposal.

¹³³ Article 83(2) of the AI act.

before the entry into force of the AI act. In concrete terms, the “operators”¹³⁴ of those AI systems should have taken the necessary steps to comply with the requirements laid down in the AI act¹³⁵. Nevertheless, the deadlines proposed by the European Commission, firstly, and the European Parliament, afterwards, turned out to be too short considering the substantial delays in implementing the new information technology systems and interoperability components, which might have hampered the whole smart borders project¹³⁶. Indeed, in the event of not complying with the AI act provisions, the interoperability components could not have been activated at all.

Dialogues led to the reformulation of the proposed exemption and current Article 111 of the AI act regulates AI systems already placed on the market or put into service, together with general-purpose AI models already placed on the market. According to the first paragraph of Article 111: «Without prejudice to the application of Article 5 as referred to in Article 113(3), point (a), AI systems which are components of the large-scale IT systems established by the legal acts listed in Annex X that have been placed on the market or put into service before 2 August 2027 shall be brought into compliance with this Regulation by 31 December 2030».

Hence, the six large-scale information technology systems and four interoperability components are not exempt from the prohibition of certain AI practices according to Article 5 of the AI act, which is applicable as of 2 February 2025. In this sense, none of the interoperability components could be used, for instance, to exploit the vulnerabilities of the individuals or groups of persons affected (e.g. minors)¹³⁷, evaluate or clarify them based on their predicted personal or personality traits (e.g. ethnic minority)¹³⁸, or biometrically identify individuals in publicly accessible spaces for the purposes of law enforcement, remotely and in real-time¹³⁹. In addition, the prohibition of assessing or predicting the risk of a natural person committing a criminal offence based on their profiling or characteristics (e.g. nationality and place of birth) applies¹⁴⁰. The latter prohibition is particularly worrying in the MID case if we consider that, in the example given earlier, the generation of a yellow link between the Visa Information System and the Schengen Information System hints at an individual (a Turkish national) who has possibly counterfeited a national identity document; this inference, albeit provisional, results from biometric and identity data

¹³⁴ Article 3(8) of the AI act states that operator means a provider, product manufacturer, deployer, authorised representative, importer, or distributor.

¹³⁵ Cfr. the amendments n. 686 and ff. in Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), Strasbourg, 14 June 2023.

¹³⁶ EU-LISA, «Updated roadmap to interoperability endorsed by EU Council», *EU Council*, 2024, <https://www.eulisa.europa.eu/Newsroom/News/Pages/Updated-roadmap-to-Interoperability-endorsed-by-EU-Council.aspx> (access 10.12.2024).

¹³⁷ Article 5(1)(b) of the AI act and KURIAN, «‘No, Alexa, no!’: designing child-safe AI and protecting children from the risks of the ‘empathy gap’ in large language models», *Learning, Media and Technology*, 2024, <https://doi.org/10.1080/17439884.2024.2367052>, pp. 1-14.

¹³⁸ Article 5(1)(c) of the AI act and, e.g., MOZUR, «One Month, 500,000 Face Scans: How China Is Using A.I. to Profile a Minority», *The New York Times*, 2019, <https://www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html> (access 5.02.2025).

¹³⁹ Article 5(1)(h) of the AI act, and the Communication to the Commission, Approval of the content of the draft Communication from the Commission - Commission Guidelines on prohibited artificial intelligence practices established by Regulation (EU) 2024/1689 (AI Act), C(2025) 884 final, Brussels, 4.2.2025, pp. 95 ff. Envisaging the use of the Schengen Information System in this regard is VASILKOV, «Artificial intelligence in the service of border control in the EU», *ADiM Blog, Analysis & Opinions*, 2024, https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2024/12/New-Vasilkov_DEF.pdf (access 1.02.2025), p. 2.

¹⁴⁰ Article 5(d) of the AI act.

matches without further evidence of the underlying criminal activity¹⁴¹. Anyhow, the MID is not going to be placed on the market or put into service for this specific purpose, namely, to assess or predict the risk of the person committing a criminal offence, but aims to reach the “correct” identification of people through real case studies. Perhaps it would have been prudent to include a provision prohibiting different uses, including profiling, explicitly¹⁴².

Notwithstanding such a concern, framing the six information technology large-scale IT systems and interoperability components within the AI rules is (fictitiously)¹⁴³ exempted until 31 December 2030 if these are placed on the market or put into service before 2 August 2027; at that date, interoperability is expected to be fully operational with no turning back. Article 111(1) adds that the requirements laid down in the AI act shall be taken into account in the evaluation of each large-scale information technology system as provided for in those legal acts and where those legal acts are replaced or amended. In sum, the AI act does not engage in assessing the type of risks (eventually) posed by the Union large-scale information technology systems and interoperability components (including the MID) according to the AI act but delegates such exercise to the periodic evaluation activity provided for by each legal basis, even when replaced or amended. In other words, if even one of these systems or components is placed on the market or put into service after 2 August 2027, then, no *gratiae* period would apply and the AI act general requirements must be met in their entirety. We can, therefore, imagine the European Commission racing to place on the market or put into service these systems and components by 2 August 2027 to benefit from the exemption of Article 111(1) of the AI act. Still, costs might be high for third-country nationals if interoperability is found not to comply with the AI act.

In the following sections, we shed light on the AI act requirements and the consequences stemming from their application to the MID so as to anticipate some of the issues raised by the insertion of AI features into the multiple identity detection procedure on migrants’ rights.

4.1. Premise: The MID as an AI system

As Finocchiaro finds, «[b]efore embarking on a discussion of the regulation of artificial intelligence (AI), it is first necessary to define the subject matter regulated»¹⁴⁴. Indeed, before assessing whether the MID is compliant with the AI act, we must clarify which AI systems are regulated under the AI act and if the MID fits into its scope.

¹⁴¹ This example highlights how in-depth reflections on the interoperability package are needed as this framework may end up revealing much more information (whether personal or not) than originally intended by the co-legislators.

¹⁴² The prohibition of Article 5(d) of the AI act does not apply in case the AI system is used «[...] to support the human assessment of the involvement of a person in a criminal activity, which is already based on objective and verifiable facts directly linked to a criminal activity». In our example, could the pre-existing SIS alert fulfil this requirement? The answer is controversial since the SIS alert was inserted for another infringement than document forgery, that is, the illegal entry into the EU. There would then be a risk of stigmatising the Turkish national as an all-out criminal.

¹⁴³ ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, «El reconocimiento biométrico en el Reglamento de inteligencia artificial: exenciones, prohibiciones y especialidades de alto riesgo», in COTINO HUESO/SIMÓN CASTELLANO (eds), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, 2024, pp. 183-235, p. 174.

¹⁴⁴ FINOCCHIARO, «The regulation of artificial intelligence», *AI & Society*, n. 39, 2024, pp. 1961 ff.

The AI act defines¹⁴⁵ an AI system as «a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments»¹⁴⁶. According to recital (12) of the AI act, the AI system definition finally adopted is made up of the following elements: “machine-based”, instead of software as initially proposed by the European Commission¹⁴⁷; “autonomy”, referring (albeit vaguely) to the capacity of AI to run without human intervention; “adaptiveness”, which points to the AI self-learning experience that improves its functioning; “explicit or implicit objectives” achievable by AI, depending on whether these are originally programmed or self-learned; “infers” in reference to the output (prediction, content recommendation, decision, AI models, and algorithms)¹⁴⁸; and “environments”, i.e., the context in which the AI operates.

Such a definition abandons the descriptive one proposed by the European Commission¹⁴⁹. In its Proposal, the European Commission opted for establishing a list of techniques and approaches in Annex I, such as machine learning approaches, including deep learning; logic- and knowledge-based approaches; and statistical approaches, Bayesian estimation, search and optimisation methods. The broad, flexible definition proposed was criticised by many stakeholders for raising legal uncertainty and confusion¹⁵⁰. SMUHA/AHMED-RENGERS/HARKENS et al. highlighted that simple systems that use logic-based or statistical approaches that are not usually meant to be “intelligent” would be included in the AI act¹⁵¹. The authors then suggested either broadening the scope of the AI Proposal to algorithm or software technology in general, or limiting it to machine learning only. The co-legislators have broadened the AI system scope by suppressing the reference to “software” while excluding «simpler traditional software systems or programming approaches and should not cover systems that are based on the rules defined solely by natural persons to automatically execute operations»¹⁵². Other critics related to the exclusion of academic research, military, security, and intelligence domains¹⁵³. Consequently, AI systems placed on the market or put into service for scientific research and development have been excluded from the AI act scope¹⁵⁴, as is the case of AI systems made available–i.e., placed on the

¹⁴⁵ OECD, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, 2024, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449> (access 10.12.2024) and EU Council, document 11124/22, Brussels, 15 July 2022, p. 3.

¹⁴⁶ Article 3(1) of the AI act.

¹⁴⁷ Such an AI system definition leaves aside systems that may function with a certain degree of autonomy, but cannot be considered as autonomous.

¹⁴⁸ DE MIGUEL BERIAIN, «¿Explicar o predecir?», *Investigación y ciencia*, n. 538, 2021, pp. 52-53.

¹⁴⁹ For a critic see FINOCCHIARO, «The regulation of artificial intelligence», cit. p. 39.

¹⁵⁰ VEALE/ZUIDERVEEN BORGESIU, «Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act», *Computer Law Review International*, n. 22, 2021, <https://ssrn.com/abstract=3896852>.

¹⁵¹ SMUHA/AHMED-RENGERS/HARKENS et al., «How the EU can achieve Legally Trustworthy AI: A Response to the European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act», *LEADS Lab @University of Birmingham. For a Legal, Ethical & Accountable Digital Society*, 2021, pp. 13 ff.

¹⁵² Recital (12) of the AI act.

¹⁵³ SMUHA/AHMED-RENGERS/HARKENS et al., cit.

¹⁵⁴ Recital (25) of the AI act, but the EU’s data protection regime remains applicable as DE MIGUEL BERIAIN, «La utilización de datos con fines de investigación científica (XXI)», in COTINO HUESO (ed), *La Carta de Derechos Digitales*, 2022, pp. 299-326 finds. For a critic on the AI Proposal cfr. EBERS/R.S. HOCH/ROSENKRANZ et al., «The European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)», *Multidisciplinary Scientific Journal*, n. 4, 2021, <https://doi.org/10.3390/j4040043>, p. 591.

market or put into service in the Union or whose output is used in the Union—for military, defence, or national security purposes¹⁵⁵.

Recently, the European Commission has adopted new guidelines on the AI system definition¹⁵⁶ and, despite their non binding character, such a soft analysis helps us understand whether the MID falls within the AI act scope. The European Commission states that an AI system is made of seven elements by splitting the “inference” requirement from the output exemplifications (namely, prediction, content recommendation, decision, AI models, and algorithms), but warns that some of these may not be present throughout the algorithm lifecycle. First, the MID must be “machine-based”, that is, developed and run on machines of a hardware or software nature. The fact that the MID (whose fate is followed by the others the other interoperability components) is not allocated a specific site in Strasbourg¹⁵⁷, suggests we see it as a software rather than a hardware component¹⁵⁸. Second, the MID should benefit from certain “autonomy”. Human involvement and intervention can be either direct or indirect, according to the European Commission. Third, the MID may show “adaptiveness” in terms of self-learning capabilities, for example, by learning from its mistakes or discovering new patterns or relationships among the datasets¹⁵⁹. Fourth, the MID pursues specific objectives as automated link generation can be seen as an explicit objective, for example. Yet, and as we have already emphasised above, the MID could incidentally reveal hidden information, or metadata, from the underlying systems or during its training. Fifth, the MID must carry an “inference” capacity, which consists of outputs. As we assumed elsewhere¹⁶⁰, the MID can be classified as supervised¹⁶¹ machine learning, replacing or supporting decision-making in external (including, de-territorialised)¹⁶² border controls. Machine learning is «the technique that improves system performance by learning from

¹⁵⁵ Article 2(3) of the AI act.

¹⁵⁶ Annex to the Communication to the Commission, Approval of the content of the draft Communication from the Commission - Commission Guidelines on the definition of an artificial intelligence system established by Regulation (EU) 2024/1689 (AI Act), C(2025) 924 final, Brussels, 6.2.2025.

¹⁵⁷ Article 17(3) of Regulation (EU) 2018/1726 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on the European Union Agency for the Operational Management of Large-Scale IT Systems in the Area of Freedom, Security and Justice (eu-LISA), and amending Regulation (EC) No 1987/2006 and Council Decision 2007/533/JHA and repealing Regulation (EU) No 1077/2011, OJ L 295, 21.11.2018, p. 99-137 (eu-LISA regulation hereinafter).

¹⁵⁸ Cfr. the definition in ScienceDirect <https://www.sciencedirect.com/topics/computer-science/software-component> (access 31.03.2025).

¹⁵⁹ AI might consist of handcrafted rules, instead of data, like Stockfish, a free and open-source chess engine available at <https://stockfishchess.org/> (access 31.03.2025).

¹⁶⁰ TASSINARI, «ADM in the European Union: An Interoperable Solution», cit.

¹⁶¹ JANIESCH/ZSCHECH/KAI et al., «Machine learning and deep learning», *Electron Markets*, 2021, pp. 685-695. Three types of machine learning are identified by scholars: supervised, unsupervised, and reinforced. In cases where supervised machine learning is required, it is the human being who chooses the categories of data to be matched, as well as the outcome pursued as a result of the analysis of that data. On the other hand, unsupervised machine learning requires the machine to detect hidden correlations among the data used in order to detect similarities (clustering) and anomalies. Finally, reinforced machine learning works on the basis of the carrot and stick rationale, that is, by classifying the machine output as right or wrong so as to reward or punish it.

¹⁶² DEL VALLE GÁLVEZ, «La Fragilidad de los Derechos Humanos en las fronteras exteriores europeas, y la Externalización / Extraterritorialidad de los controles migratorios», in SOROETA LICERAS/ALONSO MOREDA (eds), *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián Vol. XVIII*, 2019, pp. 25-49, p. 44.

experience via computational methods»¹⁶³ to create new knowledge¹⁶⁴. As such, machine learning is seen as a requirement of AI as long as the learning capacity is a data-driven smart task¹⁶⁵. However, a more primitive form of AI cannot be excluded, namely that of logic- or knowledge-based approaches. If so, the MID would work based on human knowledge via deductive or inductive operations to draw conclusions. Sixth, the MID generates “outputs” and, specifically, content or new material in the form of colours. Seventh, the MID can be deemed to “influence” the virtual environment in which it operates, that is, the other systems and components that are part of the interoperability architecture. Overall, and although the MID analytical capacity would be limited compared to much more invasive AI systems, its “commercialisation” imposes respecting ethical and legal guidance, which restrains the impact of the multiple identity detection procedure on individuals’ (especially migrants’) rights.

4.2. The MID as a general-purpose AI system

a. General, multi-purpose AI models and the MID

Considering the MID not merely as an AI system, but as a general-purpose AI system¹⁶⁶ means attributing it the accomplishment of the generality and distinct task criteria¹⁶⁷, some of which have already emerged from this study (i.e., link searching and generation, or error detections), and the possibility of integrating it with a variety of downstream systems or applications (e.g., the central system of the Schengen Information System, European Search Portal, and Common Identity Repository). General-purpose AI refers to the possibility of pursuing different goals through specific AI models¹⁶⁸ or systems¹⁶⁹.

General-purpose AI was not included in the AI Proposal¹⁷⁰, but found regulation following the spread of OpenAI¹⁷¹, which raised great inter-institutional controversies¹⁷². Specifically, Chat GPT emerged in the midst of negotiations in 2023—GPT is a chatbot program developed by the American Research Institute OpenAI that implemented it in a Chat Generative Pre-Trained Transformer¹⁷³. Within the EU Council, general-purpose AI was initially presented as falling

¹⁶³ ZHOU, *Machine Learning*, 2021, p. 2. Cfr. also EL NAQA/MURPHY, *What is Machine Learning?*, 2015, p. 3.

¹⁶⁴ LAZCOZ MORATINOS, *Gobernanza y supervisión humana de la toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles*, cit., p. 30.

¹⁶⁵ ALPAYDIN, *Machine Learning*, Revised and updated ed., 2021, p. 18.

¹⁶⁶ On the difference between AI model and system see *infra*.

¹⁶⁷ Article 113 of the AI act sets forth that Chapter V of the AI acts applies as of 2 August 2025.

¹⁶⁸ Cfr. EDPB, *Opinion 28/2024 on certain data protection aspects related to the processing of personal data in the context of AI models* (17 December 2024) p. 12.

¹⁶⁹ A general-purpose AI system is a complex application joined by one or more models, plus a data collection and processing tool, a user interface, and an infrastructure. Article 3(66) of the AI act finds that a general-purpose AI system «means an AI system which is based on a general-purpose AI model and which has the capability to serve a variety of purposes, both for direct use as well as for integration in other AI systems».

¹⁷⁰ Cfr. Article 1 of the AI Proposal, and current Article 1.2 let. e) of the AI act.

¹⁷¹ EU Council, document 8534/23, Brussels, 8 May 2023, p. 2.

¹⁷² GSTREIN/HALEEM/ZWITTER, «General-purpose AI regulation and the European Union AI Act», *Internet Policy Review: Journal on internet regulation*, n. 3, 2024, <https://doi.org/10.14763/2024.3.1790>.

¹⁷³ YANG, «Research on the legal regulation of Generative Artificial intelligence Take ChatGPT as an example», *SHS Web of Conferences*, n. 02017, 2023, <https://doi.org/10.1051/shsconf/202317802017>.

outside the risk-based approach pursued by the AI act due to its lack of intended purposes^{174, 175}. Yet, one of the main concerns raised was that a general-purpose AI model could be integrated into an AI system (and, eventually, a high-risk AI system) without the provider—to whom the obligations of Article 16-25 of the AI act apply—of the general-purpose AI system «having any or only limited influence over compliance with obligations of the regulation»¹⁷⁶. Under the French Presidency, the general-purpose AI definition was revisited to «balance the requirements and obligations between the providers of such systems and the providers of high-risk AI systems likely to use them»¹⁷⁷. The Czech Presidency, instead, decided not to apply the high-risk AI system requirements to general-purpose AI but lay down specific rules in a subsequent implementing act adopted by the European Commission¹⁷⁸. In addition, the European Parliament proposed inserting specific, enhanced obligations for providers of foundation models¹⁷⁹ «regardless of whether it is provided as a standalone model or embedded in an AI system or a product, or provided under free and open source licences, as a service, as well as other distribution channels»¹⁸⁰.

Article 3(66) of the AI act finds that a general-purpose AI model is «an AI model, including where such an AI model is trained with a large amount of data using self-supervision at scale, that displays significant generality and is capable of competently performing a wide range of distinct tasks regardless of the way the model is placed on the market and that can be integrated into a variety of downstream systems or applications, except AI models that are used for research, development or prototyping activities before they are placed on the market». Recital (97) of the AI act clarifies that general-purpose AI models are typically trained on large amounts of data via self-supervised, unsupervised, or reinforced machine learning¹⁸¹, but what distinguishes the general-purpose AI model definition is also their capacity to perform numerous and distinct functions. Hence, a general-purpose AI model is defined by two elements: 1. generality; and 2. a wide range of distinct tasks¹⁸². The AI act does not concretise the range of these criteria, but

¹⁷⁴ Article 3(12) of the AI act. For a critic on the intended vs. general purpose dichotomy, see FERNÁNDEZ-LLORCA, «An interdisciplinary account of the terminological choices used by EU policymakers ahead of the final agreement on the AI Act: AI system, general purpose AI system, foundation model, and generative AI», *Artificial Intelligence and Law*, 2024, <https://doi.org/10.1007/s10506-024-09412-y>, p. 6.

¹⁷⁵ Cfr. the proposed recital (70a) and Title IVa are in EU Council, document 1427/21, 29 November 2021, pp. 26 and 68. Conversely, the person placing on the market, putting into service (under its own name or trademark), or using general-purpose AI made available on the market for an “intended purpose” should have been considered a provider of an AI system. Similarly, another person would be considered a provider if they integrate into an AI system a general-purpose AI model made available on the market by another person, with or without modifying it, for an “intended purpose”.

¹⁷⁶ EU Council, document 13802/21, Brussels, 19 November 2021, p. 6.

¹⁷⁷ EU Council, document 8576/22, Brussels, 16 May 2022, p. 9.

¹⁷⁸ EU Council, document 14336/22, Brussels, 11 November 2022, p. 6.

¹⁷⁹ Foundational model is «any model that is trained on broad data (generally using self-supervision at scale) that can be adapted (e.g., fine-tuned) to a wide range of downstream tasks» according to BOMMASANI/HUDSON/ADELI et al., «On the Opportunities and Risks of Foundation Models», *Center for Research on Foundation Models (CRFM)*, 2021, p. 1. It differs from other general-purpose AI models because of its numerous capabilities according to the EU Council, document 13921/23, Brussels, 17 October 2023, p. 18.

¹⁸⁰ EU Council, document 13921/23, Brussels, 17 October 2023, p. 18.

¹⁸¹ COBBE, «Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making», *Legal Studies*, n. 4, 2019, p. 3.

¹⁸² CASTILLO PARRILLA, «Inteligencia artificial de uso general, modelos fundacionales (y “Chat GPT”) en el Reglamento de inteligencia artificial», in SIMÓN CASTELLANO/COTINO HUESO (eds), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, pp. 757-777, p. 640.

under recital (98) some hints are given. General-purpose AI models are: «[...] models with at least a billion of parameters and trained with a large amount of data using self-supervision at scale should be considered to display significant generality and to competently perform a wide range of distinctive tasks». It is therefore interesting to note that the definition of general-purpose AI does not focus on the purposes pursued by the data controller while running the machine, as we are observing with the high-risk classification *infra*, but rather on the huge, different “technological” functionalities the machine can serve. Unsupervised machine learning using no-label data, like deep learning AI and neural networks, clearly fits into such a definition; for the rest of AI systems, which are simpler (like the MID), the analysis is more far-fetched. Pending further concretisation of this definition¹⁸³, we cannot discard the MID general-purpose nature. The latter can, for example, search and compare different categories of data, generate links of various colours based on predefined rules, and detect errors such as transliteration and inversions¹⁸⁴. It is unclear, however, whether the MID will be able to deploy new tasks, possibly even induced ones, once placed on the market. This hypothesis forces us to look at the horizontal obligations foreseen in Chapter V of the AI act before jumping onto the AI act risk pyramid¹⁸⁵. Indeed, providers¹⁸⁶ of general-purpose AI models are subject to *ad hoc* enhanced rules, following the discussions held within the EU Council regarding “very capable” foundation models and foundation models “at scale”. By assigning the provider a proactive role in the AI value chain, these rules seek to temper the possible risks deriving from the use of general-purpose AI models as, nowadays, their understanding (and impact) remains almost unclear¹⁸⁷.

In concrete terms, Article 53¹⁸⁸ of the AI act introduces specific transparency obligations for providers of general-purpose AI models *ex post*, that is, after these are put on the market or into service. Even though no definition of an AI model is given, recital (97) AI act makes implicit reference to it while stating that: «AI models are essential components of AI systems, they do not constitute AI systems on their own». A “model” is the outcome learned from the data, that is, the mathematical or statistical representation tasked to infer the output based on the input data via a pattern-matching algorithm. Regulating general-purpose AI models (instead of systems) means tracing the value chain back *ab origine*—i.e., before the system is set up—and thus potentially involving other actors than eu-LISA¹⁸⁹, the agency responsible for designing and putting the MID into motion. It could be, for instance, a company to which development is (arguably) outsourced¹⁹⁰. According to Article 53(1) of the AI act, the providers of general-

¹⁸³ GUTIERREZ/AGUIRRE/UUK et al., «A Proposal for a Definition of General Purpose Artificial Intelligence Systems», *Digital Society*, n. 2, 2023, pp. 3 ff. finds that general-purpose AI systems is: «An AI system that can accomplish or be adapted to accomplish a range of distinct tasks, including some for which it was not intentionally and specifically trained».

¹⁸⁴ Cfr. the delegated act on same and similar identities.

¹⁸⁵ Recital (97) of the AI act.

¹⁸⁶ Article 3(3) of the AI act states that provider is the «natural or legal person, public authority, agency or other body that develops an AI system or a general-purpose AI model or that has an AI system or a general-purpose AI model developed and places it on the market or puts the AI system into service under its own name or trademark, whether for payment or free of charge».

¹⁸⁷ Article 3(66) of the AI act adopts the European Parliament’s definition of general-purpose AI which reads as follows: «an AI system which is based on a [general-purpose AI] model and which has the capability to serve a variety of purposes, both for direct use as well as for integration in other AI systems».

¹⁸⁸ Article 54 of the AI act applies to providers established in third countries that place general-purpose AI in the Union market; the AI act requires them to appoint a representative established in the Union.

¹⁸⁹ Article 13 of the eu-LISA regulation.

¹⁹⁰ Recital (15) of regulation (EU) 2018/1726.

purpose AI models must comply with the following four transparency obligations: draft and keep up to date the technical documentation of the model—including its training and testing process and the results of its evaluation—of Annex XI¹⁹¹ of the AI act, which must be made available to the AI Office and the competent national authorities¹⁹²; draft, keep up to date, and make available the information and documentation to providers of AI systems who intend to integrate the general-purpose AI model into their AI systems in order to understand whether the resulting general-purpose AI system complies with the risk-based approach of the AI act¹⁹³; put in place a policy to comply with EU law on copyright and related rights¹⁹⁴, and in particular, to identify and comply with, including through state-of-the-art-technologies, a reservation of rights expressed pursuant to Article 4(3) of Directive (EU) 2019/790¹⁹⁵; and draft and make publicly available a sufficiently detailed summary about the content used for training of the general-purpose AI model, according to the template provided by the AI Office¹⁹⁶. Compliance with these obligations may be proved by using a code of practice according to Article 56 of the AI act¹⁹⁷ until harmonised standards are published¹⁹⁸. Alternatively, the provider must demonstrate that they will fulfil those obligations following an assessment headed by the European Commission¹⁹⁹. Overall, understanding how the assembly line of the MID works is of crucial importance if we embrace its general-purpose AI nature. In case part of it is outsourced (e.g., the setting-up of the model), the parties involved should ensure respect not only to the greatly explored delegation doctrine²⁰⁰ and the fundamental rights *continuum*, but precisely to the requirements established under the AI act to safeguard public interest (e.g., algorithm transparency) and fundamental rights.

b. Too far ahead? Highly capable foundation models and the MID

¹⁹¹ Annex XI lays down the technical documentation for providers of general-purpose AI models. The European Commission was delegated the task to adopt an act to detail measurement and calculation methodologies to allow for comparable and verifiable documentation. Also, the European Commission may amend Annexes XI and XII in light of the evolving technologies [cfr. Article 53(5) and (6) of the AI act].

¹⁹² Article 70(1) of the AI act refers to at least one notifying authority and at least one market surveillance authority, but for Union institutions, bodies, offices, or agencies the competent authority is the EDPS.

¹⁹³ The information and documentation must enable providers of an AI system to have a good understanding of the capabilities and limitations of the general-purpose AI model and to comply with their obligations under the AI act, and contain, at a minimum, the elements set out in Annex XII.

¹⁹⁴ In this regard, it is interesting to point out the recent judgment of the Regional Court of Hamburg in CARMONA/ÁLVAREZ, «El fallo de Hamburgo: ¿un punto de inflexión en la minería de datos para entrenamiento de la IA?», *Economist&Jurist*, 2024, <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-fallo-de-hamburgo-un-punto-de-inflexion-en-la-mineria-de-datos-para-entrenamiento-de-la-ia/> (access 9.12.2024).

¹⁹⁵ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, *OJ L* 130, 17.5.2019, pp. 92-125.

¹⁹⁶ See, e.g., the model of Galdon Clavell, «AI Auditing. Checklist for AI Auditing», *European Data Protection Board*, 2024, https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-06/ai-auditing_checklist-for-ai-auditing-scores_edpb-spe-programme_en.pdf (access 4.02.2024).

¹⁹⁷ Article 56 of the AI act regulates codes of practice at the Union level for both general-purpose AI and general-purpose AI with systemic risk.

¹⁹⁸ Article 53(4) of the AI act.

¹⁹⁹ Article 53(2) of the AI act exempts providers of AI models released under a free and open-source licence that allows for the access, usage, modification, and distribution of the model, and whose parameters, including the weights, the information on the model architecture, and the information on model usage, are made publicly available unless they pose a systemic risk.

²⁰⁰ Klabbbers, *The Law of International Organizations*, 2015, p. 76.

Due to their inestimable potential, highly capable foundation models (or foundational models at scale) were deemed to require enhanced obligations for the providers before they could be placed on the market or put into service²⁰¹. Large generative AI models are presented as examples of general-purpose AI models with possible systemic risks «given that they allow for flexible generation of content, such as in the form of text, audio, images or video, that can readily accommodate a wide range of distinctive tasks»²⁰². The AI act does not provide for a definition of, or a specific regulation for generative AI²⁰³. Generally, Articles 51 and 52 of the AI act enhance the transparency obligations of general-purpose AI providers in the event that the model generates a systemic risk, for example, to counteract deepfakes and misinformation²⁰⁴.

Firstly, Article 51(1) of the AI act clarifies when a systemic risk occurs. A systemic risk occurs when the general-purpose AI model has high-impact capabilities²⁰⁵ evaluated based on appropriate technical tools and methodologies, including indicators and benchmarks; in addition, a systemic risk occurs based on a decision of the European Commission, *ex officio* or following a qualified alert from the scientific panel, testifying that the general-purpose AI system has the capabilities or an impact equivalent to those set out in Article 51(1)(a) of the AI act, in regard to the criteria set out in Annex XIII²⁰⁶. The two criteria are cumulative, meaning that the European Commission is solely in charge of establishing a general-purpose AI model as being of systemic risk, as per Article 52(3) of the AI act. Overall, a general-purpose AI model with systemic

²⁰¹ Worrisome surrounding these models promoted the establishment of a centralised structure for supervision, monitoring, and foresight, at the supranational level (the AI Office) in EU Council, document 13921/23, Brussels, 17 October 2023, pp. 21 and ff.

²⁰² Recital (99) of the AI act. For a critic see HACKER/ENGEL/MAUER, «Regulating ChatGPT and other Large Generative AI Models», VVAA (eds), *Proceedings of the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2023, pp. 1112-1123, pp. 1114 ff.

²⁰³ Recital (105) of the AI act highlights the challenges that generative AI models represent in terms of artists, authors, and other creators' copyrights, while Article 50(2) of the AI act adds that providers and deployers of generative AI models must comply with the transparency obligations of certain AI systems, and «ensure their technical solutions are effective, interoperable, robust and reliable as far as this is technically feasible taking into account acknowledged state-of-the-art». Specifically, the output should be detectable as artificially generated or manipulated.

²⁰⁴ Recital (97) of the AI act and Article 3(65) defines systemic risk as «a risk that is specific to the high-impact capabilities of general-purpose AI models, having a significant impact on the Union market due to their reach, or due to actual or reasonably foreseeable negative effects on public health, safety, public security, fundamental rights, or the society as a whole, that can be propagated at scale across the value chain».

²⁰⁵ The proposed definition, which was not finally incorporated into the AI act, found that high impact capabilities meant «capabilities that match or exceed the capabilities recorded in the most advanced [general-purpose AI] models», see EU Council, document 16097/23, Brussels, 28 November 2023, p. 7.

²⁰⁶ Annex XIII exemplifies: the number of parameters of the model; the quality or size of the data set, for example, measured through tokens; the amount of computation used for training the model, measured in floating points or indicated by a combination of other variables such as the estimated cost of training, the estimated time required for the training, or the estimated energy consumption for the training; the input and output modalities of the model, such as text-to-text (large language models), text-to-image, multi-modality, and the state-of-the-art thresholds for determining high-impact capabilities for each modality, and the specific type of inputs and outputs (e.g. biological sequences); the benchmarks and evaluations of capabilities of the model, including considering the number of tasks without additional training, adaptability in learning new, distinct tasks, the level of autonomy and scalability, the tools it has access to; whether it has a relevant impact on the internal market due to its reach, which will be presumed once it has been made available to at least 10,000 registered business users established in the Union; and the number of registered end-users.

risk is defined based on its scale²⁰⁷ which is measured on two quantitative thresholds: 1. the amount of computing used for its training and 2. the number of business users of the model²⁰⁸.

To the best of our knowledge, possible factors in favour of classifying the MID as a general-purpose AI system with a systemic risk could be the input and output modalities of the model; its adaptability to learn new, distinct tasks, as well as its autonomy and scalability; the huge number of registered end-users is also relevant. Secondly, Article 51(2) of the AI act introduces the presupposed compliance of general-purpose AI models with high impact capabilities «when the cumulative amount of computation used for its training measured in floating point operations²⁰⁹ is greater than 10^{25} »²¹⁰. Hence, such a presupposition would be fulfilled in the case that the MID is known to comply with those parameters, which are not publicly available. According to recital (98) of the AI act: «Whereas the generality of a model could, inter alia, also be determined by a number of parameters, models with at least a billion of parameters and trained with a large amount of data using self-supervision at scale should be considered to display significant generality and to competently perform a wide range of distinctive tasks»²¹¹. Even more alluring is the hypothesis in which colour-coded links could be classified as a content-based output, turning the MID into a more sophisticated generative AI system. Nevertheless, this interpretation might be too strained as far as the MID is concerned, as Article 50(2) of the AI act refers to synthetic audio, image, video, or text content which depicts more elaborated outputs than colour-coded links²¹². In contrast, the MID seems to limit itself to assigning a specific colour when a certain percentage threshold is reached following a match.

Systematising the MID as a general-purpose AI system with systemic risk means, from a data governance perspective, complying with the obligations set down in Article 52 of the AI act in addition to the horizontal, transparency obligations listed in Article 53 of the AI act²¹³. In concrete terms, the provider of such a model (or models) must notify the European Commission without delay if it meets the quantitative thresholds highlighted above; indeed, the latter keeps the last word as to whether the general-purpose AI model poses a systemic risk or not²¹⁴. Alternatively, the European Commission itself may, *ex officio* or following a qualified alert, declare that a general-purpose AI model poses a systemic risk based on Annex XIII. Notably, a list of general-purpose AI models with a systemic risk should be made public and kept up to date,

²⁰⁷ GSTREIN/HALEEM/ZWITTER, «General-purpose AI regulation and the European Union AI Act», cit., p. 5.

²⁰⁸ Under Article 51(3) of the AI act the European Commission is delegated the power to rectify those thresholds according to the evolving technological developments, and must specify the technical elements of general-purpose AI models with a systemic risk while keeping the benchmarks up to date through market and technological development. It is, therefore, an ongoing valuation that buys intrinsic uncertainty: what may be systemic risk today may not be so tomorrow, and vice versa.

²⁰⁹ Article 3(67) of the AI act states that floating points mean «any mathematical operation or assignment involving floating-point numbers, which are a subset of the real numbers typically represented on computers by an integer of fixed precision scaled by an integer exponent of a fixed base».

²¹⁰ The calculation is straightforward for general-purpose AI systems provided through an Application Programming Interface (API). For general-purpose AI systems provided through a library, a methodology needs to be developed. Notably, the agreed threshold is higher than what the European Parliament wanted to achieve, but lower than the EU Council's mandate- 10^{26} according to the EU Council, document 5662/24, Brussels, 26 January 2024, p. 6.

²¹¹ Recital (98) of the AI act.

²¹² NOVELLI/CASOLARI/HACKER, «Generative AI in EU Law: Liability, Privacy, Intellectual Property, and Cybersecurity», *Working Paper*, n. 55, 2024.

²¹³ See our analysis in section 4.2.a.

²¹⁴ Article 52 of the AI act.

«without prejudice to the need to observe and protect intellectual property rights and confidential business information or trade secrets in accordance with Union and national law»²¹⁵. It is important to note that, unlike the high-risk AI systems regulation we are dealing with *infra*, there are no transparency exceptions for the AFSJ; the confidentiality obligation set down in Article 78 of the AI act applies instead²¹⁶. In addition, the provider should accomplish a set of new obligations, namely: performing model evaluation by means of standardised protocols and tools reflecting the state-of-the-art, including conducting and documenting adversarial testing of the model to identify and mitigate the risks; assessing and mitigating possible systemic risks at Union level, including their sources, that may stem from the development, market placement or use of general-purpose AI models with a systemic risk; keeping track of, documenting, and reporting, without undue delay, to the AI Office and, as appropriate, to the competent national authorities relevant information about serious incidents and possible corrective measures in order to address them; and ensuring an adequate level of cybersecurity protection for the general-purpose AI model posing a systemic risk and the physical infrastructure of the model²¹⁷. Also in this case, the provider may rely on codes of practice with the meaning given in Article 56 of the AI act to demonstrate compliance until harmonised standards are published.

4.3. What risk does the MID pose?

The AI act sets forth that when a provider of a general-purpose AI model integrates that model into an AI system, that is placed on the market or put into service, then, that general-purpose AI model should be considered placed on the market or put into service as well²¹⁸. In other words, any operator specifying an “intended purpose” of a general-purpose AI model, and placing it on the market or putting it into service for such a purpose, should be considered a provider²¹⁹ according to the AI act; or if a person integrates the general-purpose AI system on the market into another AI system subject to the AI act²²⁰, then, that person would be considered a provider of both. Providers who exclude the use of a general-purpose AI model for high-risk purposes should introduce measures to detect and prevent such use; providers who allow it should make sure that the general-purpose AI system complies with the requirements applicable to high-risk AI systems for each allowed high-risk use²²¹.

In the following section, we propose inspecting two situations: either eu-LISA is the provider of the general-purpose AI model(s) whose integration results into an AI system (the MID), or eu-LISA integrates the general-purpose AI model previously designed, trained, and tested by another party into an AI system (the MID). In both cases, the MID may be found to be a high-risk

²¹⁵ Article 52 of the AI act.

²¹⁶ Article 55(3) of the AI act. Article 78(1)(c) of the AI act imposes the European Commission, the market surveillance authority, the notified bodies, and any other natural or legal person involved to respect the confidentiality of information and data obtained in carrying out their tasks and activities to safeguard public and national security interests.

²¹⁷ Article 55 of the AI act.

²¹⁸ Article 25(1)(c) of the AI act.

²¹⁹ Article 3(3) of the AI act.

²²⁰ Article 3(13) of the AI act.

²²¹ Article 16 of the AI act and our analysis *infra*.

AI system, or a component of another high-risk AI system²²², causing adverse impacts on the individuals concerned²²³.

a. The MID as a high-risk AI system

The first hypothesis (MID = high-risk AI system) calls for an assessment of the MID under Article 6(2) of the AI act. Unlike Article 6(1) of the AI act, which refers to AI systems used as safety components of specific products as per its Annex I, Article 6(2) of the AI act gives a list of domains detailed under Annex III. Annex III—whose list is subject to a yearly review by the European Commission²²⁴, that may also add or modify it via a delegated act²²⁵—details high-risk AI systems used for specific policy purposes, like law enforcement, migration, asylum, border control management, and administration of justice where the MID clearly fits in²²⁶. Such high-risk is presumed²²⁷ and calculated «[...] taking into account both the severity of the possible harm and its probability of occurrence»²²⁸.

Chapter III of the AI act includes one important derogation to the general regime: Article 6(3) of the AI excludes any high-risk hazard if the AI system «[...] does not pose a significant risk of harm to the health, safety or fundamental rights of natural persons, including by not materially influencing the outcome of decision making»²²⁹. The derogation applies when²³⁰: the AI system is intended to perform a narrow procedural task; the AI system is intended to improve the result of a previously completed human activity; the AI system is intended to detect decision-making patterns or deviations from prior decision-making patterns and is not meant to replace or influence the previously-completed human assessment, without proper human review; or the AI system is intended to perform a preparatory task to an assessment relevant for the use cases listed in Annex III. A narrow procedural task is, for example, an AI system that transforms unstructured data into structured data, or classifies incoming documents. Instead, an improvement of human activity occurs when the AI system is used to improve the language used in a previously drafted document, or to align it to the messaging of a certain brand. Decision-making patterns or deviations from prior decision-making patterns are estimated to be low-risk as long as the AI system is used to check *ex post* a previously completed human assessment. Last

²²² Recital (85) and Article 25(1)(c) of the AI act.

²²³ Recital (48) of the AI act. Subsidiarily, Chapter IV of the AI act would apply if the MID was a limited-risk AI system.

²²⁴ Article 112(1) of the AI act.

²²⁵ Article 7 of the AI act.

²²⁶ Article 113 of the AI act sets forth that these high-risk AI systems must align to the AI act as of 2 August 2027. The MID does not fit under point 1 of Annex III, regulating remote biometric identification systems, biometric categorisation systems, and AI systems intended to be used for emotion recognition as we have already analysed *supra*.

²²⁷ Article 6(4) of the AI act, resulting in a reversal of the burden of proof on the provider of the AI system according to COTINO HUESO, «Los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo: delimitación y análisis de algunos ámbitos», in COTINO HUESO/SIMÓN CASTELLANO (eds), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, 2024, pp., 231-252, pp. 248 ff.

²²⁸ Recital (52) of the AI act.

²²⁹ Article 6(3) of the AI act.

²³⁰ These criteria are useful in case the assessment is conducted by the providers of high-risk AI systems, but also for the European Commission to modify these requirements with a delegated act «[...] where there is concrete and reliable evidence of the existence of AI systems that fall under the scope of Annex III, but do not pose a significant risk of harm to the health, safety or fundamental rights of natural persons», as per Article 6(6) of the AI act.

but not least, an AI preparatory task consists of indexing, searching, text and speech processing or linking data to other data sources, or translations²³¹.

In our view, arguing that the MID meets any of these conditions would require a controversial interpretation of the abovementioned clauses, against the AI act safeguards. The MID link searching functionality, for example, is not limited to interconnecting the Common Identity Repository-individual files, but also to generating a result based on the probabilities of coincidence (i.e., colour-coded links). This reasoning is self-evident for the automated white links generated by the MID for the reasons that have been explained in detail above²³². Besides, Article 6(3) *in fine* of the AI act adds that the high-risk AI systems referred to in Annex III «shall always be considered to be high-risk where the AI system performs profiling of natural persons»²³³. Back in 2023, we advanced the idea that the generation or establishment of links «could help to evaluate certain aspects relating to natural persons»²³⁴, with interoperability being the implementation of case management and not only an identity management system. Returning to our example of the Turkish citizen seeking a long-stay visa for studying in Spain, we have explained how the generation of a white link in an automated manner against the Schengen Information System from the Visa Information System allows the competent authority to access these two systems and acknowledge that said foreign citizen has infringed the Schengen Borders Code's²³⁵ rules for entry and/or stay in the Schengen area, and subsequently those of the Visa Code; in addition, the consular authority would know that the third country national has committed one or more crimes, e.g. by forging an official document. Classifying the MID as an AI profiling system would definitively remove any doubt as to its high-risk nature. However, this study warns that profiling is not an explicit objective of the MID, but the result of a broad interpretation of its functioning given the lack of an express prohibition.

b. The MID as a component of a high-risk AI system

The second hypothesis (MID = component of another high-risk AI system) requires assessing whether the six underlying large-scale information technology systems and the other three interoperability components (namely the European Search Portal, shared Biometric Matching Service, and Common Identity Repository) can be systematised as AI systems and, after that, if they are high-risk.

This assumption is not disproportionate if we consider that the concept of “component”—which is common to both the AI act and interoperability regulations—is not clarified legally²³⁶. If by “component” we are referring to an essential part of an AI system, then, the MID will not turn out to be a component of the six large-scale information technology systems. Indeed, even

²³¹ *ibidem*.

²³² Recital (53) of the AI act.

²³³ Article 4(4) of the AI act states that profiling means «any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements».

²³⁴ TASSINARI, «ADM in the European Union: An Interoperable Solution», *cit.*, p. 10.

²³⁵ Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) (codification), *OJ L 77*, 23.3.2016, pp. 1-52.

²³⁶ See the definition of interoperability in the International Organisation for Standardisation (ISO) 25964-2:2013(en) Information and documentation — Thesauri and interoperability with other vocabularies — Part 2: Interoperability with other vocabularies.

though the MID adds value to the new information technology infrastructure, it is not mandatory for the (technical) functioning of the Schengen Information System, Visa Information System, European Dactyloscopy Database, Entry/Exit System, European Travel Information and Authorisation System, and European Criminal Records Information System for Third-Country Nationals. If, on the other hand, we use “component” to refer to an ancillary or separable tool, then, the MID should be considered as a “component” when complementing the functions pursued by the underlying large-scale information technology systems.

Contextualising the MID functioning in light of its interaction with the other large-scale information technology systems of high-risk envisages the following picture: the MID, despite having been designed as “neutral” by the provider, is conferred an “intended purpose” in its implementation stage. If so, the MID-provider should estimate and evaluate that this component might be used for one or more purposes of Annex III, «[...] under conditions of reasonably foreseeable misuse»²³⁷. Moreover, if the distributor, importer, or deployer of the MID brings substantial changes²³⁸ to it, they are considered as the (new) providers²³⁹. Nevertheless, and pending further elaboration on the meaning of the “component” concept under the AI act, in the previous section we concluded that the MID is a standalone high-risk AI system in light of Article 6(2) of the AI act. This assumption reassures us to proceed with our analysis henceforth without delving into the study of the whole interoperability architecture.

c. Temptingly governing the MID-risks

Classifying the MID as a high-risk AI system means complying with most of the rules provided for by the AI act, namely its Chapter III, Section II²⁴⁰. Thus, the MID must be supervised throughout its lifecycle based on a risk management system²⁴¹; trained, validated, and tested with quality data sets²⁴²; technically documented²⁴³; traceable via log registers²⁴⁴; sufficiently transparent²⁴⁵; designed and developed so as to be overseen by a natural person (human-in-command)²⁴⁶; and safe in terms of accuracy, robustness, and cybersecurity²⁴⁷. Compliance with these requirements should be proved by the providers and deployers²⁴⁸ of the MID: the former being in charge of ensuring that the system is compliant with the requirements imposed by the

²³⁷ Article 9(2)(b) of the AI act and COTINO HUESO, «Los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo: delimitación y análisis de algunos ámbitos», cit., p. 249.

²³⁸ Article 3(23) of the AI act.

²³⁹ Article 25(1)(c) of the AI act. Also, the responsibility would shift to the distributor, importer, or deployer making substantial modifications to the MID, in case the latter is considered as a high-risk AI system by virtue of Article 25(1)(b) of the AI act.

²⁴⁰ If no high-risk is detected, the provider must document this assessment and register it according to Article 49(2) of the AI act [cfr. Article 6(4) of the AI act].

²⁴¹ Article 9 of the AI act.

²⁴² Article 10 of the AI act.

²⁴³ Article 11 of the AI act.

²⁴⁴ Article 12 of the AI act, and specifically for the Annex III domains, paragraph (3) thereof.

²⁴⁵ Article 13 of the AI act.

²⁴⁶ Article 14 of the AI act.

²⁴⁷ Article 15 of the AI act.

²⁴⁸ Article 3(4) of the AI act states that a deployer is «a natural or legal person, public authority, agency or other body using an AI system under its authority except where the AI system is used in the course of a personal non-professional activity». There is a need to understand who is deploying the MID as this is “used” by many authorities, albeit by a sometimes fully automated process.

AI act, Chapter III, Section II, via the so-called conformity assessment²⁴⁹, and must demonstrate such conformity at the request of the competent authority, or take corrective actions²⁵⁰; the latter should verify that the system is used in accordance with the instructions given by the provider (human-on-the-loop), assign human oversight to natural persons who have the necessary competence, keep the logs automatically generated, and carry out an assessment on the impact on individuals' fundamental rights, including their protection in case of personal data processing²⁵¹. We limit our analysis below to a few salient points of this set of norms, which we estimate relevant in the MID context.

First of all, the conformity assessment of high-risk AI systems listed under Annex III, points 2 to 8²⁵², is not delegated to a notified body²⁵³ but is self-made, based on internal controls in accordance with Annex VI of the AI act²⁵⁴. In other words, the *ex ante* conformity assessment, which is deemed to ensure a high level of trustworthiness in high-risk AI systems²⁵⁵, is not conducted by a third, independent body^{256, 257}, as the EDPS wished²⁵⁸, but is self-regulated by the provider. As a result, the conformity assessment, which should be ready before the MID is placed on the market or put into service, could be criticised for considerably reducing the guarantees ensured by the engagement of a notified body, while burdening the provider of liability entirely. This derogation distinguishes the majority of Annex III-AI systems from Annex I-AI systems²⁵⁹, e.g. as per Regulation (EU) 2017/745²⁶⁰ where the self-assessment is reserved to medical devices of low-risk (i.e., class I) while the ones of higher risk (classes IIa, IIb, and III) are always certified by a third-party body²⁶¹. Specifically, Annex VI of the AI act imposes the provider to verify compliance with: Article 17 (quality management system); Chapter III, Section 2 (essential requirements); and Article 72 (post-market monitoring). Though not specified, the provider might rely on the presumption of conformity based on the harmonised standards or common specifications that the European standardisation organisations or the European Commission

²⁴⁹ Article 43 of the AI act.

²⁵⁰ Article 16 of the AI act.

²⁵¹ Articles 26 and 27 of the AI act.

²⁵² Point 1 refers to biometrics and Article 43(1) of the AI act imposes the provider to opt for a notified-body conformity assessment when: harmonised standards referred do not exist, and common specifications are not available; the provider has not applied, or has applied only part of, the harmonised standard; the common specifications exist, but the provider has not applied them; and one or more of the harmonised standards has been published with a restriction, and only on the part of the standard that was restricted.

²⁵³ Article 3(22) of the AI act.

²⁵⁴ Annex VI delegates to the AI system provider the tasks of verifying the quality management system, examining the information contained in the technical documentation, and verifying the design and development process of the AI system, and its post-market monitoring.

²⁵⁵ Recital (123) of the AI act.

²⁵⁶ Which is the general rule under Article 31(4) of the AI act.

²⁵⁷ Articles 28-49 of the AI act. The standardisation procedures are also used for general-purpose AI models.

²⁵⁸ EDPB-EDPS, *Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)* (18 June 2021), p. 13.

²⁵⁹ Article 6(1) of the AI act.

²⁶⁰ Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC, *OJ L 117*, 5.5.2017, p. 1.

²⁶¹ LAZCOZ MORATINOS/DE MIGUEL BERIAIN, «Is more data always better? On alternative policies to mitigate bias in Artificial Intelligence health systems», *Bioethics* (forthcoming).

would elaborate on, respectively²⁶². Otherwise, the provider must justify complying with the AI act regulation on high-risk AI systems by implementing appropriate technical solutions²⁶³. Only one conformity assessment procedure is needed, even when the high-risk AI system has a self-learned capacity as it happens with the MID, unless changes and performances are not pre-determined²⁶⁴. Hence, the assessment is to be repeated if even one of these occurs. Actually, the European Commission may also decide to subject the MID to the conformity assessment procedure of Annex VII by making use of delegated powers for «[...] preventing or minimising the risks to health and safety and protection of fundamental rights posed by such systems, as well as the availability of adequate capacities and resources among notified bodies»²⁶⁵. A hetero-evaluation would be more transparent and reassuring than a self-made one, but external supervision might not be welcome in the (old) justice and home affairs area.

Moving on Chapter III, Section II, of the AI act we note that Article 49 imposes the providers of high-risk AI systems listed in Annex III to register them in a specific EU database²⁶⁶ before their placing on the market or putting into service (except for critical infrastructures)²⁶⁷. Such EU database stores valuable information on the provider and deployer²⁶⁸ of a high-risk AI system, together with the circumstances surrounding the conformity assessment carried out. The EU database must remain accessible and publicly available in a user-friendly manner²⁶⁹. Nevertheless, for high-risk AI systems in the areas of law enforcement, migration, asylum, and border control management²⁷⁰ the registration is performed in a secure non-public section of the EU database mentioned²⁷¹. Access to this secret section is not granted to the market surveillance authorities²⁷², but to the European Commission, national data protection supervisory authority, or any other designated authority pursuant to Articles 41 to 44 of the LED that act on their behalf²⁷³. Despite the unfortunate drafting of Article 74(8) and (9) of the AI act, we believe that the EDPS would be granted access to that section as far as large-scale information technology systems and interoperability components are concerned²⁷⁴. However, we cannot forget that the

²⁶² Articles 40(1) and 41(3) of the AI act.

²⁶³ Article 41(5) of the AI act.

²⁶⁴ Article 43(4) of the AI act.

²⁶⁵ Article 43(6) of the AI act: «[...] taking into account the effectiveness of the conformity assessment procedure based on internal control referred to in Annex VI in preventing or minimising the risks to health and safety and protection of fundamental rights posed by such systems, as well as the availability of adequate capacities and resources among notified bodies».

²⁶⁶ Article 71 of the AI act. The information to be included in the database is set out in Annex VIII.

²⁶⁷ SEGURA SERRANO, «Cybersecurity: Towards a Global Standard in the Protection of Critical Information Infrastructures», *European Journal of Law and Technology*, n. 3, 2015.

²⁶⁸ Articles 26(8) and 49(3) of the AI act states that deployers that are public authorities, Union institutions, bodies, offices or agencies shall register themselves in the EU database as well.

²⁶⁹ Article 71 of the AI act.

²⁷⁰ Article 49(4) of the AI act does not mention justice administration and democracy which would cover the European Criminal Records Information System for Third-Country Nationals.

²⁷¹ For a critic see EDPB-EDPS, *Joint Opinion 5/2021*, cit., p. 20.

²⁷² Article 74(9) of the AI act.

²⁷³ EDPB, EDPB adopts statement on DPAs role in AI Act framework, EU-U.S. Data Privacy Framework FAQ and new European Data Protection Seal (17 July 2024) https://www.edpb.europa.eu/news/news/2024/edpb-adopts-statement-dpas-role-ai-act-framework-eu-us-data-privacy-framework-faq_en (access 5.02.2025).

²⁷⁴ Article 74(8) of the AI act, namely, the *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD) and the *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ) in Spain.

EDPS' powers have been limited to the data protection field originally²⁷⁵. Thus, its competence is quite limited compared to the huge control required under the AI act. If so, the EDPS may request and access any document created or maintained under the AI act—e.g., the technical documentation of Annex IV of the AI act that remains on the premises of law enforcement, immigration, and asylum authorities²⁷⁶—for auditing purposes²⁷⁷ within the limits of its jurisdiction²⁷⁸. Overall, the information to be included in the EU database secret section is fragmented and it does not contemplate, for example, a description of the information used by the system (input data) and its operating logic, a summary of the findings of the fundamental rights impact assessment, or a summary of the main characteristics of the plan for testing in real world conditions²⁷⁹.

Testing of high-risk AI systems in the areas of law enforcement, migration, asylum, and border control management in real-world conditions, and outside the AI regulatory sandbox²⁸⁰, is, therefore, not registered for accountability purposes²⁸¹. We should recall that the training, validation, and testing of high-risk AI systems (like the MID) is an indispensable step for detecting the most appropriate and targeted risk management measures²⁸², for example, to protect children and vulnerable groups of people²⁸³. If performed in real-world conditions, freely-given informed consent shall be obtained from the subjects affected²⁸⁴ since testing may require using sets of personal data, which ensures that the AI system performances are of quality once placed on the market or put into service. Thus, Article 10(5) of the AI act, on the governance and management of the information used for training purposes, legitimises the secondary use of special categories of personal data (like biometric data) for bias detection and correction, «[...] subject to appropriate safeguards for the fundamental rights and freedoms of natural persons»²⁸⁵,²⁸⁶. In short, migrants' data hitherto stored in the six underlying large-scale information technology systems could be lawfully reused (without their consent) to train the MID unless

²⁷⁵ Article 57 of the EUDPR. It is therefore not clear to date whether this body is sufficiently competent to supervise AI on a broad scale.

²⁷⁶ Article 78(3), paragraph 2, of the AI act.

²⁷⁷ Article 16(k) of the AI act. Article 80 of the AI act empowers the market surveillance authority to examine an AI system in case it suspects that it poses a high-risk despite the provider's initial assessment.

²⁷⁸ Article 77(1) of the AI act. For Spain, cfr. the list of authorities published by the *Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública*, <https://digital.gob.es/dam/es/portalmtdfp/DigitalizacionIA/AuthoritiesFundamentalRights-Spain.pdf> (access 10.12.2024).

²⁷⁹ Article 49(4) of the AI act and the selected information of Annexes VIII and XIX.

²⁸⁰ For an overview, cfr. RANCHORDÁS, «Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes: Law without Order?», *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, n. 10, 2021, <https://ssrn.com/abstract=3934075>; specific in the border controls sector, instead, MOLNAR, «Technological Testing Grounds and Surveillance Sandboxes: Migration and Border Technology at the Frontiers», *Fletcher F. World Aff.*, n. 2, 2021.

²⁸¹ Article 60(4)(c) of the AI act.

²⁸² Article 9(6) of the AI act.

²⁸³ Article 9(9) of the AI act.

²⁸⁴ Article 61 of the AI act.

²⁸⁵ E.g., for public interest, scientific or historical research purposes as per RECUERO LINARES, «La investigación científica con datos personales genéticos y datos relativos a la salud: perspectiva europea ante el desafío globalizado», *AEDPS*, 2019, pp. 26 ff. In case of using the research and innovation legal basis, the AI act might not apply until the model is being placed on the market or put into service as per Article 2(8) of the AI act.

²⁸⁶ Article 10(5) of the AI act.

synthetic or anonymised data are usable²⁸⁷, and without encroaching upon Articles 22 of the GDPR and 11 of the LED. However, training the MID on real, historical personal data (e.g., fingerprints) could be risky in view of the poor quality of old data²⁸⁸. Personal data must be complete, exempted from errors, and «reflecting the specific geographical, behavioural, contextual or functional setting within which they are intended to be used» in order to benefit from the AI act presumption of conformity²⁸⁹. The recent opinion of the EDPB deserves special attention in this regard²⁹⁰: by describing the whole algorithm life-cycle, the EDPB opts for a case-by-case evaluation of the interests and rights of the data subjects at stake—e.g., their legitimate expectation to retain control over the processing of personal data—on the one hand, and the need to train and validate algorithm technology on high-quality data sets, on the other. Accordingly, testing plans are extremely important to build a trustworthy high-risk AI system, and limiting the EDPS' access to them may be detrimental to guaranteeing migrants' rights.

Obligations incumbent on the providers of high-risk AI systems in the design stage—i.e., before they are placed on the market or put into service—, aim to ensure transparency through the AI value chain and, specifically, they converge into a series of instructions favoring deployers and the AI system human oversight²⁹¹. Deployers occupy a privileged position for watching over the real functioning of high-risk AI systems and, consequently, must ensure compliance with the instructions received by the provider. Specifically, the deployer of a high-risk AI system must elaborate a fundamental rights impact assessment²⁹², contemplating how the AI system is used in line with the intended purposes, with which frequency, which impact it would have on specific persons or groups, as well as the mitigation measures employed to combat the risks detected. Because of their proximity to the end-user, deployers are expected to watch over both AI and data protection rules. Hence, the fundamental rights impact assessment is deemed to complement the data protection one²⁹³ and, as a last resource, supports the deployer's obligation of informing the individual about the risks they are subjected to²⁹⁴. Specifically, deployers must give «[...] clear and meaningful explanations of the role of the AI system in the decision-making procedure and the main elements of the decision taken» if they consider that the automated decision-making has an adverse impact on their health, safety, or fundamental rights²⁹⁵. The explainability requirement—whose link with the EU's automated decision-making regulation is clear²⁹⁶—aims to reduce the black box dilemma and implies the possibility of interpreting the

²⁸⁷ Article 54(3), last paragraph, of regulation (EU) 2019/817 confers such competence to eu-LISA. On this subject, cfr. EU-LISA, «Artificial Intelligence in the Operational Management of Large-scale IT Systems», *Research and Technology Monitoring Report*, 2020, p. 12.

²⁸⁸ EUROPEAN COURT OF AUDITORS, *Artificial Intelligence initial strategy and deployment roadmap*, 2024, https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/ECA-AI-Strategy-2024-2025/ECA-AI-Strategy-2024-2025_EN.pdf (access 5.02.2025), pp. 14 ff.

²⁸⁹ Article 42(1) of the AI act ensures a presumption of compliance with Article 10(4) of the AI act if this requisite is met.

²⁹⁰ EDPB, *Opinion 28/2024 on certain data protection aspects related to the processing of personal data in the context of AI models* (17 December 2024), p. 16

²⁹¹ Articles 3(15) and 16 of the AI act.

²⁹² Article 27 of the AI act.

²⁹³ Article 27(4) of the AI act.

²⁹⁴ Article 26(11) of the AI act.

²⁹⁵ Article 86(1) of the AI act.

²⁹⁶ Again, the link with the EU's automated decision-making regulation is clear since Article 86(3) of the AI act limits its application to the extent that such a right is not already guaranteed under Union law, clearly hinting at existing automated decision-making regulation.

machine's output²⁹⁷ and the provision of instruction on its functioning²⁹⁸. Brought to our field of analysis means understanding why the MID generates a link of a specific colour, including when this follows the machine's self-learning capability. In the same vein, MID-deployers²⁹⁹ should acknowledge how this component performs with specific persons or groups of persons affected so as to prevent racial bias³⁰⁰ while reducing false and error rates. Back in 2018, the EU Agency for Fundamental Rights (FRA) advanced some of these concerns, pointing out that: «The risk of discrimination is highest with the Multiple Identity Detector, which needs to be carefully assessed from different perspectives. The first one relates to sex. Women more frequently change their last name than men [...] Also other groups of individuals – for example people from societies where certain names are very frequent (e.g. Mr/Ms Lee; Mohammed; etc.) – are likely to face more problems than others when their identities are verified»³⁰¹. Although welcoming Article 5 of the interoperability regulations, the FRA noted that this specific provision recalls the imperative prohibition of discrimination³⁰² without mentioning colour as discrimination grounds in case of false biometric matches. Exempting the interoperability framework from the AI act means circumventing these safeguards as the preparatory stage of the MID would end before 2 August 2027.

5. Final remarks and steps forward

From the very beginning, the use of new advanced technologies in the AFSJ has been questioning the compatibility of the interoperability framework with the EU's rules affording protection to the individual. The focus of attention is now channeled onto the recently adopted AI act, and the underlying safeguards agreed upon to counteract the interferences caused by smart computer tools. According to Article 111(1) of the AI act, the EU's freedom, security, and justice systems and components are not exempt from the prohibition of Article 5, while their submission to the other rules of the AI act is exempted until 31 December 2030 if they are placed on the market or put into service before 2 August 2027. Our study attempted to conduct a pre-evaluation framing the MID within the AI act dispositions. In concrete terms, we questioned the intelligent nature of interoperability in the AFSJ by taking into consideration the MID, and its correlated procedure, in light of the rules concerning general-purpose and high-risk AI systems.

Our study elucidated that the MID can be considered an AI system according to the (albeit criticised) definition foreseen in Article 3(1) of the AI act. The AI act considers that any AI system

²⁹⁷ Article 13(1) of the AI act.

²⁹⁸ Article 13(2) and (3) of the AI act.

²⁹⁹ According to the definition in the AI act, Article 3(4), deployers means «a natural or legal person, public authority, agency or other body using an AI system under its authority except where the AI system is used in the course of a personal non-professional activity». Strictly speaking, all those authorities entering or rectifying personal data in the underlying large-scale information technology systems and the Common Identity Repository (on which the MID feeds) should be considered deployers in the AI act jargon. Human oversight over the MID, instead, might be delegated to a competent authority to monitor it and interpret given outputs.

³⁰⁰ DELOITTE, «Opportunities and Challenges for the Use of Artificial Intelligence in Border Control, Migration and Security. Volume 2: Addendum», *Study for the European Commission*, 2020, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c8823cd1-a152-11ea-9d2d-01aa75ed71a1/language-en> (access 4.02.2025), p. 26.

³⁰¹ FRA, «Interoperability and fundamental rights Implications», *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, 2018, <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/interoperability-and-fundamental-rights-implications> (access 4.02.2025), p. 13.

³⁰² Article 21 of the CFREU.

shall be made up of three main elements (machine-based, certain autonomy, and inferring capacity) that the MID meets, with it being a machine learning system with a supervised learning model. Afterwards, we analysed whether the MID is configured to pursue generality and different purposes, since general-purpose AI systems must fulfil *ad hoc* transparency rules under the AI act, which tries to mitigate their inherent opacity. We ruled out the possibility of the MID being a generative AI system (such as ChatGPT) because the link-colours generated are associated with pre-tuned probabilistic thresholds, despite its large-scale rank and high capabilities. Yet, an examination of the MID link searching and error detection functions prompted us to disclose its general-purpose AI nature and, consequently, its regulation under Chapter V of the AI act.

In concrete terms, the MID may be considered a general-purpose AI system with systemic risks under Article 51(1) of the AI act, considering the input and output modalities of its model; its adaptability to learn new, distinct tasks, as well as its autonomy and scalability; and, finally, the huge number of registered end-users. In addition, the MID is estimated to be a general-purpose AI system when the cumulative amount of computation used for its training, measured in floating point operations, is greater than 10^{25} . If so, eu-LISA (that plays the MID provider role) must respect the transparency obligations set down in Article 53 of the AI act, notify the European Commission about its systemic risk general-purpose AI nature, and comply with the enhanced safeguards set down in Article 52 of the AI act. These rules do not provide for exemptions for the AFSJ, which means that eu-LISA should engage with the AI Office at an early stage to anticipate the adversarial effects of the MID and, also, that the agency would be in charge of assessing and mitigating the MID-risk continuously following its release on the market. Moreover, the MID would be included in the European Commission's public list of general-purpose AI systems with systemic risk, without restrictions other than confidentiality.

Our final thoughts focused on the possibility that the MID is classified as a high-risk AI system by virtue of Article 6 of the AI act. Indeed, as soon as general-purpose AI systems are attributed a specific purpose—even through their integration with other AI systems—these must be considered as having been placed on the market or put into service according to the AI act risk-based pyramid. Considering that interoperability is a freedom, security, and justice cross-cutting reform, we have considered that the MID is a high-risk AI system due to falling under the scope of Annex III of the AI act, points (6) to (8). This classification is straightforward if we consider that the MID assists in evaluating certain aspects related to natural persons, that is, it profiles individuals, as per Article 6(3) of the AI act. Consequently, the MID providers and deployers must comply with Chapter III, Section II, of the AI act which requires, for example, training, testing, and validating the high-risk AI models with updated, corrected, and sufficiently representative sets of personal data. Given that this “pre-operational” phase contemplates the processing of migrants’ data already centrally stored, we concluded that the MID provokes significant interferences in their privacy and data protection rights, with fallouts on the whole algorithm value chain. Overall, our study found that ignoring the AI act from the outset as per the Article 111(1) exemption means disregarding the real impact the MID will have on third-country nationals, provided that the whole upstream preparation phase falls out of its scope.

6. Bibliography

ALPAYDIN, Ethem, *Machine Learning*, revised and updated ed., The MIT Press, Cambridge/Massachusetts, 2021.

BELLANOVA, Rocco/GLOUFTSIOS, Georgios, «Formatting European security integration through database interoperability», *European Security*, n. 3, 2022, pp. 454-474.

BIGO, Didier/CARRERA, Sergio/HAYES, Ben et al., «Justice and Home Affairs Databases and a Smart Borders System at EU External Borders: An Evaluation of Current and Forthcoming Proposals (December 18, 2012)», *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, 2012, pp. 1-90.

BOEHM, Franziska, «Information Sharing in the Area of Freedom, Security and Justice—Towards a Common Standard for Data Exchange Between Agencies and EU Information Systems», in GUTWIRTH, Serge/LEENES, Ronald/DE HERT, Paul et al. (eds) *European Data Protection: In Good Health?*, Springer, Berlin, 2012, pp. 143-183.

BOMMASANI, Rishi/HUDSON, Drew A./ADELI, Ehsan et al., «On the Opportunities and Risks of Foundation Models», *Center for Research on Foundation Models (CRFM)*, 2021, pp. 1-212.

BUTTERFIELD, Andrew/EKEMBE NGONDI, Gerard/KERR, Anne, *A Dictionary of Computer Science*, ed. 7th, OUP Oxford, Oxford, 2016.

CAGGIANO, Giandonato, «L'interoperabilità fra banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi», *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2020, pp. 170-184.

CASTILLO PARRILLA, José Antonio, «Inteligencia artificial de uso general, modelos fundacionales (y “Chat GPT”) en el Reglamento de inteligencia artificial», in SIMÓN CASTELLANO, Pere/COTINO HUESO, Lorenzo (eds), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia. Artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, pp. 757-777.

CATANZARITI, Mariavittoria/CURTIN, Deirdre «Beyond Originator Control of Personal Data in EU Interoperable Information Systems: Towards Data Originalism», in CURTIN, Deirdre/CATANZARITI, Mariavittoria (eds), *Data at the boundaries of European law*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 133-174.

COBBE, Jennifer, «Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making», *Legal Studies*, n. 4, 2019, pp. 636-655.

DE HERT, Paul, «What are the Risks and What Guarantees Need to be Put in Place in View of Interoperability of Police Databases?», *Area of Justice, Freedom & Security, Collection of Standard Bri*, 2006, pp. 169-183.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, «¿Explicar o predecir?», *Investigación y ciencia*, n. 538, 2021, pp. 52-53.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, «La utilización de datos con fines de investigación científica (XXI)», in COTINO HUESO, Lorenzo (ed), *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 299-326.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo/LAZCOZ MORATINOS, Guillermo/SANZ ECHEVARRÍA, María Begoña, «Machine learning in the EU health care context: exploring ethical, legal and social issues», *Information Communication & Society*, n. 8, 2020, pp. 1139-1153.

DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro «La Fragilidad de los Derechos Humanos en las fronteras exteriores europeas, y la Externalización / Extraterritorialidad de los controles migratorios», in SOROETA LICERAS, Juan/ALONSO MOREDA, Nicolás (eds), *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián Vol. XVIII*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 25-49.

EBERS, Martin/R.S. HOCH, Veronica/ROSENKRANZ, Frank et al., «The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)», *Multidisciplinary Scientific Journal*, n. 4, 2021, <https://doi.org/10.3390/j4040043>, pp. 589-603.

EL NAQA, Issam/MURPHY, Martin J., *What is Machine Learning?*, Springer, Berlin, 2015.

ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, Leire, «El reconocimiento biométrico en el Reglamento de inteligencia artificial: exenciones, prohibiciones y especialidades de alto riesgo», in SIMÓN CASTELLANO, Pere/COTINO HUESO, Lorenzo (eds), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2024, pp. 183-235.

FERNÁNDEZ-LLORCA, David/GÓMEZ, Emilia/SÁNCHEZ, Ignacio et al., «An interdisciplinary account of the terminological choices used by EU policymakers ahead of the final agreement on the AI Act: AI system, general purpose AI system, foundation model, and generative AI», *Artificial Intelligence and Law*, 2024, <https://doi.org/10.1007/s10506-024-09412-y>.

FERRARIS, Valeria, «Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste», *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2017, pp. 1-15.

FINOCCHIARO, Giusella, «The regulation of artificial intelligence», *AI & Society*, n. 39, 2024, pp. 1961-1968.

FLORIDI, Luciano, «The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU», *Philosophy & Technology*, vol. XXXIII, 2020, pp. 369-378.

FORLATI, Serena, «L'ingresso dei migranti irregolari nell'Unione Europea – Fra controllo dell'immigrazione clandestina ed esigenze di protezione» in MILITIELLO, Vincenzo/SPENA, Alessandro (eds), *Il traffico di migranti – Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 37-59.

FORTI, Mirko, «Flussi migratori e protezione dei dati personali: alla ricerca di un punto di equilibrio tra sicurezza pubblica e tutela della privacy dei migranti e dei rifugiati all'interno del territorio europeo», *Rivista di Diritto dei Media*, n. 2, 2020, pp. 212-230.

GALLI, Francesca «Interoperable law enforcement: cooperation challenges in the EU area of freedom, security and justice», *Working Paper EUI RSCAS*, 2019, pp. 1-20.

GÓMEZ-CARMONA, Oihance/CASADO-MANSILLA, Diego/LÓPEZ-DE-IPÍÑA, Diego et al., «Human-in-the-loop machine learning: Reconceptualizing the role of the user in interactive approaches», *Internet of Things*, n. 25, 2024, pp. 1-17.

GONZÁLEZ FUSTER, Gloria/DE HERT, Paul/Gutwirth, Serge, «Privacy and Data Protection in the EU Security Continuum», *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, 2011 pp. 1-11.

GSTREIN, Oskar J./HALEEM, Noman/ZWITTER, Andrej, «General-purpose AI regulation and the European Union AI Act», *Internet Policy Review: Journal on internet regulation*, n. 3, 2024, <https://doi.org/10.14763/2024.3.1790>, pp. 1-26.

GUTIERREZ, Carlos I./AGUIRRE, Anthony/UUK, Risto et al., «A Proposal for a Definition of General Purpose Artificial Intelligence Systems», *Digital Society*, n. 2, 2023, <https://doi.org/10.1007/s44206-023-00068-w>, pp. 1-8.

HACKER, Philipp/ENGEL, Andreas/MAUER, Marco, «Regulating ChatGPT and other Large Generative AI Models», VVAA (eds), *Proceedings of the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, Association for Computing Machinery, New York, 2023, pp. 1112-1123.

HAMON, Ronan/JUNKLEWITZ, Hendrik/SANCHEZ, Ignacio et al., «Bridging the Gap Between AI and Explainability in the GDPR: Towards Trustworthiness-by-Design in Automated Decision-Making», *IEEE Xplore*, n. 1, 2022, pp. 72-85.

JANIESCH, Christian/ZSCHECH, Patrick/KAI, Heinrich, et al., «Machine learning and deep learning», *Electron Markets*, Springer, Berlin, 2021, pp. 685-695.

KLABBERS, Jan, *The Law of International Organizations*, Cambridge University Press, United Kingdom/United States, Cheltenham/Northampton, 2015.

KURIAN, Nomisha, «‘No, Alexa, no!’: designing child-safe AI and protecting children from the risks of the ‘empathy gap’ in large language models», *Learning, Media and Technology*, 2024, <https://doi.org/10.1080/17439884.2024.2367052>, pp. 1-14.

LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, *Gobernanza y supervisión humana de la toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles*, Universidad del País Vasco UPV/EHU, Leioa, 2022.

LAZCOZ MORATINOS, Guillermo/DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, «Is more data always better? On alternative policies to mitigate bias in Artificial Intelligence health systems», *Bioethics* (forthcoming).

LEESE, Matthias, «AI and interoperability», in PAUL, Regine/CARMEL, Emma/COBBE, Jennifer (eds), *Handbook on Public Policy and Artificial Intelligence*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Camberley, 2024, pp. 146-157.

LODGE, Juliet, *Are You Who You Say You Are? The EU and Biometric Borders*, W.L.P. (Wolf Legal Publishers), Oisterwijk, 2007.

MALGIERI, Gianclaudio, «Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other “suitable safeguards” in the national legislations», *Computer Law & Security Review*, n. 35, 2019, pp. 1-26.

MALGIERI, Gianclaudio, «Vulnerable data subjects», *Computer Law & Security Review*, vol. XXXVII, 2020, pp. 1-22.

MANGAS MARTÍN, Araceli, «Las competencias de la Unión Europea», in MANGAS MARTÍN, Araceli/LIÑÁN NOGUERAS, Diego Javier (eds), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2024, pp. 77-94.

MARTÍN JIMÉNEZ, Francisco Javier, «Inteligencia artificial y ética: hacia una aplicación de los principios éticos en el ámbito de la UE», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 68, 2023, <https://doi.org/10.18543/ced.2699>, pp. 89-115.

MOLNAR, Petra, «Technological Testing Grounds and Surveillance Sandboxes: Migration and Border Technology at the Frontiers», *Fletcher F. World Aff.*, n. 2, 2021, pp. 109-118.

NOVELLI, Claudio/CASOLARI, Federico/HACKER, Philipp et al. «Generative AI in EU Law: Liability, Privacy, Intellectual Property, and Cybersecurity», *Working Paper*, n. 55, 2024, pp. 1-16.

PALMA ORTIGOSA, Adrián, *Decisiones automatizadas y protección de datos: Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*, Dykinson, Madrid, 2022.

QUINTEL, Teresa, «Interoperable Data Exchanges within different Data Protection Regimes - The case of Europol and the European Border and Coast Guard Agency», *European Public Law*, n. 1, 2020, pp. 205-206.

RANCHORDÁS, Sofia, «Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes: Law without Order?», *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, n. 10, 2021, <https://ssrn.com/abstract=3934075>, pp. 1-39.

SAVINO, Mario, «Global administrative law meets “soft” powers: The uncomfortable case of Interpol red notices», *N.Y.U. J. Int. L. & Pol.*, n. 43, 2010, pp. 263-336.

SEGURA SERRANO, Antonio, «Cybersecurity: Towards a Global Standard in the Protection of Critical Information Infrastructures», *European Journal of Law and Technology*, n. 3, 2015, pp. 1-24.

SMUHA, Nathalie/AHMED-RENGERS, Emma/HARKENS, Adam et al., «How the EU can achieve Legally Trustworthy AI: A Response to the European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act», *LEADS Lab @University of Birmingham. For a Legal, Ethical & Accountable Digital Society*, 2021, pp. 1-59.

TASSINARI, Francesca «La institucionalización de la competencia operativa de la Unión Europea para la gestión y la interoperabilidad de los sistemas informáticos de gran magnitud del Espacio de Libertad, Seguridad, y Justicia: eu-LISA», *La Ley Unión Europea*, n. 111, 2023, pp. 1-38.

TASSINARI, Francesca, «ADM in the European Union: An Interoperable Solution», in LEGIND LARSEN, Henrik/MARTIN-BAUTISTA, María J./RUIZ, M. Dolores et al. (eds), *Flexible Query Answering Systems. FQAS 2023. Lecture Notes in Computer Science*, Springer, Cham, 2023, pp. 290-303.

TASSINARI, Francesca, *Data Protection and Interoperability in EU External Relations*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2024.

VALLS PRIETO, Javier, *Inteligencia artificial, derechos humanos y bienes jurídicos*, Aranzadi, Navarra, 2021.

VAVOULA, Niovi, *Immigration and Privacy in the Law of the European Union*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2022.

VEALE, Michael/ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik, «Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act», *Computer Law Review International*, n. 22, 2021, <https://ssrn.com/abstract=3896852>, pp. 97-112.

YANG, Luodongni, «Research on the legal regulation of Generative Artificial intelligence Take ChatGPT as an example», *SHS Web of Conferences*, n. 02017, 2023, <https://doi.org/10.1051/shsconf/202317802017>, pp. 1-10.

ZHOU, Zhi-Hua, *Machine Learning*, Springer, Berlin, 2021.

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (octubre 2024-gener 2025). *Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/3548/2024, de 2 d'octubre de 2024, JUS/790/2024, de 5 de desembre de 2024, i JUS/791/2025, de 20 de gener de 2025*

Sumari

-

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/3548/2024 (atribució de l'ús de l'habitatge familiar en sentència de divorci per raó de la guarda de fills menors: fermesa de la sentència, inscripció del divorci al Registre Civil i constància de la durada), JUS/790/2024 (revocació unilateral de pacte successori d'atribució particular, oposició i defunció del causant sense haver iniciat l'acció judicial de revocació) i JUS/791/2025 (durada d'un dret de vol o sobreedificació constituït amb anterioritat a l'entrada en vigor del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya).

Abstract

-

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation JUS/3548/2024 (divorce decree granting the use of the family home to the parent in whose care minor issue remain: final judgement, record at the Civil Registry and duration of the right to use the family home), JUS/790/2024 (unilateral revocation of an agreement as to a succession and decedent's demise prior to initiating court proceedings) and JUS/791/2025 (duration of air rights created prior to the entry into force of Book V of the Catalan Civil Code).

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation (October 2024-January 2025)*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, divorci, atribució de l'ús de l'habitatge familiar, durada, pacte successori, revocació unilateral, drets de vol.

Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Registry complaints, divorce, use of the family home, duration, agreement as to a succession, unilateral revocation, air rights.*

1. Resolució JUS/3548/2024, de 2 d'octubre de 2024 (DOGC núm. 9266, d'11.10.2024). Atribució de l'ús de l'habitatge familiar en sentència de divorci per raó de la guarda de fills menors: fermesa de la sentència, inscripció del divorci al Registre Civil i constància de la durada

1.1. Introducció

1.2. El procediment registral s'ha de basar en la documentació aportada

1.3. Sobre la necessitat d'inscriure prèviament el divorci al Registre Civil

1.4. Sobre la necessitat de fer constar la temporalitat de l'atribució del dret d'ús de l'habitatge familiar al cònjuge que té la guarda dels fills menors

2. Resolució JUS/790/2024, de 5 de desembre de 2024 (DOGC núm. 9371, de 14.3.2025). Revocació unilateral de pacte successori d'atribució particular, oposició i defunció del causant sense haver iniciat l'acció judicial de revocació

2.1. Introducció

2.2. La ineficàcia de la revocació unilateral del pacte fins que hagi transcorregut un mes des de la notificació al beneficiari de l'atribució

3. Resolució JUS/791/2025, de 20 de gener de 2025 (DOGC núm. 9371, de 14.3.2025). La durada d'un dret de vol o sobreedificació constituït amb anterioritat a l'entrada en vigor del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

3.1. Introducció

3.2. La modificació d'un dret de sobreelevació inscrit per a atribuir-li una durada indefinida

4. Bibliografia citada

1. RESOLUCIÓ JUS/3548/2024, de 2 d'octubre de 2024 (DOGC núm. 9266, d'11.10.2024). Atribució de l'ús de l'habitatge familiar en sentència de divorci per raó de la guarda de fills menors: fermesa de la sentència, inscripció del divorci al Registre Civil i constància de la durada*

1.1. Introducció

En un plet de divorci, la sentència va declarar que s'atribuïa l'ús de l'habitatge familiar a la mare i als tres fills menors del matrimoni, en «quedar en companyia de la mare, i el seu interès és el més necessitat de protecció». La sentència es va apel·lar, però per qüestions que no afectaven ni la guarda dels fills menors ni l'atribució de l'habitatge. Pendent el recurs davant l'Audiència, es va presentar al Registre de la Propietat manament dictat al marc del procediment d'execució de títols judicials perquè s'inscrivís el dret d'ús de l'habitatge familiar a favor dels fills menors i de la mare.

La registradora va qualificar negativament, en considerar que era necessària l'aportació de la sentència de divorci i que calia acreditar-ne la fermesa; que per a la inscripció al Registre de la Propietat del dret d'ús és preceptiu que prèviament s'hagi inscrit el divorci al Registre Civil i, perquè, en virtut del principi d'especialitat i d'acord amb el que estableixen els articles 96 del Codi civil espanyol i 233-20.5 del Codi civil de Catalunya (CCC), calia expressar la durada del dret d'ús de l'habitatge familiar.

En recórrer, la interessada va aportar la sentència de divorci, el recurs d'apel·lació i la sentència de l'Audiència, en què es constata que no hi havia hagut discussió en aquella alçada sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge. Es considerava que no calia la prèvia inscripció del divorci al Registre Civil i que la limitació temporal de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar només és exigible quan s'atorga a l'excònjuge, però no quan es concedeix al progenitor a qui correspon la guarda dels fills comuns, perquè en aquest supòsit s'entén que es manté mentre dura la guarda i custòdia, d'acord amb l'article 233-20.2 CCC. En sentit semblant es va pronunciar la jutgessa de primera instància en les seves al·legacions.

La registradora va mantenir, en el seu informe, la nota de qualificació. Una de les qüestions que explicitava allà, i que és la primera que analitza la resolució, és que no discutia la fermesa del pronunciament sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge, sinó que no se li havia aportat cap evidència en aquest sentit.

1.2. El procediment registral s'ha de basar en la documentació aportada

En el fonament de dret primer, la DGDEJM recorda que tant la qualificació com el posterior recurs estan determinats per l'abast de la qualificació i que aquesta només pot recaure sobre la documentació presentada (a més de tenir en compte els obstacles que puguin sorgir del propi registre). En aquest sentit, doncs, el fet que no s'esmenés el defecte (no explicitat com a tal, però sí mencionat a la nota) consistent en la manca d'aportació de la sentència de divorci en el seu moment i que el recurs d'apel·lació i la sentència de segona instància s'aportessin únicament en

* Email: miriam.anderson@ub.edu Aquests comentaris formen part de les activitats del «Grup de Dret civil català UB», 2021 SGR 00347.

recórrer, impedeix que es tinguin en compte de cara a determinar si el manament efectivament presentat era o no inscriptible.

El mateix succeeix pel que fa a l'acreditació de la fermesa del pronunciament sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge, que no es despenia del manament presentat (FD 2).

1.3. Sobre la necessitat d'inscriure prèviament el divorci al Registre Civil

La registradora havia assenyalat com a defecte la manca d'inscripció o anotació de la sentència ferma de divorci al Registre Civil com a passa prèvia per a la inscripció al Registre de la Propietat, citant normes diferents a la nota i a l'informe, però sense que això darrer generi indefensió, atès que no es van introduir nous arguments després de la presentació del recurs (FD 3.4). Sembla deduir-se que el precepte que considera vulnerat és l'article 266, paràgraf sisè, del Reglament del Registre Civil, segons el qual:

«En las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el Libro de Familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.»

La jutgessa, per la seva banda, va al·legar que el precepte fa referència a sentències que afecten el règim econòmic matrimonial i l'estat civil de les persones, i entén que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar no afecta ni l'un ni l'altre.

En aquesta mateixa línia, la DGDEJM conclou que «la inscripció prèvia de la sentència de divorci al registre civil no és necessària per inscriure al registre de la propietat l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar establert per aquesta sentència de divorci. D'una banda, perquè un cop dissolt el matrimoni ja no hi ha règim matrimonial, sense oblidar que la regulació de l'habitatge familiar opera amb caràcter general, “amb independència del règim econòmic matrimonial aplicable” [article 231-9.1 del CCC]. D'altra banda, tampoc no afecta l'estat civil dels cònjuges o excònjuges, ja que no suposa una modificació o restricció de la seva aptitud per exercitar la capacitat jurídica i ni tan sols limita el poder de disposició del cònjuge o excònjuge titular al qual s'hagi privat de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar [article 233-25 del CCC]» (FD 3.4). En sentit contrari, entenent que el divorci afecta el règim econòmic del matrimoni i que és indispensable la seva inscripció al Registre Civil per tal de practicar la inscripció de les adjudicacions de titularitat que en resulten al Registre de la Propietat, es poden veure les Resolucions DGSJFP de 3 de desembre de 2020, en què s'aplicava aquesta doctrina a un conveni regulador de ruptura matrimonial subjecta al Codi civil de Catalunya (amb cita de reiterada doctrina registral anterior) i en què havia regit la separació de béns,¹ i de 30 de juny de 2022, pel que fa a l'aplicació del mateix criteri àdhuc a cònjuges casats a l'estranger.² La finalitat d'aquesta doctrina és evitar les contradiccions entre tots dos registres, atesos els efectes que tenen davant de tercers. El criteri de la DGDEJM s'oposa, doncs, al de la Direcció General del Ministeri de Justícia, sense que els arguments de dret civil català que s'aporten semblin suficients per a justificar aquesta disparitat. Novament, es tracta d'una qüestió que, depenent de quin sigui l'òrgan resolutori, rebrà una solució diferent.

¹ BOE núm. 329, de 18.12.2020.

² BOE núm. 178, de 26.7.2022.

1.4. Sobre la necessitat de fer constar la temporalitat de l'atribució del dret d'ús de l'habitatge familiar al cònjuge que té la guarda dels fills menors

La registradora, erròniament, havia adduït que calia la fixació del límit temporal del dret d'ús citant l'article 96.3 del Codi civil espanyol i l'apartat 5 de l'article 233-20 CCC. La recurrent fa palesa aquesta equivocació i, com també la jutgessa en les seves al·legacions, considera que quan l'atribució del dret d'ús es fa per raó de la guarda dels fills menors, finalitza quan aquesta acaba, de conformitat amb l'apartat 2 de l'article 233-20 CCC.

Tot i reconèixer l'errada, la DGDEJM confirma també en aquest punt la nota de qualificació, atès que «si s'atén el document objecte de qualificació i el que vam dir a la nostra resolució del 21 de juny de 2016, aquesta direcció general entén que no és procedent estimar les al·legacions de la recurrent i de la magistrada, perquè, efectivament, tal com argumenta la registradora de la propietat, el manament –únic document objecte de presentació i qualificació– només estableix que l'ús de l'habitatge familiar s'atorgui a V. L. L. H. i als seus tres fills menors comuns del matrimoni dissolt, sense fer referència ni tan sols a l'atribució de la guarda dels fills a la mare.» (FD 4.5).

A parer de qui subscriu, la manca de referència a què la mare tenia atribuïda la guarda dels fills menors en el manament que es va presentar per a la inscripció (sense ni tan sols acompanyar-lo de la sentència de divorci), és el veritable argument a favor de mantenir el defecte, atès que no és funció del registrador presumir que, havent-hi fills menors, l'ús de l'habitatge s'atribueix a qui en té la guarda.

La resolució, però, es refereix al criteri, molt restrictiu, que va mantenir a la Resolució JUS/1856/2016, de 21 de juny,³ que posteriorment va ser revocada per la SAP de Barcelona (secció 18a) 105/2019, de 4 de febrer,⁴ per incórrer en un formulisme excessiu. Al respecte, amb anterioritat s'ha pogut comentar el que a continuació es resumeix:

Per a la DGDEJM, tot i preveure l'article 233-20.2 CCC, per al supòsit en què l'atribució de l'ús de l'habitatge es fonamenta en la guarda dels menors, un termini legal a manca de pacte o de determinació judicial (la durada de la guarda), això no resulta suficient per a considerar adequadament determinat el dret, ni a efectes substantius, ni a efectes registrals. Quant al primer, convé recordar que la sentència no deia literalment que s'atribuïa la guarda «mentre durés la custòdia» (expressió emprada en l'article 233-20.2 CCC), sinó que incloïa a continuació del nom de la mare com a beneficiària, la proposició explicativa «bajo cuya custodia quedan» (expressió que calca la continguda a l'article 96 del Codi civil espanyol). La DGDEJM va considerar que no resultava prou clara la fixació de la durada del dret d'ús, «ni que sigui a través de la utilització de termes que permetin l'aplicació mecànica del termini legal [...] no pot ésser objecte d'una interpretació d'un redactat poc clar» (FD 1.5). Quant al segon, després de recordar la funció del principi d'especialitat, el fet que no se n'escapa el dret d'ús d'habitatge atribuït per sentència per motiu de la guarda dels fills i la impossibilitat de comparar-lo amb el dret real d'habitatge, que es presumeix vitalici, afirmava que: «en qualsevol cas, la durada dels drets inscripcionals al registre de la propietat ha de constar de forma clara, i el principi d'especialitat imposa que no puguin accedir-hi situacions jurídiques que no tinguin ben definit l'abast temporal, a fi que el tràfic jurídic dels immobles sigui segur, no hi hagi càrregues ocultes i els tercers adquirents coneguin perfectament

³ DOGC núm. 7175, de 1.8.2016. Comentada a *Indret*, 4, 2016.

⁴ ECLI:ES:APB:2019:794.

els drets existents sobre les finques. En el cas que ara ens ocupa, compliria amb les exigències del principi d'especialitat o determinació no només la fixació d'un termini de duració, encara que fos incert en el quando, sinó també la utilització d'un redactat en la sentència que permetés l'aplicació mecànica del termini imposat per l'article 233-20.2 CCCat» (FD 2.4). Per tant, sembla que el problema rau en la redacció i més en concret, tot i que no es diu, en el fet que la sentència emprés la fórmula del Codi civil espanyol i no la del CCC.

La SJPI núm. 45 de Barcelona, 165/2018, de 5 d'abril, va estimar íntegrament la demanda presentada per la interessada. La DGDEJM va recórrer. La SAP de Barcelona (secció 18a) 105/2019, de 4 de febrer, va confirmar íntegrament la sentència de primera instància. Ho va fer apel·lant al criteri del TSJC, per exemple, en STSJ 29/2018, de 19 de març,⁵ en el sentit que quan l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, que es qualifica de dret real d'origen familiar, ve determinat per la guarda dels fills menors atorgada a un dels progenitors, «no pot ser limitat en el temps, puix que la seva durada coincideix amb la de la guarda dels menors»; també s'afirmava que la protecció del dret d'ús de l'habitatge front de tercers només s'aconsegueix amb la inscripció (FD 2). En definitiva, l'Audiència considera que la durada de l'ús la determina la pròpia llei i que «la possibilitat de modificar la mesura que comporti un canvi de termini de duració [a la baixa] o una extinció del dret no es pot erigir en obstacle a la inscripció doncs també es pot produir en els casos en què es posa un termini concret i es produeix abans l'extinció o es prorroga el termini». I a continuació observa, amb encert, que el problema de fons és «la deficient redacció de la part dispositiva de la sentència», que es feia ressò de la terminologia del Codi civil espanyol. Es conclou, però, que «s'ha d'entendre, i no pot ser d'altra manera, que l'atribució s'ha fet a favor de la progenitora que té atorgada la guarda dels fills menors. En el CCC no hi ha cap atribució de l'ús de l'habitatge als fills, sinó als cònjuges. L'atribució a la progenitora que té la guarda es fa per raó precisament d'aquesta guarda amb la finalitat de garantir la necessitat de l'habitatge dels fills menors (article 233-20.1 CC) *ús que queda garantit precisament per la inscripció en el Registre de la Propietat (article 233.22 CCC), davant dels actes dispositius que pugui realitzar el titular de drets reals dels que pot disposar (article 233-22 CCC) però amb indemnitat del dret d'ús*».

La mateixa sentència reitera al final les dues importants errades que van conduir a aquest innecessari periple: la utilització errònia de la terminologia del Codi civil espanyol per part de la sentència que atribuïa l'ús de l'habitatge i el fet que d'això se'n va deduir la impossibilitat d'inscriure. El primer, segurament es deu a una manca d'interiorització del dret aplicable amb preferència a Catalunya; el segon, a una voluntat gairebé pedagògica de defensar-lo. A parer de qui subscriu, cap de les dues coses hauria de repercutir negativament en els administrats, com ho va fer en aquest cas.⁶

La DGDEJM també va tractar la qüestió de la temporalitat de l'atribució del dret d'ús a la Resolució JUS/1165/2018, de 6 de juny,⁷ relativa a una atribució de la guarda que es va presentar per a la seva inscripció quan havien passat dècades des de la sentència i, per tant, els fills ja haurien assolit la majoria d'edat, però que també es va decidir sobre la base del dret transitori i de l'obligada expressió de la temporalitat del dret. Tant en aquesta resolució com en la que ara es comenta la denegació de la inscripció es podia haver basat en altres motius (l'extinció de l'atribució o la manca d'acreditació que l'atribució es feia per raó de la guarda), però la DGDEJM insisteix en mantenir un criteri altament formalista a l'hora d'escatir si està prou clara la constància de la durada del dret d'ús, malgrat la determinació per defecte que estableix l'article 233-20.2 CCC.

⁵ ECLI:ES:TSJCAT:2018:2709.

⁶ ANDERSON, «La revisió judicial de les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *L'aplicació judicial del Codi civil de Catalunya*, Documenta Universitaria, Girona, 2023, p. 788-792.

⁷, DOGC núm. 7642, de 14.6.2018. Comentada a *InDret* 4, 2018.

2. Resolució JUS/790/2024, de 5 de desembre de 2024 (DOGC núm. 9371, de 14.3.2025). Revocació unilateral de pacte successori d'atribució particular, oposició i defunció del causant sense haver iniciat l'acció judicial de revocació

2.1. Introducció

L'any 2016, un pare i el seu fill van atorgar pacte successori d'atribució particular d'una finca del primer al segon. El gener de 2024, es va aportar al Registre, on es va practicar nota marginal. Aquell mateix any, el 2 de maig, el pare va atorgar escriptura notarial de revocació unilateral del pacte successori. La revocació es va notificar de manera fefaent al beneficiari de l'atribució el 21 de maig de 2024. El pare va morir el 4 de juny. El 14 de juny, es va presentar al Registre còpia de l'escriptura de revocació, que va donar lloc a un assentament de presentació. El 20 de juny, el fill va atorgar escriptura d'oposició a la revocació, i va requerir a la notària que la va autoritzar que notifiqués el notari davant de qui s'havia formalitzat la revocació. El 28 de juny es va atorgar l'escriptura de consumació del pacte successori (la DGDEJM prefereix aquesta expressió a l'emprada per la notària, que es referia a la «implementació» del pacte; FD 2.5) i el fill va prendre possessió jurídica de la finca.

La registradora va suspendre la inscripció d'aquesta escriptura de consumació, per considerar que havent-se presentat amb anterioritat l'escriptura de revocació unilateral del pacte successori i constant l'oposició a la revocació, correspon als hereus del causant iniciar l'acció judicial que estableix l'article 431-15.3 CCC, per tal que la qüestió es decideixi als tribunals. La qualificació substitutòria va confirmar la nota.

El recurs presentat per compte del beneficiari de l'atribució va argumentar, resumidament, que, efectivament, correspon als hereus iniciar l'acció judicial que correspongui d'acord amb la norma citada, i que per això mateix la registradora no es pot erigir en garant dels potencials drets que poguessin correspondre als hereus del causant sobre la finca, ja que aquests es poden protegir perfectament mitjançant la corresponent anotació preventiva de demanda. «Negar la inscripció de la consumació del pacte successori suposa negar l'aparença de bon dret [del beneficiari], alterar les regles processals de la càrrega de la prova i causar-li un perjudici sense cap base legal, ja que no hi ha cap norma ni doctrina que avaluï la no inscripció davant la previsió d'una hipotètica acció que s'hauria d'exercitar en un futur» (relació de fets III).

La registradora va elevar el recurs a la DGDEJM quinze dies després de la seva presentació i no consta que notifiqués ni la notària autoritzant de l'escriptura de consumació ni la resta de possibles afectats per la resolució. Tot i que es fa constar expressament aquesta dada, difícilment podia haver-se notificat la interposició del recurs als eventuais hereus del titular de la finca, ja que aquesta informació excedeix de la que es va aportar per a la seva qualificació.

2.2. La ineficàcia de la revocació unilateral del pacte fins que hagi transcorregut un mes des de la notificació al beneficiari de l'atribució

El segon fonament de dret de la resolució està dedicat a recordar la irrevocabilitat dels pactes successoris, reforçada en el llibre quart del Codi fins i tot pel que fa als heretaments preventius, de manera que els supòsits de revocació s'han de considerar excepcionals i taxats. Es remarca,

en aquest sentit, que àdhuc el règim aplicable a la indignitat, com a manifestació del tipus de conductes socialment reprovables que poden donar lloc a la ineficàcia del pacte (en el supòsit, sembla que els arguments per a la revocació giraven al voltant de la manca de cura que el fill va tenir del pare en els darrers anys de la seva vida), estan subjectes a caducitat (article 431-13.2 i 412.4 del Codi). En resum, «la revocació per causes pactades de manera expressa que estableix l'article 431-14 del CCC –per incompliment de càrregues [sembla ser que era el cas que va donar lloc a la resolució], per impossibilitat de compliment o per canvi substancial, sobrevingut i imprevisible de les circumstàncies que en van constituir el fonament–, participa de la mateixa excepcionalitat. És unilateral, però per causes taxades, de manera formal i receptícia: això és, només és possible per causes legals concretes, s'ha d'atorgar en escriptura pública i dins dels terminis de caducitat respecte del moment en què es produeix la causa, i s'ha de notificar a la persona perjudicada. Així doncs, la revocació està permesa, però de manera restrictiva i amb cauteles» (FD 1.5).

En el fonament de dret segon, la resolució es centra en la interpretació de l'article 431-15, especialment els apartats 2 i 3, del CCC. D'acord amb aquest precepte, la revocació només és eficaç si no hi ha oposició dins del mes següent a la notificació al beneficiari. En canvi, si hi ha oposició, la revocació no té efectes i, per tant, el pacte successori continua desplegant la seva eficàcia normal. D'això se'n conclou que l'escriptura de consumació del pacte s'ha de poder inscriure al Registre de la Propietat, sens perjudici que els hereus del causant exercitin judicialment la revocació en el termini d'un any comptat des de l'oposició (o des del coneixement de l'oposició, segons la tesi que sembla més raonable).⁸ La protecció dels seus drets eventuais davant de possibles alienacions a tercers de bona fe i a títol oneros per part del beneficiari s'obtingria per mitjà de l'anotació preventiva de demanda, i quedarien sempre a l'abast les accions que enumera l'article 465-2 CCC. Considera la DGDEJM que «no hi ha motiu per donar per bona la revocació i prendre partit per la versió de l'atorgant, si la llei dona al beneficiari el dret d'oposició, perquè tan creïble és la versió de l'atorgant com la del beneficiari, i ha de prevaler el principi de conservació del negoci» (FD 2.4).

En el fons, segurament el problema és d'ordre procedimental, tal i com també s'assenyala (FD 2.2): «en aquest cas, el causant que va revocar no ha pogut tenir coneixement de l'oposició, però sí que l'oposició ha estat notificada al notari que va autoritzar la revocació, de manera que a les còpies que expedeix de l'escriptura hi ha de constar l'oposició. D'aquí que, precisament per evitar dubtes, sigui altament aconsellable que no s'expedeixi la còpia de la revocació fins que hagi transcorregut el termini per fer l'oposició». Segons aquest raonament, doncs, fins que hagi passat un mes des de la notificació de la revocació al beneficiari, el notari no hauria d'expedir còpies de l'escriptura de revocació que puguin donar lloc a assentaments de presentació, com va succeir en aquest cas, perquè si hi ha oposició, el registrador detecta obstacles al propi registre per a permetre la inscripció a favor del beneficiari. La revocació no té eficàcia, segons la DGDEJM, fins que hagi transcorregut un mes des de la notificació, però l'adquisició del beneficiari produïda per la mort del causant, que també és claudicant perquè pot ser qüestionada en seu judicial en exercitar-se la revocació, té més força que aquella expectativa d'eficàcia de la revocació.

⁸ EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'article 431-15 del Codi civil de Catalunya», a EGEA I FERNÁNDEZ/FERRER I RIBA (ed.). *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, vol. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. 1131.

3. Resolució JUS/791/2025, de 20 de gener de 2025 (DOGC núm. 9371, de 14.3.2025). La durada d'un dret de vol o sobreedificació constituït amb anterioritat a l'entrada en vigor del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

3.1. Introducció

L'any 2003 s'havia atorgat escriptura d'extinció de condomini i divisió d'un edifici en propietat horitzontal. L'any 2023 es va atorgar escriptura d'emena per mitjà de la qual es modificava el termini del dret de vol, que passava de ser de trenta anys a ser indefinit. En una diligència aclaridora de 2024 s'indicava que el dret en qüestió s'havia de qualificar com a dret de sobreedificació d'acord amb l'article 16.2 del Reglament hipotecari (RH).

La registradora va qualificar negativament, sobre la base dels articles 16.2 RH i 567.2.1.c CCC. En tractar-se d'un immoble situat en aquesta comunitat autònoma, regeix el termini màxim de trenta anys per al dret de vol regulat al Codi.

L'interessat va recórrer, arguint que el dret de sobreelevació està admès a la resta d'Espanya, sense que estigui justificat el rebuig de la seva inscripció a Catalunya, i que la negativa a inscriure li generava perjudicis. Més extenses van ser, en canvi, les al·legacions presentades pel notari autoritzant, que es van basar, substancialment, en l'aplicabilitat de l'article 16.2 RH a Catalunya, com a dret supletori, per no ser contrari al dret català; en la llibertat de pacte (article 111-6 CCC i 7 LH); en la literalitat de l'article 553-10 CCC, que menciona els dret de sobreelevació i subedificació separatament al dret de vol, que a parer seu se'n distingirien, justament, per la temporalitat d'aquest darrer, i en la supressió del termini de deu anys que marcava l'article 16.2 RH en la seva redacció de 1998, per la STS (Sala 3a) de 24 febrer de 2000,⁹ que va anul·lar l'apartat en què s'establí el límit temporal per considerar que establir-lo corresponia a una norma amb rang de llei en alterar el contingut de l'article 1 de la Llei hipotecària. El notari fa una lectura diferent d'aquesta sentència, però no s'hi aprofundeix en aquest comentari, perquè la resolució de la DGDEJM no entra a valorar aquestes al·legacions.

La registradora va ratificar-se en la qualificació negativa i, havent donat trasllat a la resta d'interessats, que no van formular al·legacions, va elevar l'expedient a la Direcció General.

3.2. La modificació d'un dret de sobreelevació inscrit per a atribuir-li una durada indefinida

En primer lloc, cal aclarir que, encertadament, la DGDEJM considera que les expressions «dret de vol» i «dret de sobreedificació» o «de sobreelevació» són equivalents, en referir-se en tots els casos al dret real limitat regulat als articles 567-1 i següents CCC. Sembla que el que va pretendre's amb la diligència aclaridora que acompanya l'escriptura va ser dissimular el dret de vol sota una denominació diferent, per tal d'evitar l'aplicació de les normes corresponents, incloent la que en fixa el termini màxim, l'article 567-2.1.c CCC (FD 1.2).

⁹ ECLI:ES:TS:2000:1407.

L'aplicabilitat d'aquest topall es desprèn, a parer tant de la registradora com de la DGDEJM, de la disposició transitòria dissetena de la Llei 5/20016, de 20 de maig, segons la qual els drets de vol sobre immobles situats a Catalunya constituïts abans de la seva entrada en vigor es regeixen per la legislació anterior que els era aplicable, però amb subjecció a les causes d'extinció que estableix l'article 567.6 CCC (FD 1.2).

L'article 567-6 CCC, entre altres previsions, remet a les causes d'extinció generals dels drets reals. Entre aquestes, no s'hi inclou expressament el termini, però sí una referència a la determinació legal del moment en què s'extingeix cada dret (article 532-1), i l'article 567-2-1-c CCC estableix que el dret de vol no pot durar més de trenta anys. Els dubtes que poguessin sorgir al respecte els esvaeix l'apartat segon de l'esmentada disposició transitòria, que «regula de forma expressa que els drets de vol constituïts per un termini indefinit o superior a trenta anys s'extingeixen una vegada transcorreguts trenta anys comptats des de l'entrada en vigor d'aquest llibre, és a dir, l'1 de juliol de 2036, tota vegada que no hi ha un gravamen perpetu sobre la propietat, i no es pot fixar un termini per a l'exercici del dret de vol a Catalunya superior als trenta anys, i menys, com el present supòsit, fixar-lo de forma indefinida, dret de vol que es va constituir i inscriure com a tal davant del Registre de la Propietat i se'n va determinar l'abast en tots els seus aspectes», incloent el termini ajustat al que després va establir el Codi (FD 2.1). Així s'havia entès també amb anterioritat a la Resolució JUS/2634/2009, de 27 de juliol.¹⁰

4. Bibliografia citada

ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació», *InDret* 4, 2015, disponible a: http://www.indret.com/pdf/1185_cat.pdf; *InDret*, 4, 2016, disponible a: http://www.indret.com/pdf/1256_cat.pdf.

ANDERSON, Miriam, «La revisió judicial de les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *L'aplicació judicial del Codi civil de Catalunya*, Documenta Universitaria, Girona, 2023, p. 777-839.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Comentari a l'article 431-15 del Codi civil de Catalunya», a EGEA I FERNÁNDEZ/FERRER I RIBA (ed.). *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, vol. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. 1129-1131.

¹⁰ DOGC núm. 5475, d'1.10.2009. Comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret* 1, 2010. D'entre les diverses resolucions que cita la que ara es comenta, aquesta és l'única de la qual es dedueix que la disposició transitòria dissetena, segon paràgraf, de la Llei 5/2006, de 10 de maig, estableix una nova causa d'extinció per als drets de vol constituïts amb anterioritat amb una durada indefinida o superior a trenta anys. En canvi, en la Resolució JUS/1667/2010, de 22 d'abril (DOGC núm. 5639, de 31.5.2010; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret* 3, 2010), es tractava de determinar si la fixació del termini es podia considerar prou clara i específica, cosa que es va admetre en el cas, però que el comentarista critica. A la Resolució JUS/4284/2010, d'1 de desembre (DOGC núm. 5795, de 13.1.2011; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret* 2, 2011), el problema no era el termini, sinó el canvi d'objecte del dret de vol. Tampoc la Resolució JUS/1604/2011, de 26 de maig (DOGC núm. 5911, d'1.7.2011; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret* 4, 2011) no girava al voltant del problema del termini, i el mateix es pot dir de la Resolució JUS/1315/2015, de 14 de maig (DOGC núm. 6897, de 22.6.2015; comentada a *InDret* 4, 2015), en què, constituït un dret de vol amb caràcter indefinit, es va considerar que continuava vigent fins el 30 de juny de 2036, però el problema central de la resolució era la combinació de la disposició transitòria dissetena amb la sisena, totes dues de la Llei 5/2006, de 10 de maig, atès que el dret de vol constava només en el foli corresponent a un dels elements privatis i la declaració d'obra nova es va fer sense redistribució de quotes, que només podia realitzar la junta.

MARSAL GUILLAMET, Joan, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques», *InDret*, 1, 2010, disponible a: http://www.indret.com/pdf/714_cat.pdf; *InDret*, 3, 2010, disponible a: http://www.indret.com/pdf/755_cat.pdf; *InDret*, 2, 2011, disponible a: http://www.indret.com/pdf/810_cat.pdf; *InDret*, 4, 2011, disponible a: http://www.indret.com/pdf/856_cat.pdf.

La justificación del *Whistleblowing* de conductas lícitas.
Comentario a la STEDH (Gran Sala) de 14 de febrero de 2023
(*Halet c. Luxemburgo*), por Ivó COCA VILA.

¿Siguen siendo delito las facturas falsas? Comentario a la STS
298/2024, de 8 de abril, por Marta PANTALEÓN DÍAZ.

Imputación temporal de ingresos y delito fiscal: la progresiva
relativización del principio de estanqueidad impositiva.
Comentario a la STS 1033/2024, de 14 de noviembre, por
Quim REAL GALÍ.

Tratamiento médico no consentido: salud y autonomía en el
ámbito del Derecho penal. Comentario a la STEDH (Gran Sala)
de 17 de septiembre de 2024 (*Mulla c. España*), por Mar
DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ DE CHAVES.

-

* 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.

La justificación del *Whistleblowing* de conductas lícitas

Comentario a la STEDH (Gran Sala) de 14 de febrero de 2023 (Halet c. Luxemburgo)

Ivó Coca Vila*
Universidad Pompeu Fabra
ivo.coca@upf.edu

-

1. Introducción

La Sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 14 de febrero de 2023, caso *Halet c. Luxemburgo*, más allá de su trascendencia mediática y política¹, resulta de formidable interés jurídico, también para el penalista, pues redefine ampliamente los límites del *whistleblowing* jurídicamente amparado.

El demandante, el Sr. Halet, ex empleado de la auditora *Pricewaterhouse Coopers* (PwC), siguiendo los pasos de otro ex empleado de la misma firma, el Sr. Deltour, entregó en el año 2017 a un consorcio internacional de periodistas aproximadamente catorce declaraciones tributarias de grupos de empresas sitos en Luxemburgo, así como dos documentos anexos. Su filtración permitió mantener en el foco mediático los acuerdos –desvelados meses atrás por el Sr. Deltour– existentes entre las autoridades tributarias luxemburguesas y grandes grupos de empresas multinacionales (*advance tax rulings* [“ATAs”]) a fin de reducir su carga impositiva a través de desplazamientos artificiosos de beneficios. Aunque tal práctica era lícita en el sistema jurídico luxemburgués, resultaba perjudicial para las haciendas públicas de otros países europeos. Como consecuencia de esta filtración, PwC inició una investigación interna que concluyó con el despido del Sr. Halet. Este, además, fue condenado por el Estado luxemburgués a una pena de multa de 1000 euros como autor de un delito de hurto, apoderamiento de datos y de revelación de secretos de empresa, así como a indemnizar simbólicamente a PwC con el pago de 1 euro por el daño moral ocasionado.

* Este trabajo se enmarca en la ejecución de los proyectos de investigación RYC2018-025174-I y PID2023-147308NB-I00.

¹ Sobre el trasfondo y las consecuencias políticas y sociales del así llamado escándalo Lux-Leaks (*Papeles de Luxemburgo*), *vid.* MEYER, «LuxLeaks, Cum-Ex & Co – Neue Leitlinien des EGMR für Whistleblowing in transnationalen Kontexten und gesetzgeberischer Handlungsbedarf», *JZ*, (7), 2023, pp. 261 ss. Y en general, sobre la creciente relevancia política y social del fenómeno del *whistleblowing*, DELMAS, «The Ethics of Government Whistleblowing», *Social Theory and Practice*, (41-1), 2015.

Esta condena fue amparada en un primer momento por la Sección Tercera del TEDH, que en su Sentencia de 11 de mayo de 2021, caso *Halet c. Luxemburgo*², concluyó que la condena impuesta al demandante no vulneraba el derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). En particular, el hecho de que la información revelada por el Sr. Halet ya fuera conocida por el gran público, que las prácticas desveladas fueran lícitas y que la pena impuesta fuera de menor entidad (multa de 1000 euros) harían compatible con el Convenio el castigo penal del informante. El Sr. Halet, en desacuerdo con la decisión de la mayoría de la Sección Tercera, instó entonces la decisión de la Gran Sala del TEDH, quien se pronunció finalmente el 14 de febrero de 2023. Con cinco votos en contra, la Gran Sala enmendó la decisión de la Sección Tercera y concluyó que la conducta del Sr. Halet está amparada por el derecho a la libre expresión (art. 10 CEDH). La condena penal impuesta por el Estado de Luxemburgo no constituye una injerencia «necesaria en una sociedad democrática»³.

Como habrá de quedar de manifiesto en lo que sigue, esta resolución supone un hito fundamental en el desarrollo de la tutela jurídica del *whistleblower*. El TEDH concibe y ampara esta figura más allá de lo que lo hacen tanto la Directiva (UE) 2019/1937, como la Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección del informante. En particular, reconoce por primera vez protección jurídica a la práctica consistente en desvelar –a través de la comisión de hechos penalmente típicos– información relativa a prácticas lícitas no reprobables de supuesto interés para la generalidad. Asimismo, la Gran Sala reconoce explícitamente un deber positivo estatal de protección de la libertad de expresión, también frente a las injerencias llevadas a cabo por particulares⁴. Con todo ello, se redefinen ampliamente tanto los límites de los secretos penalmente protegidos como, en general, el ámbito del periodismo investigativo jurídicamente amparado.

2. La STEDH (Gran Sala) de 14 de febrero de 2023 (*Halet c. Luxemburgo*)

2.1. Cuestiones preliminares

La Gran Sala del TEDH concluye que la condena penal al Sr. Halet supone una injerencia no necesaria en su derecho a la libre expresión (art. 10 CEDH). Para llegar a esta conclusión, el TEDH ensaya primeramente un ajuste (*refining*) de los seis criterios *Guja*⁵, a los que clásicamente ha recurrido a la hora de valorar la legitimidad y proporcionalidad de las injerencias en la libertad de expresión de los *whistleblowers* [en adelante, informantes o denunciantes]. Acto seguido, aplica los remozados criterios al caso enjuiciado, para concluir que los tribunales luxemburgueses no han ponderado los intereses en juego adecuadamente y que la injerencia en la libertad de expresión e información del demandante no era «necesaria en una sociedad democrática». Cuatro jueces están de acuerdo con el sentido del ajuste en abstracto de los criterios *Guja*, pero disienten en su aplicación en el caso concreto. La quinta voz disidente no comparte ni la reformulación *in abstracto* de los criterios *Guja*, ni su aplicación al caso litigioso.

² Comentada ya en la *RCJ-InDret Penal* por GOENA VIVES, «*Whistleblowing*: ¿Prohibición, prescripción o permisión? El caso «Luxleaks». Comentario a la Sentencia del TEDH de 11 de mayo de 2021 (*Halet c. Luxemburgo*)», *InDret*, (3), 2021, pp. 313 ss.

³ STEDH (Gran Sala) de 14 de febrero de 2023, caso *Halet c. Luxemburgo*, nm. 109. [Salvo que se indique lo contrario, los nm. refieren siempre a esta sentencia. Las citas literales a pasajes de la resolución son traducciones mías del inglés].

⁴ Nm. 111.

⁵ Presentados originalmente en la STEDH (Gran Sala) de 12 de febrero de 2008, caso *Guja c. Moldavia*.

La mayoría de la Gran Sala asume que la injerencia en la libertad de expresión del demandante (en forma de condena penal) estaba prescrita en la ley y respondía a uno de los fines legítimos recogidos en el art. 10.2 CEDH. La cuestión es, pues, si tal injerencia resultaba o no «necesaria en una sociedad democrática». El TEDH inicia su argumentación afirmando que, en contra de lo pretendido por el demandante, ni es necesario ni posible ofrecer un concepto general de «*whistle-blower*», pues no existiría «una definición legal inequívoca»⁶. Por el contrario, a fin de definir la compatibilidad con el art. 10 CEDH de represalias estatales ante revelaciones de secretos, aboga sin tapujos por llevar a cabo un juicio particular, caso por caso, tomando como referencia los criterios *Guja*. Recuerda asimismo el Tribunal que no existe una jerarquía interna entre los seis criterios, que han de ser concebidos como aspectos interdependientes a considerar por los tribunales nacionales a fin de determinar mediante un juicio ponderativo global si la injerencia en la libertad de expresión era o no necesaria en el caso particular.

2.2. Ajuste en abstracto y aplicación concreta de los criterios *Guja*

a) *Canales de denuncia*

La Gran Sala recuerda que en su jurisprudencia ha enfatizado la prioridad del canal interno de denuncia. Este es, por lo general, el «mejor medio para reconciliar el deber de lealtad del empleado con el interés público al que sirve la revelación». Ahora bien, «esta priorización no es absoluta en la jurisprudencia del Tribunal. Los mecanismos internos de denuncia deben existir y funcionar de manera adecuada», siendo posible recurrir a la denuncia externa cuando la vía interna es inefectiva o no fiable⁷. Hecha esta precisión, concluye el Tribunal que el hecho de que el Sr. Halet no recurriera al canal interno, sino que revelara directamente a la prensa la información confidencial no resulta censurable⁸. Dado que las prácticas de optimización tributaria reveladas por el demandante eran lícitas en Luxemburgo, así lo afirma expresamente el Tribunal, el único canal de revelación efectivo era el externo. ¿Cómo iba a exigírsele al trabajador que comunicara a su superior una práctica legal que constituye una actividad usual de su empleador? Solo el canal externo permite el debate sobre un tema de interés público, siendo evidente que ni PwC ni los funcionarios públicos luxemburgueses tenían un especial interés en que la información confidencial saliera a la luz.

b) *La veracidad de la información*

La Gran Sala recuerda que la información revelada debe ser verídica. Este criterio no es problemático en el caso enjuiciado, pues todas las partes reconocen expresa o implícitamente la veracidad de la información revelada por el Sr. Halet.

c) *La buena fe del informante*

Tampoco resulta problemático, como mínimo en lo que a su aplicación al caso se refiere, el requisito subjetivo de la buena fe. A ojos del TEDH, el motivo detrás de las acciones del informante es un factor determinante a la hora de decidir si aquellas merecen o no protección. Existirían motivos reprobables que hablarían en contra de la protección del informante, por ejemplo, el deseo de conseguir una ventaja personal o una enemistad personal con el empleador.

⁶ Nm. 156.

⁷ Nm. 121, 122.

⁸ Nm. 171 s.

Asimismo, recuerda el Tribunal que el criterio de la buena fe está estrechamente relacionado con el anterior: la falta de veracidad de la información desvelada o el escaso interés por cerciorarse de su veracidad operarían como indicios de la mala fe del informante⁹. En todo caso, a la Gran Sala tampoco le parece debatible que el Sr. Halet actúe movido por un «buen motivo»: el demandante no actuó ni con un ánimo de beneficio propio ni para dañar a su empleador, por lo que concluye que la revelación se efectuó de buena fe¹⁰.

d) *El interés público de la información revelada*

El TEDH afirma que la noción de interés público guarda aquí «relación con aquellas materias que afectan al público hasta tal punto que éste puede legítimamente interesarse por ellas, que atraen su atención o que le conciernen de manera particular, especialmente en la medida en que afectan al bienestar de los ciudadanos o a la vida de la comunidad. Lo mismo ocurre con los asuntos que pueden dar lugar a una controversia considerable, que se refieren a una cuestión social importante o que se refieren a un problema sobre el que el público tendría interés en ser informado».¹¹ El interés público puede ser tan preeminente como para imponerse frente a un deber de reserva legal o contractual. En todo caso, la Gran Sala recuerda que «el interés público capaz de servir como justificación para una revelación no puede ser concretado al margen del deber de confidencialidad o secreto que se ha infringido»¹². La valoración del interés público al que sirve la revelación depende, pues, del interés que protege el deber de reserva que lesiona el informante¹³.

A partir de aquí, y esta es posiblemente la cuestión mollar, la Gran Sala afirma que «en el contexto del *whistle-blowing*, el interés público en la revelación de información confidencial decrece en atención a si la información revelada guarda relación con actos o prácticas ilegales, con actos reprobables, o con prácticas, conductas o asuntos que suscitan un debate controvertido acerca de si existe o no un daño al interés público»¹⁴. Aunque teóricamente de menor rango, existiría también, pues, un interés público en conocer determinados hechos o prácticas lícitas. «[E]n un sistema democrático, las acciones u omisiones de un gobierno deben ser objeto de un estricto escrutinio, no solo por los poderes legislativo y judicial, sino también por parte de la opinión pública»¹⁵.

Sentado lo anterior, y ya en relación con el objeto litigioso, la Gran Sala se pregunta primeramente si el hecho de que la información revelada por el Sr. Halet ya fuera conocida, al haber sido revelada por otro empleado de PwC un año antes, priva de interés público a la información revelada por el demandante. A ojos del Tribunal, los debates públicos tienen un carácter permanente, no están «congelados en el tiempo», por lo que añadir información adicional a un debate ya existente o, simplemente, mantener en el candelero un tema aportando información adicional, puede servir efectivamente al interés general¹⁶. Cabe pues revelar

⁹ Nm. 130.

¹⁰ Nm. 174.

¹¹ Nm. 132.

¹² Nm. 136.

¹³ Nm. 136.

¹⁴ Nm. 140.

¹⁵ Nm. 139.

¹⁶ Nm. 184.

información sobre una práctica ya conocida. No hay razón para limitar la protección a la revelación de «informaciones esenciales o fundamentalmente nuevas»¹⁷.

En segundo lugar, la Gran Sala se pregunta si las prácticas de optimización tributaria de grupos de empresa multinacionales son, con carácter general, una materia de interés general para la generalidad. Su respuesta es también afirmativa, con independencia de que aquellas fueran lícitas. Asimismo, el Tribunal afirma que el peso del interés público no puede ser determinado al margen del papel que las compañías multinacionales globales tienen hoy en día, tanto en el plano económico como social. En este sentido, lo revelado por el demandante ayudó al público a tener una opinión informada sobre cuestiones de gran complejidad técnica, como la tributación corporativa, que tiene a su vez una capital trascendencia económica y social¹⁸.

En tercer y último lugar, la Gran Sala admite que PwC ha sufrido un daño reputacional, en particular entre sus clientes, pues la revelación de los documentos reservados ha puesto en cuestión la capacidad de la empresa para asegurar la confidencialidad de las informaciones financieras y fiscales. Asimismo, reconoce el Tribunal que no solo se han dañado los intereses de PwC, sino también intereses públicos. En particular, el interés en prevenir y castigar el hurto (de un disco duro externo) también debe ser aquí tomado en consideración. Finalmente, reconoce el Tribunal que el demandante no solo estaba obligado por el deber común laboral de lealtad y discreción, sino que sobre él recaía un deber de secreto profesional propio del ámbito específico de actividad desempeñada por PwC. El respeto de este secreto profesional también constituye un interés público relevante.

Ahora bien, pese a todo lo anterior, la Gran Sala concluye que ninguno de estos daños haría decantar la balanza en contra de los intereses que resguarda el demandante a través de la revelación de la información confidencial. En su opinión, aun teniendo en cuenta que el demandante, además de los intereses de PwC, daña intereses públicos, en particular, el existente en evitar y castigar el hurto y la revelación de secretos profesionales, la información revelada sería de tal importancia para el debate público, tanto nacional como europeo, que el interés en el conocimiento de las prácticas fiscales de las compañías multinacionales preponderaría frente a todos los daños (privados y públicos) ocasionados¹⁹. En qué medida la licitud de las prácticas denunciadas o el hecho de que la información ya fuera conocida aminoraría *in concreto* el valor del interés público en juego no es tematizado.

e) *La severidad de la sanción*

El Tribunal reitera que las posibles sanciones contra un informante varían en su naturaleza jurídica (laboral, civil, penal) e intensidad. En todo caso, insiste en que «la imposición de una sanción penal es una de las formas más serias de injerencia en el derecho a la libertad de expresión»²⁰. Asimismo, afirma que, a los efectos de valorar tal injerencia, «en algunos casos, el hecho de que una persona haya sido condenada puede ser más importante que la levedad de la pena impuesta»²¹. Tanto la naturaleza como la severidad de las sanciones impuestas son factores

¹⁷ Nm. 35.

¹⁸ Nm. 188 ss.

¹⁹ Nm. 201 a 203.

²⁰ Nm. 150.

²¹ Nm. 151.

a tener en cuenta al considerar la proporcionalidad de una injerencia en el derecho a la libertad de expresión²².

Ya la formulación en abstracto del criterio *Guja* deja entrever la conclusión que alcanzará el Tribunal al aplicarlo. De manera sucinta, se limita a señalar que «[h]abida cuenta de la naturaleza de las penas impuestas y de la gravedad de los efectos de su acumulación, en particular su efecto desaliento (*chilling effect*) sobre la libertad de expresión del demandante o de cualquier otro informante, aspecto que no parece haber sido tenido en cuenta en modo alguno por el Tribunal de Apelación, y teniendo especialmente en cuenta la conclusión a la que llegó tras ponderar los intereses en juego, el Tribunal estima que la condena penal del demandante no puede considerarse proporcionada a la luz de la finalidad legítima perseguida»²³. Así las cosas, tras «ponderar todos los intereses en juego y tener en cuenta la naturaleza, la gravedad y el efecto desaliento de la condena penal del demandante, [el Tribunal] llega a la conclusión de que la injerencia en su derecho a la libertad de expresión, en particular en su libertad de difundir información, no era «necesaria en una sociedad democrática». Por consiguiente, se ha violado el artículo 10 del Convenio»²⁴.

2.3. La opinión disidente

Cuatro de los cinco jueces de opinión contraria a la mayoritaria formulan un voto disidente conjunto²⁵. Aunque coinciden en la necesidad de revisar los criterios *Guja* y suscriben en gran medida el modo en el que lo hace la mayoría, no están de acuerdo en su aplicación particular al caso enjuiciado. Asimismo, recuerdan que «la apreciación de la “causa” superior que motiva al informante debe estar libre de cualquier consideración política o ideológica, so pena de debilitar la propia condición del informante»²⁶. En contra del sentir mayoritario formulan esencialmente cuatro objeciones.

En primer lugar, la minoría entiende que la noción de interés público asumida por la Gran Sala es excesivamente vaga. En efecto, el TEDH distingue ahora entre tres grandes categorías de *whistle-blowing*, a saber, la revelación de (i) actos o prácticas ilegales; (ii) actos, prácticas o conductas que, pese a ser legales, son reprobables; y, finalmente, añade ahora una tercera, consistente en la revelación (iii) de «determinada información que se refiera al funcionamiento de los poderes públicos en una sociedad democrática y suscite un debate público, dando lugar a una controversia susceptible de crear un interés legítimo por parte del público en tener conocimiento de la información con el fin de formarse una opinión fundada sobre si supone o no un perjuicio para el interés público». A ojos de los jueces discrepantes, «no cabe duda de que la incertidumbre que rodea a estas tres categorías crece en paralelo. Si bien es cierto que resulta sencillo identificar la ilegalidad de una conducta concreta, ya es mucho más difícil determinar qué es censurable sin dejar de ser legal. El apogeo de la incertidumbre se alcanza al tratar de identificar la información que suscita el debate público»²⁷.

²² Nm. 154.

²³ Nm. 204.

²⁴ Nm. 206 s.

²⁵ El quinto juez disidente, también contrario al fallo mayoritario, no comparte ni la necesidad de revisar los criterios *Guja* ni el modo en el que los aplica en el caso concreto el Tribunal. Se cita de ahora en adelante las páginas de la traducción al inglés del voto disidente de los cuatro jueces arriba referido, disponible en: [file:///Y:/Documents/Downloads/CASE%20OF%20HALET%20v.%20LUXEMBOURG%20\(4\).pdf](file:///Y:/Documents/Downloads/CASE%20OF%20HALET%20v.%20LUXEMBOURG%20(4).pdf)

²⁶ Opinión disidente, p. 71.

²⁷ Opinión disidente, p. 72.

Esta incertidumbre, ahora ya en segundo lugar, devaluaría profundamente el secreto profesional. Dado que el Tribunal, después de incidir en la importancia del secreto y en la existencia de un interés en perseguir el hurto y proteger la confidencialidad de cierta información, acaba por otorgar primacía al derecho a la libertad de expresión sin explicar las concretas razones por las que esta primaría *in concreto*, resulta ahora prácticamente imposible saber qué información reservada de actos o prácticas lícitas está efectivamente protegida (penalmente) y cuál puede ser desvelada al amparo del art. 10 CEDH en tanto que información de interés público²⁸.

Pero es que, además, en tercer lugar, la minoría entiende que para alcanzar la conclusión a la que llega la mayoría no era necesaria la creación de una nueva forma de *whistle-blowing*, la basada en la revelación de prácticas lícitas, pues las acciones denunciadas por el demandante pueden ser consideradas ya actos reprobables y, por lo tanto, caen en la segunda categoría de las tres antes descritas²⁹.

En cuarto y último lugar, la minoría entiende asimismo que la Gran Sala yerra al concluir que una multa de 1000 euros es desproporcionada. En realidad, lo que la mayoría asume implícitamente es que toda sanción (penal) sería desproporcionada, con lo que despoja al criterio de la sanción de su autonomía propia. La sanción no sería sino un aspecto más en el juicio de ponderación de intereses entre el valor de la información revelada y el daño que se causa³⁰. La injerencia en el art. 10 CEDH se produce al prohibir la revelación del secreto, siendo a tal efecto irrelevante cuál es la concreta respuesta sancionatoria impuesta por el Estado.

Por todo ello, y algún otro argumento de flanqueo³¹, los cuatro jueces discrepantes concluyen que los diferentes Tribunales nacionales, al denegar al demandante la plena protección de la condición de denunciante, se mantuvieron dentro de su margen de apreciación y no infringieron el artículo 10 CEDH.

3. Reflexión final

El TEDH ha reconocido con meridiana claridad la existencia de tres categorías de *whistle-blowing* merecedoras de amparo, a saber, (i) la denuncia de hechos ilícitos; (ii) la denuncia de hechos reprobables; y, finalmente, (iii) la revelación de prácticas o conductas lícitas de interés público. Con el reconocimiento de esta tercera vía, el TEDH ensancha de manera formidable la protección legal del informante. Más si cabe teniendo en cuenta que lo hace de la mano de un caso en el que la información revelada ya era conocida, se revela directamente a la prensa, y la sanción impuesta por la comisión de varios delitos era una (mera) pena de multa de 1000 euros. Así las cosas, las leyes nacionales que trasponen la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, como es el caso en nuestro país de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, reglamentan ahora una fracción menor del total del fenómeno. En efecto, el art. 2 de nuestra Ley limita la protección del informante a las informaciones acerca de infracciones del Derecho de la Unión Europea o administrativas y penales del Derecho español. El que el TEDH amplíe el alcance

²⁸ Opinión disidente, p. 73.

²⁹ Opinión disidente, pp. 73 s.

³⁰ Opinión disidente, pp. 78 s.

³¹ Opinión disidente, p. 77. Por ejemplo, los jueces discrepantes cuestionan asimismo la relevancia para el debate público de una información ya conocida al haber sido revelada un año atrás. La mayoría habría admitido de manera acrítica la relevancia de ese *plus* de información.

del *whistle-blowing* protegido, dejando en gran medida en papel mojado la normativa (de inspiración) comunitaria, no es *per se* problemático³². Sí lo es en cambio la absoluta incertidumbre a la que aboca la sentencia aquí en comento a la hora de valorar la legitimidad de la comisión de hechos penalmente típicos para desvelar prácticas o conductas lícitas.

Aunque el TEDH redefine y recurre a los criterios *Guja* para resolver si el castigo del Sr. Halet con una pena de multa de 1000 euros es o no compatible con el art. 10 CEDH, lo cierto es que el fallo pende en exclusiva de un juicio ponderativo (*ad-hoc balancing*) entre el interés público en el conocimiento de las prácticas fiscales (legales) de importantes grupos de empresa y el daño causado por quien hurta y se apodera ilícitamente de datos para su posterior revelación (en quebranto de su secreto profesional). Los otros cuatro criterios, en puridad, no desempeñan papel alguno. Aunque el TEDH insiste en la relevancia del daño causado por el Sr. Halet, de manera sorprendente, y especialmente parco en palabras, acaba por afirmar la preeminencia del interés público en la revelación. Y ello, pese reconocer que la información desvelada, además de ser lícita, ya había sido conocida por el gran público, pues las actuaciones del Sr. Halet solo habrían servido para contribuir a un debate ya existente sobre un problema ya conocido. Por qué esto es así, y no al revés, es una incógnita. El verdadero proceso decisorio, como ocurre en cualquier ponderación omnicompreensiva como la patrocinada por el TEDH, queda oculto para el espectador en una inescrutable «*black box*»³³.

Esta resolución, pues no hace sino mostrar (a las claras) la absoluta incertidumbre a la que conduce la aproximación ponderativista y particularista del TEDH, especialmente preocupante cuando se trata de la configuración de derechos con naturaleza excluyente del injusto penal. Es cierto que a la hora de valorar cómo compatibilizar la libertad de expresión con los intereses afectados por un informante es imposible renunciar por completo a las ponderaciones. Ahora bien, en aras de la seguridad jurídica y del mayor respeto posible del principio de legalidad sería esperable que el TEDH tratara de restringir tales ponderaciones, definiendo con mayor claridad los criterios relevantes y desarrollando un sistema fundado de reglas particulares en niveles de abstracción intermedios³⁴. A ello viene dedicándose desde antaño la doctrina penal, que ha configurado un sistema notablemente más refinado de resolución de conflictos entre derechos o intereses con trascendencia penal³⁵. Sin embargo, el TEDH no hace el más mínimo esfuerzo por empaparse de la teoría de la justificación penal, ni por atender a los ensayos de concreción de los límites del *whistle-blowing* relevante³⁶. Todo ello le lleva a una solución que considero materialmente incorrecta y que, en todo caso, dificulta enormemente la integración de la eximente que propugna en los sistemas penales nacionales³⁷.

³² Una defensa de la protección amplia del *whistleblowing* como forma de desobediencia civil puede leerse en SCHEUERMAN, «Whistleblowing as Civil Disobedience», en EL MISMO (ed.), *The Cambridge Companion to Civil Disobedience*, 2021, pp. 399 ss.

³³ Para una extensa e iluminadora crítica a la aproximación ponderativa-casuística del TEDH en esta materia, *vid.* BROCKHAUS, *Geheimnisschutz und Transparenz*, 2023, pp. 412 ss., 429.

³⁴ Como aquí, BROCKHAUS, *Geheimnisschutz und Transparenz*, 2023, p. 415.

³⁵ Sobre el estado de la discusión penal, *vid.* COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, 2016, Cap. 3.

³⁶ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, 2013, pp. 200 ss.

³⁷ Sobre los problemas de integración en el sistema de justificación penal de una eximente basada en una abstracta noción de «interés público», *vid.* ya LEITE, «Whistleblowing und das System der Rechtfertigungsgründe. Das erlaubte Whistleblowing nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz als „fördernder Rechtfertigungsgrund“», *GA*, 2021, pp. 136 ss.

En primer lugar, resulta llamativo que el TEDH pase por alto en su ponderación un criterio esencial en la teoría de la justificación (penal), a saber, la responsabilidad por el conflicto de quien habría de soportar la acción típica. En los casos de *whistle-blowing* propios, aquellos en los que se revela una infracción jurídica, el menor valor *in concreto* de los intereses lesionados se explica porque el agente perjudicado es responsable de la infracción normativa. Como es sabido, esta es la razón que subyace al fuerte derecho de injerencia que se atribuye al necesitado (o a su auxiliante necesario) en situaciones de legítima defensa o estado de necesidad defensivo³⁸. La empresa que sufre un hurto o un daño patrimonial derivado de la revelación de un secreto ha de soportar la revelación del hecho ilícito en tanto que responsable (en un sentido fuerte o débil) de aquel injusto³⁹. Este, claro está, no es el caso de la revelación de información sobre actos lícitos. Sin embargo, el TEDH pasa por alto esta distinción y, *de facto*, aboga por autorizar al trabajador que libremente se había comprometido a guardar un secreto a revelarlo, incluso cometiendo un delito de hurto y de revelación de secretos. Contemplar estos conflictos al margen del principio de autonomía, dejando en papel mojado la máxima clásica del «*pacta sunt servanda*» y el secreto profesional, resulta errado. La lectura del TEDH, en abierta sintonía con las teorías que propugnan una eximente genérica basada en la pura noción de interés público (*public interest defense*)⁴⁰, es difícilmente compatible con un sistema jurídico que reconoce auténticos derechos subjetivos y resuelve conflictos en atención a los actos libres de los sujetos involucrados.

En segundo lugar, el TEDH pasa asimismo por alto un factor clave en cualquier aproximación (penal) a un conflicto, a saber, el hecho de que en la balanza está colocando un interés concreto y efectivamente lesionado, esencialmente la propiedad de PwC y sus clientes, junto a un interés abstracto y carente de contornos como es el interés público en desvelar información (ya conocida) sobre prácticas lícitas de optimización tributaria. Resulta censurable el escaso interés de la Gran Sala por concretar de qué manera la información revelada por el Sr. Halet ha contribuido efectivamente al voluntariamente presupuesto «interés público». ¿En qué consiste realmente dicho interés? ¿A quién y cómo beneficia la revelación? ¿Y por qué habría de resultar en el caso concreto preeminente frente a la lesión efectiva a la propiedad y a la intimidad de decenas de particulares perfectamente individualizables? Que nadie espere encontrar respuestas a estas preguntas. El TEDH no pretende hilar tan fino. Se conforma con afirmar que el *whistle-blowing* es un comportamiento necesitado y merecedor de protección. Conocer las prácticas fiscales de las grandes multinacionales, así el Tribunal, es de interés en tanto que cuestión social importante. Ahora bien, una cosa es que el fenómeno del *whistle-blowing* sea en abstracto moralmente correcto, o que los ciudadanos tengan mayor o menor interés en conocer las prácticas fiscales de las multinacionales, y otra muy distinta que un informante salvaguarde a través de la comisión de un hecho típico un interés efectivamente preponderante frente al que lesiona. El TEDH finaliza su argumentación en el punto en el que debería arrancar.

Finalmente, resulta especialmente perturbador desde la óptica penal el condicionar la justificación de una revelación de información penalmente típica a la buena o mala fe del informante. Aunque el TEDH sitúa nominalmente en el centro de su interés la libertad de

³⁸ Los detalles en COCA VILA, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 25 ss.

³⁹ La doctrina especializada tiende a negar la protección jurídico-penal de los secretos (de empresa) ilícitos, por lo que la revelación del informante es entonces directamente atípica. Cfr. ESTRADA I CUADRAS, «Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, 2ª ed., 2023, pp. 615 ss.

⁴⁰ Cfr. BOOT, «The Feasibility of a Public Interest Defense for Whistleblowing», *Law and Philosophy*, (39), 2020. Sobre esto mismo, vid. BROCKHAUS, *Geheimnisschutz und Transparenz*, 2023, pp. 491 ss.

expresión (art. 10 CEDH), lo cierto es que el conflicto entre dicho derecho y los intereses particulares lesionados se decide en atención al «interés público» al que sirve el informante. Si de verdad existe un preminente interés público en conocer las prácticas fiscales (legales) de las grandes multinacionales, hasta el punto de que los particulares afectados tengan que tolerar un hurto, un apoderamiento de secretos y la revelación de un secreto profesional, resulta incomprensible que ello dependa de si el informante lo hace comprometido con los valores democrático-deliberativos o por pura animadversión personal⁴¹. La doctrina penal hace tiempo que acordó la posibilidad de justificar hechos típicos con independencia de la motivación (salvadora) del autor⁴². La argumentación del TEDH abre la puerta a una peligrosa re-ideologización de la exención. No solo porque a nadie se le escapa que la decisión sobre el valor del interés consistente en revelar prácticas fiscales lícitas está fuertemente influenciada por un juicio de valor político y moral sobre la legitimidad de aquellas, en particular, sobre si la competencia fiscal entre Estados es positiva o negativa; sino porque el alcance de lo permitido queda condicionado a la valoración positiva de un motivo personal por parte del juez penal.

Por todo lo anterior, en mi opinión, el TEDH debería haber distinguido claramente el ámbito de protección del *whistle-blowing* de prácticas lícitas del de prácticas ilícitas. En el segundo caso, el estándar de justificación del *whistle-blowing* habría de aproximarse al de las situaciones de estado de necesidad agresivo: solo un interés esencialmente preponderante, presupuesta su delimitación, podría justificar la lesión de los derechos de PwC y sus clientes. Dado que la información revelada por el Sr. Halet ya era conocida, sin que el conocimiento de aquella sirva a la salvaguarda cierta de ningún interés o derecho relevantes, su injerencia en la intimidad y propiedad penalmente protegidas no podría ser justificada. La imposición de una pena de multa de 1000 euros permite además concluir que la respuesta del Estado de Luxemburgo al injusto cometido por el Sr. Halet no constituye una injerencia desproporcionada en el art. 10 CEDH.

⁴¹ Asimismo, *vid.* BROCKHAUS, *Geheimnisschutz und Transparenz*, 2023, p. 417.

⁴² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 19/111.

¿Siguen siendo delito las facturas falsas?

Comentario a la STS 298/2024, de 8 de abril

Marta Pantaleón Díaz*

Doctora en Derecho por la UAM. Abogada en Uría Menéndez

marta.pantaleon@uria.com

-

1. Introducción

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 298/2024, de 8 de abril, ha sido sin duda una de las más comentadas de los últimos tiempos, aunque por una razón distinta a la que será objeto de este trabajo. Esta brillante ponencia de Don Antonio del Moral se ha hecho famosa por un *obiter dictum* sobre la prueba del *compliance* en la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹: las defensas tienen la carga de alegar su existencia y llevar a cabo una mínima actividad probatoria al respecto si no quieren que se tenga por acreditada su inexistencia, aunque las acusaciones no hayan dicho absolutamente nada sobre el tema². El revuelo está sin duda justificado³, pero dejo el debate sobre si esto supone una ruptura con la doctrina tradicional del Tribunal Supremo en esta materia para otro día.

El objeto de este comentario es una parte de la sentencia de 8 de abril de 2024 que, seguramente como efecto secundario de ese mismo revuelo, ha pasado, hasta donde alcanzo, prácticamente

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado «Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el Siglo XXI», Proyecto de Generación del Conocimiento del programa Estatal para impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-23 (PID2022-141610OB), cuyos Investigadores Principales son Bernardo Feijoo Sánchez y Enrique Peñaranda Ramos.

¹ *Obiter*, y no *ratio*, porque se revoca de todas formas la condena de las personas jurídicas en cuestión, al no haber quedado establecido que el delito fiscal de las personas físicas acusadas se cometiera en su beneficio directo o indirecto.

² Véase, por ejemplo, CARRATALÁ VALERA, «Algunos apuntes sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *compliance*: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 298/2024, de 8 de abril», *Revista General de Derecho Penal*, (42), 2024; DE ROS RAVENTÓS, «La carga de la prueba sobre el modelo de prevención penal a raíz de la reciente STS de 8 de abril de 2024», *La Ley Compliance Penal*, (17), 2024; o MENÉNDEZ CONCA, «La carga de la prueba en los procesos penales contra personas jurídicas: revisión de la jurisprudencia tras la STS 298/2024, de 8 de abril», *Diario La Ley*, (10690), 2025 entre decenas de entradas de blog y *newsletters* de actualidad jurídica.

³ Firma la sentencia el mismo Don Manuel Marchena que fue ponente de la STS 221/2016, Penal, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:966), igualmente famosa por otro *obiter dictum*: el de que «en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad».

desapercibida⁴: la relativa a los delitos de falsedad. En este punto (y, ahora sí, como *ratio decidendi*) el Tribunal Supremo resuelve en un sentido que, como trataré de demostrar, resulta claramente incompatible con su jurisprudencia más que asentada sobre el particular. Se trata, a mi juicio, de un viraje afortunado en el fondo, pero que en la forma merece ser objeto de una respetuosa crítica, precisamente por no haberlo presentado la Sala Segunda como lo que es: una franca ruptura.

2. La absolución por delito de falsedad en la sentencia de 8 de abril de 2024

Los hechos probados de la sentencia pueden, a los efectos que aquí interesan, resumirse de forma muy sencilla. Los acusados celebraron entre sí varios contratos de servicios profesionales, emitiendo las consiguientes facturas por su prestación. Estos documentos, sin embargo, no se correspondían con operaciones reales, sino que obedecían al solo propósito de canalizar retribuciones a uno de los acusados por «servicios de carácter irregular de origen desconocido»; comisiones por algún favor inconfesable que no llegó a acreditarse en el procedimiento, en definitiva.

Sobre esta base, la Audiencia Provincial de Castellón condenó a todas las personas físicas acusadas por un delito de falsedad en documento mercantil, limitándose a afirmar lo siguiente:

«La confección de contratos de prestación de servicios simulados en su totalidad y la emisión de facturas falsas que no responden a la realidad es una simulación de documento que se encuentra tipificada en el artículo 390.1.2.º CP y que, en consecuencia, también puede ser punible cuando es perpetrada por un particular o persona jurídica conforme a lo establecido en el artículo 392 CP».

El Tribunal Supremo casa, en este punto, la sentencia de instancia y absuelve a los acusados. La argumentación es, de nuevo, tan sintética que merece la pena reproducirla literalmente:

«La catalogación de esos documentos como simulados no es correcta. Parte de una indefendible equiparación entre lo que es un documento (art. 26 CP) y lo que es un contrato (un negocio jurídico). Hay un elemento falsario en esos documentos en efecto: lo que deduce de ellos no se ajusta fielmente a la realidad; solo en parte: se produce una relación jurídica entre los firmantes y/o las sociedades por cuya cuenta actúan, y se acuerdan unas retribuciones; pero se encubre la realidad de la relación con una causa diferente a la auténtica, y en un caso, además, se aparenta la interposición de una persona jurídica entre los reales obligados encadenando dos contratos simulados para lograr una aparente trazabilidad con el negocio real y auténtico.

Son contratos simulados.

No puede decirse, en cambio, que sean documentos simulados en el sentido del art. 390.1.2 CP. Los documentos en sí son auténticos: exteriorizan lo que realmente han querido plasmar sus intervinientes. La falsedad es ideológica: se ha hecho constar una realidad negocial simulada. Pero el documento, como base que plasma las manifestaciones realizadas, no se ha fingido. Lo simulado es el contrato; no el documento. Para sancionar la simulación contractual existe otro tipo penal que carecería de todo sentido si desbordamos la interpretación literal del art. 390.1.2 introduciendo en su perímetro, a base de jugar con las palabras, simulaciones (se falsea la manifestación; pero no el documento) ideológicas.

⁴ Una honrosa excepción: PEÑARANDA RAMOS, «Falsedades», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2025*, 2024, nm. 16169.1.

El art. 251.3 CP castiga la elaboración de contratos simulados, pero solo cuando se emiten para perjudicar a un tercero. Tal tipo penal sería incoherente con esa interpretación extensiva de lo que es la simulación en el sentido del art. 390 CP. Un contrato simulado no es un documento simulado.

De las facturas que documentan pagos reales y efectivamente realizados, pero ligados al contrato simulado, es decir, respondiendo a una causa diferente de la consignada, cabe decir lo mismo. No son documentos simulados. Lo simulado o fingido es la realidad documentada como causa del pago, no el documento mismo. Sería un sinsentido que el contrato simulado no fuese conducta típica y sí lo fuesen las facturas que documentan pagos fruto de esa contratación en que se encubre la causa real del negocio con otra, por las razones que sean»⁵.

Esto es todo. En ninguna de las dos sentencias se cita precedente jurisprudencial alguno, lo que, al menos en el caso del Tribunal Supremo, resulta muy poco habitual. Un lector poco informado podría pensar legítimamente que se ha topado con un problema “virgen” de la Parte Especial; que es la primera vez que se discute ante los tribunales si simula un documento (en el sentido del artículo 390.1.2.º del Código Penal) quien se limita a reflejar documentalmente un negocio jurídico simulado. Sin embargo, nada podría estar más lejos de la realidad. Antes de valorar la corrección sustantiva del razonamiento de la Sala Segunda que acaba de exponerse —y ya he anticipado que mi valoración es positiva— veamos, pues, el contexto que en él se silencia.

3. Lo (mucho) que vino antes

3.1. El origen de la polémica

Como es sabido, el delito de falsedad documental admite cuatro modalidades, recogidas en el apartado 1 del artículo 390 del Código Penal. Este delito puede cometerse, alternativamente:

- “1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
- 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
- 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
- 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos”.

De estas cuatro modalidades, la cuarta es atípica cuando la cometen particulares, ya sea en documento público, oficial o mercantil (artículo 392.1) o en documento privado (artículo 395). Las falsedades documentales que consisten únicamente en faltar a la verdad en la narración de los hechos solo se castigan cuando las comete una autoridad o un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

Esta despenalización parcial de las falsedades documentales cometidas por particulares fue una innovación del Código Penal de 1995 respecto del Texto Refundido de 1973, en el que todas las modalidades de falsedad documental (incluida la de faltar a la verdad en la narración de los hechos, que contemplaba el antiguo artículo 302.4.º) resultaban punibles con independencia de su autoría. Así fue como una cuestión que hasta entonces había tenido una relevancia puramente teórica —la de la subsunción de una falsedad concreta en una u otra de las modalidades de

⁵ La Sala Segunda plantea, acto seguido, la posibilidad de sustituir la condena por falsedad por una condena por otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de tercero (artículo 251.3.º del Código Penal), pero la descarta por distintas razones, sustantivas y procesales, en relación con cada uno de los acusados.

comisión del delito– adquirió una importancia práctica fundamental cuando se trataba de falsedades cometidas por particulares; importancia que, como consecuencia de la retroactividad favorable de las leyes penales (artículo 2.2 del Código Penal), se extendió incluso a hechos acaecidos, e incluso enjuiciados, con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

El debate sobre el ámbito de aplicación de la decisión despenalizadora no tardó, pues, en llegar al Tribunal Supremo. Lo que se discutía era, esencialmente, si las falsedades consistentes en documentar negocios jurídicos simulados, con el consentimiento de todos los supuestos intervinientes, resultaban ahora impunes, o podían subsumirse en otra de las modalidades del artículo 390.1 del Código Penal que no habían sido despenalizadas para particulares: las simulación de documentos prevista en el número 2.º. Y la Sala Segunda mantuvo, al respecto, dos posiciones contradictorias.

De acuerdo con una primera línea, sostenida inicialmente en la STS 869/1997, Penal, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:1997:4189), y reiterada en la famosa sentencia STS 1/1997, Penal, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:1997:6410), sobre el caso Filesa, la simulación documental de negocios jurídicos debía subsumirse en el artículo 390.1.2.º cuando el documento en cuestión fuera (en palabras de la segunda sentencia) «incierto en su totalidad», «sin que ninguno de sus conceptos corresponda a una operación mercantil efectuada». Partiendo de este criterio, un documento (contrato, factura, recibo, etc.) que reflejara un negocio jurídico absolutamente inexistente entre las partes sería «simulado» e «inauténtico» en el sentido del artículo 390.1.2.º. La despenalización se habría limitado, así pues, a los casos de simulación parcial de negocios jurídicos, por ejemplo, cuando en una factura relativa a una operación existente se declara un precio distinto del realmente acordado por las partes.

Pocos meses después, sin embargo, el Tribunal Supremo decidió en sentido contrario en sus STS 450/1998, Penal, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:1998:2045), y 224/1998, Penal, de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:1998:1316). Los hechos de la primera consistían en la celebración de contratos falsos de trabajo con extranjeros, con la finalidad de que estos pudieran obtener un permiso de trabajo. Los de la segunda, sobre el también muy conocido caso Argentia Trust, en la confección de una factura falsa para distraer fondos de un banco, simulando totalmente la existencia de una deuda con otra sociedad. En ambos casos, la Sala Segunda revocó las condenas por falsedad documental de los acusados, por considerar que estos se habían limitado a faltar a la verdad en la narración de los hechos, sin simular documento alguno. Así, en la sentencia de 30 de enero de 1998, se indicaba –como en la que es objeto de este comentario– que «no es posible confundir la simulación de un documento con la simulación del negocio jurídico documentado»⁶.

La primera de las líneas jurisprudenciales fue reiterada, aunque solo como *obiter dictum*, en la STS 1647/1998, Penal, de 28 de enero de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:430)⁷. Casi inmediatamente después, el 26 de febrero de 1999 el pleno de la Sala Segunda se reunió para fijar una posición común en este debate, al parecer decantándose «con un apretado margen»⁸ –«por una mayoría,

⁶ Ambas sentencias contaron con votos particulares de magistrados que defendieron la aplicación de la doctrina establecida por la Sala en el caso Filesa, con la consiguiente confirmación de la condena de los recurrentes.

⁷ Los hechos probados reflejaban el descuento de recibos por operaciones realmente inexistentes, pero que, a diferencia de lo que sucedía en los casos anteriores, se habían confeccionado al margen de sus supuestas emisoras. En consecuencia, la Sala Segunda pudo subsumir los hechos en una modalidad falsaria que claramente no había quedado despenalizada: la consistente en suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido (artículo 302.2.º del Texto Refundido de 1973 y artículo 390.1.3.º del Código Penal vigente).

⁸ STS 1335/2001, Penal, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6389).

exigua si se quiere, pero en definitiva mayoría»⁹ – a favor del criterio adoptado en la sentencia sobre el caso Filesa¹⁰. Y el espaldarazo definitivo llegó cuando el Tribunal Constitucional desestimó los recursos de amparo que se habían interpuesto contra la sentencia del caso Filesa por infracción del principio de legalidad penal¹¹.

3.2. Un cuarto de siglo de «doctrina Filesa»

A partir del acuerdo del pleno y las sentencias del Tribunal Constitucional que lo avalaron, la Sala Segunda cerró filas. En los veinticinco años que siguieron a la sentencia de 28 de octubre de 1997 se han sucedido más de setenta sentencias del Tribunal Supremo reiterando la «doctrina Filesa», algunas veces como simple *obiter dictum*¹², pero las más como *ratio decidendi*, incluso en supuestos en los que podría haberse condenado o en los que de hecho se condenó también por la vía (menos polémica) de los números 1.º o 3.º del artículo 390.1 del Código Penal¹³.

Dejando al margen este último grupo de casos, la doctrina se ha aplicado fundamentalmente en supuestos de documentación de negocios jurídicos simulados (a través de contratos, facturas, recibos, letras de cambio o pagarés, entre otros), bien para encubrir la causa real de una transferencia patrimonial que se realiza en el acto, bien para provocar una transferencia patrimonial no justificada. El paradigma del primer grupo es el propio caso Filesa, en el que se confeccionaban facturas falsas para dar una cobertura aparentemente legítima a la financiación

⁹ STS 1345/2005, Penal, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6210).

¹⁰ En realidad, lo que pasó ese 26 de febrero de 1999 dista mucho de estar claro. Como afirma DE PABLO SERRANO, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de falsedad ideológica cometida por particular. Una revisión a la luz del bien jurídico y del deber de veracidad», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (41), 2016, p. 16, «existe y ha existido en torno a este acuerdo algo de misterio que no ha llegado nunca a revelarse». PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2025*, 2024, nm. 16169.1, señala que, a pesar de la frecuencia con la que se cita el acuerdo en las sentencias que recogen la «doctrina Filesa», que este fuera el criterio acogido «es más que dudoso, pues –al parecer– en el pleno citado no se llegó a adoptar acuerdo alguno por falta de consenso entre sus miembros». Una afirmación similar se recoge en la STS 2522/2001, Penal, de 24 de enero de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:344), donde se indica que los argumentos a favor de una y otra interpretación «han sido objeto de debate en el seno de este Tribunal en un Pleno no Jurisdiccional celebrado al amparo del artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el 26 de febrero de 1999, donde se llegó a un resultado no decisivo». El acuerdo, no obstante, figura publicado como tal en la página web del Consejo General del Poder Judicial, y puede consultarse en la siguiente dirección: https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.0cb0942ae6fbda1c1ef62232dc432ea0/?vgnextoid=e70f78540ecbf510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextchannel=3e14bf98e6ec8510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES (última visita: 31 de marzo de 2025). Que el documento que puede descargarse a través del enlace fuera falso daría para una preciosa paradoja.

¹¹ SSTC 123/2001 (BOE núm. 158 de 3 de julio de 2001) y 127/2001 (BOE núm. 158 de 03 de julio de 2001), ambas de 4 de junio.

¹² SSTs 1937/2001, Penal, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2001:8315); 1159/2010, Penal, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7691); y 68/2018, Penal, de 7 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:1155), entre otras.

¹³ Se podría haber aplicado el apartado 1.º en la STS 386/2005, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1764); y también en las SSTs 1282/2000, Penal, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2000:6715); 331/2013, Penal, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2089); y 733/2015, Penal, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:5085), si se parte de la base de que no hay ninguna diferencia valorativamente relevante entre alterar una factura preexistente (borrando unos datos y escribiendo otros encima, por ejemplo) y emitir un duplicado en el que aparezcan ya modificados esos mismos datos. Por su parte, el apartado 3.º podría haberse aplicado o se aplica junto con el 2.º en las SSTs 704/2002, Penal, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2862); 2028/2002, Penal, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2002:8067); 1212/2004, Penal, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2004:6930); 298/2006, Penal, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:1651); 614/2008, Penal, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:5373); 476/2016, Penal, de 2 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2887); 279/2020, Penal, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1579); 284/2020, Penal, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1775); y 811/2021, Penal, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3894). Finalmente, de la STS 81/2023, Penal, de 9 febrero (ECLI:ES:TS:2023:358), se pueden decir ambas cosas, por lo que la invocación en ella de la «doctrina Filesa» fue doblemente innecesaria.

ilegal de un partido político¹⁴. El del segundo, el descuento de facturas relativas a negocios jurídicos inexistentes¹⁵.

En ambos grupos de casos, la «doctrina Filesa» se ha aplicado, en general, de forma plenamente consistente: se condena cuando la simulación del negocio jurídico documentado es total y se absuelve cuando es parcial¹⁶. Los quebraderos de cabeza comenzaron, sin embargo, con su aplicación en supuestos de falsedad contable no cometidos por administradores societarios¹⁷. Como los contratos y las facturas recogen generalmente *un solo* negocio jurídico, resulta relativamente sencillo asimilar la simulación total del negocio a la simulación del documento que lo recoge. Pero los libros de contabilidad documentan *muchos* negocios jurídicos en un solo documento (el libro en cuestión). Cuando se inserta un apunte contable relativo a un negocio ficticio, la simulación *del negocio* sigue siendo total, pero *el libro* normalmente contiene más asientos relativos a negocios reales. ¿Se está simulando también el documento (el libro)?

La perplejidad que genera esta pregunta es probablemente lo que ha determinado que el Tribunal Supremo haya resuelto, cuando ha tratado de aplicar la doctrina mayoritaria a esta clase de casos¹⁸, una cosa y su opuesta. Así, por ejemplo, en las SSTs 324/2009, Penal, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1985), y 338/2019, Penal, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2308), la Sala Segunda condenó por simulación de documento mercantil a dos personas (una contable externa, en el primero de los casos; un empleado, en el segundo) que habían encubierto su apropiación

¹⁴ También, por ejemplo, los de las SSTs 1937/2001, Penal, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2001:8315); 2017/2002, Penal, de 3 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:642); 71/2004, Penal, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2004:558) y 37/2006, Penal, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2006:1208) «caso Kio»; 145/2005, Penal, de 7 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:658); 828/2006, Penal, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2006:6185); 213/2008, Penal, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2201); 614/2008, Penal, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:5373); 692/2008, Penal, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:6941); 356/2012, Penal, de 3 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:2911); 586/2012, Penal, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2012:5131); 1018/2013, Penal, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:6551); 905/2014, Penal, de 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5534); 476/2016, Penal, de 2 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2887); 543/2017, Penal, de 2 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2809); 149/2020, Penal, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1080); 507/2020, Penal, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3191) «caso Gürtel»; 984/2022, Penal, de 13 diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4811); 1017/2022, Penal, de 23 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:377); y 1023/2022, Penal, de 26 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1718).

¹⁵ A este grupo pertenecen, entre otros, los casos de las SSTs 2522/2001, Penal, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2002:344); 704/2002, Penal, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2862); 514/2002, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2002:3854); 1302/2002, Penal, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5186); 325/2004, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2004:1677); 249/2003, Penal, de 30 de marzo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:2179); 1590/2003, Penal, de 22 de abril de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:2634) «caso Intelhorce»; 1345/2005, Penal, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6210); 900/2006, Penal, de 22 de septiembre (ECLI:ES:TS:2006:7939); 63/2007, Penal, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2007:475); 667/2007, Penal, de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5265); 278/2010, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1566); 495/2011, Penal, de 1 de junio (ECLI:ES:TS:2011:3764); 483/2019, Penal, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3209); 1002/2021, Penal, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4939); 245/2022, Penal, de 16 marzo (ECLI:ES:TS:2022:1080); 813/2022, Penal, de 14 octubre (ECLI:ES:TS:2022:375); 269/2023, Penal, de 19 abril (ECLI:ES:TS:2023:1646); y 623/2023, Penal, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3546).

¹⁶ Todas las sentencias citadas en las notas 14 y 15 son condenatorias, salvo las sentencias del Tribunal Supremo 667/2007, de 12 de julio; y 1017/2022, de 23 de enero de 2023, relativas a la segunda solo respecto de algunas de las conductas falsarias) a casos de simulación parcial. También son absolutorias, por el mismo motivo, las sentencias del Tribunal Supremo 1282/2000, de 25 de septiembre; y 733/2015, de 25 de noviembre (aunque, como he defendido en la nota 13, me parece que en ambos casos se podría haber fundamentado una condena en el artículo 390.1.1.º del Código Penal).

¹⁷ En estos casos no podía fundamentarse una condena en el artículo 290 del Código Penal, que como es sabido castiga «los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero».

¹⁸ En otros supuestos simplemente la ha abandonado, sin contradecirla frontalmente, considerando atípicas las falsedades contables no subsumibles en el artículo 290 del Código Penal. Esto mismo se dejó apuntado, como *obiter dictum*, en la STS 1256/2004, Penal, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:8021), en la que la Sala Segunda confirmó una condena por el delito del artículo 290.

de activos de una entidad mediante la realización de apuntes en los libros de contabilidad que no se correspondían con operaciones reales. Sin embargo, en un caso idéntico en todo lo relevante –el de la STS 211/2014, Penal, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:1534)– la Sala revocó la condena del recurrente, por entender que «el balance confeccionado por el acusado correspondía a una sociedad existente y a un ejercicio económico real»¹⁹.

Este último argumento admitía, para un defensor de la «doctrina Fílesca», una respuesta sencilla (aunque igual de poco respetuosa con el principio de legalidad que la propia doctrina): para condenar por simulación de documento basta con que el documento en cuestión recoja un negocio jurídico totalmente simulado, pero no es necesario que esto sea *lo único* que recoja el documento. Mientras haya un negocio totalmente simulado, el documento podrá estarlo, como indica el artículo 390.1.2.º del Código Penal «en todo o en parte»: en todo, si solo recoge ese negocio; en parte, si además recoge otros reales. Curiosamente, sin embargo, no fue esto lo que sostuvo el Tribunal Supremo para fundamentar sus condenas en las sentencias de 27 de marzo de 2009 y de 3 de julio de 2019, sino algo que no estoy segura de comprender lo suficientemente bien para resumirlo sin recurrir a la cita literal, a pesar de su extensión:

«De modo que cuando se falte a la verdad en la narración de los hechos por un particular en un documento público, oficial o mercantil lo ha de ser con efecto de mera interpolación no esencial, es decir, un elemento falsario de estricta aportación personal, introducido mendazmente en un documento que, a su vez, debe ser auténtico, o verdadero, si se quiere.

Por ejemplo, una falsa introducción de un dato que no es real (el precio, pongamos por caso), en una escritura de compraventa (documento público), otorgada por notario. Una manifestación mendaz en la obtención de una licencia administrativa o el suministro de un dato en una liquidación con trascendencia tributaria (documento oficial), o la intencionadamente errónea descripción de datos en una factura o en un contrato de adhesión (documentos mercantiles).

Pero nunca, si no queremos dejar vacío de contenido el número segundo del art. 390.1 del Código Penal, podrá producirse la aludida atipicidad si lo que se lleva a cabo es una simulación completa del documento, de modo que, en apariencia, se trate de un documento verdadero, siendo falso en su totalidad, o en su mayor parte, de manera que la mendacidad suponga simular ‘un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad’.

Es pues, la mutación de la autenticidad, que no es más que el atributo máspreciado de la verdad, lo que confiere trascendencia a la conducta del autor.

Cuando lo falso se hace pasar por auténtico, induciendo, pues, a confusión de los demás, que es la razón de la penalización de este delito, ya que más que un pretendido derecho a lo verdadero (a la verdad, se ha dicho con frecuencia), existe un derecho a no ser sorprendido por la confusión de lo aparentemente existente como tal, por la confianza que los documentos generan en la ciudadanía cuando son suscritos por quien emite una declaración de voluntad o de constancia, de manera que si todo o la mayor parte (‘en todo o en parte’, dice la ley penal) induce a error sobre su autenticidad, existirá delito de falsedad del antedicho párrafo del art. 390.1 del Código Penal.

Quedan fuera, pues, las expresiones mendaces que no integran tal simulación, porque el documento se considera en su totalidad auténtico, aunque algunas expresiones o datos no lo sean, pero desde la perspectiva de la accidentalidad, no por razón de su relevancia para el negocio jurídico analizado,

¹⁹ El ponente de esta sentencia, Don Miguel Colmenero, reiteró esta misma argumentación (con toda coherencia) en un voto particular a la sentencia de 3 de julio de 2019.

sino en función de la autenticidad del documento suscrito, considerado en su vertiente de apariencia de realidad en un todo completo o existente como tal».

Con esta fundamentación, la Sala Segunda parece estar dando entrada a la tipicidad de conductas consistentes en documentar negocios jurídicos *parcialmente* simulados, pero solo en algunos casos: cuando los elementos mendaces sean lo suficientemente «esenciales» para considerar el documento como falso «en su mayor parte»²⁰. Pero para valorar ese carácter «esencial» no habría que atender a la relevancia del elemento falseado para el negocio jurídico en cuestión –en caso contrario, ¿cómo podría seguir sosteniéndose la atipicidad de la declaración de un precio mendaz en una escritura de compraventa por lo demás verdadera?– sino a su importancia «en función de la autenticidad del documento suscrito» (signifique esto lo que signifique).

Esta innovación (innecesaria, como se ha visto) ha dotado a la «doctrina Filesa» de contornos mucho más difusos e impredecibles. La frontera entre la simulación documental (artículo 390.1.2.º) y la simple falta de verdad (artículo 390.1.4.º) ya no está en el carácter total o parcial de la simulación del negocio jurídico documentado, sino en la “esencialidad” para la autenticidad del documento de los elementos que se simulan. Y la mejor muestra de ello es la STS 232/2022, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:965), en la que se confirma la condena por simulación de documento al director gerente de una cooperativa y tres de sus comerciales que se habían limitado a formalizar por escrito, de forma antedatada, los contratos verbales de agencia que habían mantenido con la entidad, aunque incluyendo en el documento condiciones distintas a las pactadas verbalmente en cuanto a la extensión de las comisiones. Aunque no se citan en ella directamente las sentencias sobre falsedad contable a las que acabo de referirme, la motivación de la sentencia plenaria de 14 de marzo de 2022 sigue claramente la (incierta) senda abierta por aquellas:

«Es cierto, como se afirma por el recurrente, que los documentos contienen menciones que corresponden a la realidad material de la regla negocial, pero en el caso no pueden compensar el componente simulado que pretende “preconstituir” con una finalidad probatoria determinada elementos esenciales de dicha regla negocial absolutamente inexistentes lo que dota a la mutación falsaria del grado de lesividad necesario para considerarla típica ex artículo 390.1.2º CP cuando sea realizada por particulares».

Sea como fuere, parece que, incluso en su desfigurada configuración actual, la aplicación de la «doctrina Filesa» ha requerido siempre la simulación *de un negocio jurídico*. Un documento no puede considerarse simulado, en el sentido del artículo 390.1.2.º del Código Penal, por la simple razón de recoger declaraciones falsas *sobre hechos*, por muy totales y absolutas que sean esas falsedades²¹. Por eso es atípico documentar un acuerdo social en el que se declara, como antecedente, que la sociedad es propietaria de un bien del que en realidad carece (STS 494/2003, Penal, de 2 de abril [ECLI:ES:TS:2003:2279]); o mentir en la contestación por escrito a un

²⁰ Así interpretan la sentencia COCA VILA, «Las falsedades documentales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2023, p. 268; y SILVA SÁNCHEZ, «Las falsedades documentales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2023, p. 383.

²¹ El único caso en el que me consta que la Sala Segunda ha ido más allá de este sensato límite es el de la STS 309/2012, Penal, de 12 de abril (ECLI:ES:TS:2012:2863), en la que se condenó por simulación de documento oficial a un inspector tributario que había elaborado un listado electrónico de contribuyentes que aparentaba que estaban siendo inspeccionados por él (impidiendo así que fueran inspeccionados por otros inspectores), cuando realmente no estaban siendo objeto de inspección alguna. No puede perderse de vista, sin embargo, que al ser el autor un funcionario en ejercicio de sus funciones, se podría haber dictado igualmente una sentencia condenatoria subsumiendo los hechos en el apartado 4.º del artículo 390.1 del Código Penal.

requerimiento judicial (STS 935/2013, Penal, de 5 de diciembre [ECLI:ES:TS:2013:5901]); o declarar falsamente ante notario, con ocasión de la venta de un inmueble en escritura pública, que este se encuentra libre de cargas (STS 84/2022, Penal, de 27 de enero [ECLI:ES:TS:2022:392]); o enviar un formulario a Hacienda comunicando mendazmente el inicio de una actividad empresarial (SSTS 261/2024, Penal, de 18 de marzo [ECLI:ES:TS:2024:1609] y 262/2024, Penal, de 18 de marzo [ECLI:ES:TS:2024:1608]). Algunas de estas resoluciones suelen citarse como ejemplos aislados de disidencia respecto de la doctrina mayoritaria, pero tienen, a mi juicio, un alcance mucho más limitado: dejan patente que, con independencia de la calificación que corresponda a la simulación documental de negocios jurídicos, para los particulares mentir sobre hechos no es, en sí mismo, un delito, aunque se haga por escrito.

3.3. De repente, Pescanova

La primera resolución del Tribunal Supremo desde el caso *Argentia Trust* que (según se interprete) podría haber supuesto una quiebra con la «doctrina Filesa» comparte ponente con la que es objeto de este comentario: Don Antonio del Moral. Se trata de la STS 259/2020, Penal, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1326). En los hechos probados se describe, en síntesis, cómo el administrador de una sociedad emitió dos certificaciones en las que se indicaba que los socios, reunidos en junta universal, habían acordado por unanimidad que la sociedad suscribiera una póliza de crédito y otra de contragarantía a favor de otra entidad, también administrada por él. Consta que las juntas universales nunca se celebraron y parece –aunque no se especifica en el relato de hechos– que el resto de socios tampoco consintieron informalmente los acuerdos sociales reflejados en las certificaciones²².

La Sala Segunda revocó la condena del administrador por falsedad en documento mercantil, argumentando que

«estamos ante una falsedad efectuada por un particular y de naturaleza ideológica. No se falsea el acta, sino una certificación y, además, en un momento en que la legislación societaria era menos estricta en el punto afectado. La certificación no es un documento totalmente simulado (art. 390.1.2.º). Es un documento que expide realmente quien lo firma (no se simula su intervención), aunque lo certificado no se ajuste a la realidad (es una mentira de un particular por escrito). Es falsedad ideológica del art. 390.1.4º CP y como tal atípica (art. 392 CP)».

La referencia del Tribunal Supremo a que las certificaciones eran una simple «mentira de un particular por escrito» transmite la impresión de que la Sala podría haber interpretado el supuesto de hecho como una simple declaración falsa sobre hechos, como las de las sentencias citadas al final del apartado anterior. Y este podría haber sido el caso si –como resulta absolutamente frecuente en la práctica, especialmente en sociedades familiares– el administrador se hubiera limitado a certificar que unos acuerdos sociales consentidos informalmente por todos los socios se hubieran adoptado *en junta universal*, sin ser cierto esto último²³. Pero ya hemos visto que la propia Sala Segunda descarta, aparentemente, que existiera

²² Razona, en este sentido, el Tribunal Supremo que «[e]l estado de conflicto con los otros socios hace baldía y totalmente inasumible la excusa de tratarse de una sociedad familiar en la que se adoptaban los acuerdos de manera informal».

²³ En este sentido debe leerse, a mi juicio, una sentencia del Tribunal Supremo ligeramente posterior sobre hechos similares: la STS 425/2021, Penal, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:1992), en la que la Sala Segunda confirma la absolución por falsedad en documento mercantil del administrador de una sociedad familiar que había emitido, a lo largo

este consentimiento informal. Parece, por tanto, que las certificaciones en cuestión documentaban negocios jurídicos totalmente simulados (los acuerdos sociales) y esto deja abiertas solo dos posibles interpretaciones de la absolución del administrador: que la Sala quisiera apartarse, para este caso, de la «doctrina Fílesa» sin oponerse directamente a ella; o que, por razones que se me escapan, quisiera limitar su aplicación a los negocios jurídicos bilaterales (contratos), excluyendo los multilaterales²⁴.

Respaldaría la primera interpretación el hecho de que, en una sentencia ligeramente posterior sobre hechos *prácticamente idénticos* –la STS 279/2020, Penal, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1579)– la Sala Segunda confirmase una condena tanto por simulación documental como por suposición de la intervención en las supuestas juntas de personas que no la habían tenido²⁵. Lo cierto, sin embargo, es que solo diez días antes y siete días después de dictar la sentencia de 28 de mayo de 2020, respectivamente, su ponente había firmado otras dos en la que se respaldaba la «doctrina Fílesa»: las SSTs 149/2020, Penal, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1080); y 284/2020, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1775)²⁶. Y tanto él como el resto de los firmantes de la sentencia de 28 de mayo de 2020 suscribieron dos años después la sentencia plenaria que daría un nuevo espaldarazo a esta doctrina: la de 14 de marzo de 2022. Todo ello impide afirmar con seguridad que la sentencia de 28 de mayo de 2020 sea la primera sentencia desde *Argentia Trust* en la que el Tribunal Supremo se aparta de ella. Este título (honorífico) le corresponde, a mi juicio, a la famosa STS 89/2023, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:441), sobre el caso *Pescanova*.

Las sociedades del grupo *Pescanova* celebraron entre ellas contratos ficticios de compraventa de pescado con el propósito de utilizar estos documentos y otros conexos (facturas, albaranes, etc.) para obtener financiación bancaria a corto plazo bajo diferentes fórmulas jurídicas (créditos documentarios y *factoring*, fundamentalmente). Los hechos encajaban a la perfección en uno de los grupos de casos en los que, como expliqué en el apartado anterior, el Tribunal Supremo había aplicado constantemente hasta entonces la «doctrina Fílesa» para condenar por simulación de

de varios años, certificaciones de las actas de las juntas universales en las que supuestamente se habían aprobado las cuentas anuales. En realidad dichas reuniones no se habían celebrado formalmente, o al menos no con carácter universal, al no haber estado presente una de las socias (la querellante). El Tribunal Supremo considera los hechos subsumibles tanto en el número 2.º del artículo 390.1 del Código Penal (reiterando la «doctrina Fílesa») como en su número 3.º. Sin embargo, confirma la absolución del acusado por considerar que su modo de proceder a lo largo de esos años había sido consentido por todos los socios, incluida la querellante.

²⁴ Resulta igualmente sorprendente que el Tribunal Supremo no condenase al administrador por la modalidad falsaria prevista en el número 3.º del artículo 390.1 del Código Penal, cuando podría interpretarse que había supuesto, con las certificaciones emitidas, la intervención del resto de sus familiares en unas juntas universales que en realidad no se habían celebrado. Como he indicado en la nota 23, esto es precisamente lo que consideró la Sala Segunda en su sentencia de 19 de mayo de 2021, y también, como se verá a continuación en el texto, en la sentencia 279/2020, de 3 de junio, sobre hechos muy similares. En la sentencia de 28 de mayo de 2020, el Tribunal Supremo parece haber optado implícitamente por una interpretación restrictiva del número 3.º, de acuerdo con la que esta modalidad falsaria solo resultaría aplicable a los supuestos en los que la persona cuya intervención se supone mendazmente es el autor del documento, afectando así a su carácter genuino (a su autenticidad en sentido estricto); una interpretación que, como explicaré más adelante, me parece adecuada (nota 35).

²⁵ En el mismo sentido, la STS 852/2022, Penal, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:4067).

²⁶ También firma poco después Don Antonio del Moral la sentencia 507/2020, Penal, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3191) «caso Gürtel», en la que, de nuevo, se aplica la doctrina mayoritaria para calificar la subsunción en el número 2.º del artículo 390.1 del Código Penal de la confección de una serie de facturas que no respondían a operaciones reales, para encubrir el pago de sobornos (entre otras finalidades).

documentos: el de documentación de negocios jurídicos simulados para obtener transferencias patrimoniales no justificadas²⁷.

Esto mismo hizo la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional en su sentencia 14/2020 de 6 de octubre (ECLI:ES:AN:2020:2351): condenar a los directivos del grupo Pescanova implicados en estos hechos como autores o partícipes de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, adhiriéndose expresamente a la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo. Sin embargo, la Sala Segunda –con ponencia, en este caso, de Don Leopoldo Puente Segura– revoca la condena y los absuelve. Y lo más sorprendente es que lo hace concediendo (*obiter*) que «ciertamente, y como señala el Ministerio Público, al tiempo de oponerse al presente recurso, la emisión de un documento que en absoluto responde a la efectiva realización del negocio que expresa, trasciende al ámbito de la mera “falsedad ideológica”, inhábil para configurar la falsedad en documento público o mercantil cometida por un particular», con amplia cita, acto seguido, de su jurisprudencia constante al respecto.

¿Cómo es posible que la «doctrina Filesa», aplicada a los hechos del caso Pescanova, resulte en una absolución? No es posible. O solo lo es si se desvía el debate hacia otra cuestión: la de la propia falsedad del documento. Si los documentos correspondientes no son siquiera mendaces, no entra en juego ninguna de las modalidades del artículo 390.1 del Código Penal, de manera que hay que absolver *con independencia* de si se entiende que la documentación de negocios jurídicos simulados puede subsumirse en el número 2.º de este precepto. La Sala Segunda recurre, en este punto, a una creativa analogía con el descuento de letras y pagarés de favor. Comienza citando su STS 627/2016, Penal, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3457) –otra ponencia de Don Antonio del Moral– sobre un supuesto de esta clase:

«El núcleo de la queja consiste en dilucidar si la emisión de pagarés (o, en su caso, letras de cambio) que no obedecen a una operación comercial (es decir se expiden como puro instrumento de financiación: letras financieras, o de favor, o de peloteo, o ruedas de cheques o pagarés) suponen un falseamiento de la realidad incardinable en el art. 390.1.2.º (simular un documento de forma que induzca a error sobre su autenticidad).

La cuestión no estriba propiamente en determinar si algunas falsedades ideológicas encuadrables en el art. 390.1.4º, despenalizadas a partir de 1995 cuando el autor es un particular, lo son también en el art. 390.1.2º y por tanto continúan siendo punibles (que es lo debatido en el Pleno no jurisdiccional de 1998). A ese terreno lleva la discusión el Ministerio Fiscal en su elaborado dictamen evocando la distinción entre la autenticidad y la genuinidad de un documento.

No. El problema es otro, distinto y previo: viene heredado de la legislación anterior. No es un debate aparecido a raíz de la despenalización en el Código Penal de 1995 de algunas de las falsedades ideológicas (faltar a la verdad en la narración de los hechos) cuando no interviene en ellas funcionario o autoridad. Ya bajo la vigencia del texto de 1973 se discutía (y era patente la divergencia entre la doctrina frente a lo que se solía sostener en la jurisprudencia –no sin excepciones y fluctuaciones–) si una letra de favor, una letra vacía, es decir aquella tras la cual no subyace una operación real, constituía una falsedad punible. La cuestión se presentaba de forma paralela en relación a otros documentos mercantiles como el cheque o el pagaré. Frente a la posición jurisprudencial mayoritaria (aunque no unánime) que se inclinaba por la respuesta afirmativa, los

²⁷ De hecho, muchas de las sentencias condenatorias citadas en la nota 15 se refieren a hechos idénticos, a estos efectos, a los del caso Pescanova: las SSTS 2522/2001, Penal, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2002:344); 1302/2002, Penal, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5186); 900/2006, Penal, de 22 de septiembre (ECLI:ES:TS:2006:7939); 278/2010, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1566); y 495/2011, Penal, de 1 de junio (ECLI:ES:TS:2011:3764).

comentaristas resaltaban que el carácter abstracto y no causal de la letra de cambio llevaba a concluir que consignar en ella como librado a una persona no significaba afirmar que era deudor real. Sería, en su caso, deudor cambiario si aceptaba la letra. Deudor cambiario no equivale necesariamente a deudor en una real relación causal subyacente. Por eso aparecer como librado en un título abstracto no implica ser deudor. No es falsedad señalar como librado a quien no es deudor. Como tampoco resulta falso un pagaré firmado por quien no adeuda nada. Expresa sencillamente que asume una obligación de realizar un abono en la fecha indicada por la cantidad consignada; que emite una promesa de pago. Solo si la firma no es auténtica podríamos estar ante una falsedad. Si no, el pagaré es ejecutable, al margen de las relaciones causales.

Ya antes de 1995 era más que cuestionable que en esos casos estuviésemos ante un delito de falsedad. Era controvertido aceptar que se tratase de un caso de narración falsa, es decir no ajustada a la verdad (art. 302.4º del CP 1973).

Eso es lo que plantea en rigor el recurrente; y no tanto el debate sobre el alcance del art. 390.1.2 CP que es propio de un estadio posterior, que solo surgirá si se responde afirmativamente al primer interrogante: ¿es conducta falsaria la emisión de pagarés no comerciales?

La jurisprudencia, según hemos anticipado, no ha sido homogénea. Pero los pronunciamientos más recientes y singularmente aquellos que abordan más a fondo la cuestión, en su planteamiento más hondo, abonan la idea patrocinada por el impugnante en este primer motivo: estaremos en su caso ante un medio apto para engañar y por tanto para constituir uno de los elementos básicos del delito de estafa si confluyen sus demás componentes; pero no es un documento falso en sí mismo en el sentido de que afirme falazmente algo discordante con la realidad. El pagaré acredita la obligación asumida por el firmante: el compromiso puro de abonar la cantidad que se refleja. Pero no acredita que esa obligación que se asume obedezca a una deuda previa real. Ni acredita que sea sincera la voluntad reflejada en el documento. Si no hay voluntad de atenderlo, estaremos ante una mendacidad, pero no una falsedad punible. Quien recibe el pagaré sabe que podrá ejecutarlo frente al firmante: su garantía es su solvencia. Como no es falsedad un cheque librado con fines exclusivos de garantía, tampoco lo son unas letras o pagarés de favor, más allá de que su descuento ocultando al banco esa realidad y presentándolos como si fuesen letras, o pagarés que se basan en relaciones comerciales pueda constituir el presupuesto de un delito de estafa (si concurren el resto de elementos: perjuicio, dolo antecedente...).

Y concluye, tras esta amplia cita, que

«esa es aquí, consideramos, la cuestión. Cuando la sentencia impugnada se refiere a que la documentación presentada al banco (contratos de compraventa en los créditos documentarios; facturas en las líneas de descuento o *factoring*) ‘no estaba soportada por operaciones comerciales reales’, quiere dar a entender que no se trataba de auténticas compraventas (en la medida en que el vendedor no entregaría al comprador, ni que fue nunca éste su propósito, el objeto del negocio). En cualquier caso, y aunque así fuera, lo cierto es que los documentos presentados expresaban una plena identidad entre sus autores formales y materiales (no había suplantación o simulación de firma), apareciendo suscritos por los representantes legales de las mercantiles que intervenían en el negocio, sin que se hubiera alterado tampoco ningún otro de los elementos esenciales del documento, ni se atribuyera en el mismo a quienes intervinieron en su confección declaraciones o manifestaciones diferentes de las que realmente hicieron.

Los tan citados documentos incorporaban, de modo más o menos explícito, un compromiso de pago por quien aparecía en ellos como comprador, correspondiéndose la firma de éste con la suya auténtica y actuando en nombre de sociedades que representaba efectivamente. Y la finalidad de dichos documentos no era otra, tal y como en la propia sentencia impugnada se afirma, que la de ser presentados por el vendedor a negociación con entidades bancarias (descuentos, *factoring*, créditos documentarios) al efecto de que éstas les adelantaran su importe, naturalmente previo el

correspondiente descuento, sin que, en consecuencia, produjeran en el tráfico jurídico ningún otro efecto distinto, funcionando así, en sustancia, del mismo modo que las referidas 'letras de favor'. Se trataba de documentos auténticos y hábiles para la finalidad proyectada. Cuestión distinta sería que, ya inicialmente, la cedente, Pescanova, hubiera proyectado desentenderse, con relación a los documentos negociados, de cualquier responsabilidad en el pago, teniendo conocimiento, además, de que los mismos tampoco podrían ser (o no serían) atendidos por el deudor cedido, lo que desplazaría la cuestión al ámbito propio del delito de estafa».

Considero, no obstante, con el debido respeto, que esta analogía no se sostiene. Si puede (y debe, a mi juicio) afirmarse que las letras y pagarés de favor *no son falsos* aunque no respondan a una relación causal subyacente, esto se debe a su carácter abstracto. Estos títulos, como acertadamente se expresa en la sentencia de 13 de julio de 2016, «acredita[n] la obligación asumida por el firmante: el compromiso puro de abonar la cantidad que se refleja. Pero no acredita[n] que esa obligación que se asume obedezca a una deuda previa real. Ni acredita[n] que sea sincera la voluntad reflejada en el documento». Pero en Pescanova los documentos que se empleaban para obtener financiación no eran letras ni pagarés; eran contratos y facturas. Ciertamente, estos documentos «incorporaban, de modo más o menos explícito, un compromiso de pago por quien aparecía en ellos como comprador» (una declaración que, efectivamente, se había producido). Sin embargo, a diferencia de una letra de cambio, o de un pagaré, los contratos y las facturas no recogían *solo* esto, sino *también* una relación comercial inexistente: una compraventa de pescado de la que ese compromiso de pago traía causa.

Una letra de cambio o un pagaré puede, en definitiva, ser verdadero aunque sea falsa la relación causal que supuestamente sustenta la obligación de pago documentada. Pero esta distinción carece de sentido en relación con un contrato o una factura, porque estos no documentan únicamente la relación de pago, sino también la propia relación causal eventualmente simulada. Si la relación causal no existe, el contrato o la factura son falsos, y lo que puede discutirse es (como siempre) si hay una mera falta de verdad en la narración de los hechos –impune para particulares– o si también se está simulando el propio documento. Cuando se afirma lo primero, se está contradiciendo la «doctrina Fílesa». Y esto es lo que, como ya puso de manifiesto COCA VILA en esta misma revista, ha hecho en el fondo el Tribunal Supremo en su sentencia sobre el caso Pescanova²⁸.

El problema, a mi juicio, es que lo ha hecho en el fondo, y no en la forma; apartándose, al fin y al cabo, consciente o inconscientemente, pero declarando lo contrario. COCA VILA opina al respecto que «[l]a importación de la tesis de la atipicidad de las letras de favor al caso aquí en comento es, en lo que a sus consecuencias prácticas se refiere, loable» y que «[q]uizá sea esta la forma menos traumática de apartarse de la tan consolidada como criticada tesis según la cual los particulares que se ponen de acuerdo para otorgar un contrato o una factura que recoge una operación inexistente incurrir en una falsedad (ideológica) típica ex art. 390.1.2º CP»²⁹. Pero, de nuevo con el máximo respeto por el ponente y los firmantes de la sentencia (y por supuesto también por COCA VILA), yo albergo serias dudas al respecto.

²⁸ COCA VILA, «El delito de falsedad en documento mercantil», en VV.AA., «El “caso Pescanova”. Comentario a la STS 89/2923, de 10 de febrero», *InDret*, (3), 2023, pp. 686-687. También COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2023, p. 268.

²⁹ COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 687.

No creo, en primer lugar, que sea una buena noticia que cuando el Tribunal Supremo se aparta de su propia jurisprudencia anterior lo haga de forma «poco traumática»; me parece que sería mucho mejor que lo hiciera de la forma más clara y directa posible. Sobre ello volveré en el apartado 5 del trabajo. Pero tampoco estoy de acuerdo, en segundo lugar, con que la analogía con las letras de favor sea un camino prometedor para llevar a cabo una ruptura silenciosa con la «doctrina Filesa». No lo es porque, de admitirse esta analogía –que ya he explicado que me parece muy problemática–, solo serviría para uno de los dos grupos de casos a los que, como expliqué en el apartado 3.2 suele aplicarse esta doctrina: para aquellos (como Pescanova) en los que se documentan negocios jurídicos simulados *para obtener* transferencias patrimoniales no justificadas, pero no para aquellos (como Filesa y Argentinia Trust) en los que los documentos se confeccionan *para encubrir* la causa real de una transferencia patrimonial que se realiza en el acto.

Así llegamos, de nuevo, a la sentencia objeto del presente comentario. Los hechos de la sentencia de 8 de abril de 2024 pertenecen claramente a este segundo grupo de supuestos: se simularon contratos y facturas para canalizar el pago de comisiones por servicios desconocidos a uno de los acusados. Si la analogía con el descuento de letras de favor resultaba ya poco satisfactoria en el caso Pescanova, aquí era directamente imposible; los casos no se parecían en nada. La Sala Segunda solo podía absolver a los acusados si rompía con la «doctrina Filesa» y recuperaba la «doctrina Argentinia Trust»: la simulación de un negocio jurídico no convierte en simulado el documento en el que este se recoge. Y eso fue, exactamente, lo que hizo. Pero lo hizo sin citar ni una ni otra doctrina, ni mucho menos expresar su discrepancia con la primera. Lo hizo como si estuviera resolviendo un problema completamente nuevo.

4. Lo (poco) que ha venido después

Desde la sentencia objeto de este comentario, la «doctrina Filesa» solo ha vuelto a ser aplicada, hasta donde alcanzo, en tres sentencias del Tribunal Supremo³⁰. La primera es la STS 1033/2024, Penal, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2024:5577), sobre el caso de los papeles de Bárcenas, cuyo ponente vuelve a ser el mismo que el de la sentencia de 8 de abril de 2024: Don Antonio del Moral. Los hechos del caso consistían, en lo que aquí interesa, en la emisión de una serie de certificaciones de obra (con las correspondientes facturas) que no reflejaban la totalidad de los trabajos realizados, posibilitando así el pago de la parte no recogida en ellas con cargo a una “caja B”. La Sala Segunda revoca la condena por falsedad documental de los acusados *aplicando* su doctrina mayoritaria:

«en este caso, sin apartarnos de la línea jurisprudencial vigente, sin innovaciones, ha de concluirse que los hechos son atípicos. Se trata de una mera falsedad ideológica cometida por particular, no reconducible a ninguno de los tres primeros apartados del art. 390.1. Para que pueda tener alguna operatividad en este campo el art. 390.1.2 CP, es preciso un documento que recoja algo *totalmente* inveraz o absolutamente ficticio. Las inveracidades parciales (consignar en una factura un precio distinto del real; no reflejar en el documento la totalidad de las obras; omitir alguno de los conceptos que debieran incluirse...) no desbordan el ámbito del art. 390.1.4 CP» (cursiva en el original).

³⁰ Recientemente se ha publicado también la STS 210/2025, Penal, de 5 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:961), en la que se confirma una condena por simulación documental relativa a la confección de facturas falsas para simular gastos realmente inexistentes y conseguir un ahorro fiscal. La calificación de estos hechos como falsedad documental del artículo 390.1.2.º en relación con el artículo 392 del Código Penal no fue, sin embargo, recurrida en casación, por lo que el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre ella.

Lo hace, sin embargo, solo después de un largo *obiter dictum* en el que parece arrojar dudas sobre esa misma jurisprudencia, señalando que «es justo reconocerlo, ha sido zigzagueante y en ocasiones, confusa, si no contradictoria», que «[n]o siempre se ha aplicado con idénticos parámetros» y que «[n]o faltan oscilaciones, y modulaciones de todo tipo». Cita, en este punto, precisamente la sentencia objeto de este comentario, en lo que califica como «*unas precisiones* realizadas por esta Sala extrayendo del ámbito del art. 390.1.2 CP los casos de simulación de contratos». Y concluye el excursus afirmando que «todo lo atinente a las falsedades cometidas por particulares está, ciertamente, precisado de nuevas y progresivas *aclaraciones* jurisprudenciales» (estas dos últimas cursivas son mías).

Como puede observarse, el Tribunal Supremo afirma, en la misma sentencia, una cosa y la contraria: la «línea jurisprudencial vigente» seguiría siendo, al parecer, la que subsume en el artículo 390.1.2.º del Código Penal la documentación de negocios jurídicos totalmente simulados. Pero la sentencia de 8 de abril de 2024 habría introducido una «precisión», una «aclaración», al respecto: si lo que se simula es un contrato, entonces estamos ante una mera mendacidad en el contenido del documento (artículo 390.1.4.º), impune para particulares. El problema es que esta supuesta «precisión» *deroga* la doctrina mayoritaria para la práctica totalidad de los casos en los que se había venido aplicando: *todas* las «tramas de facturas falsas» son casos de documentación de contratos simulados.

Sin embargo, parece que la «doctrina Filesa» se resiste a morir. En su STS 29/2025, Penal, de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2025:281), el Tribunal Supremo la aplica, ahora sin matiz alguno (y con cita de la sentencia del pleno de 14 de marzo de 2022) para confirmar la subsunción en el artículo 390.1.2.º de una conducta consistente en la confección de facturas que reflejaban una relación comercial ficticia entre dos empresas, con el solo objetivo de aportarlas al concurso de una de ellas, simulando una deuda inexistente, en perjuicio de los acreedores. Y vuelve a hacerlo –de nuevo, sin matices– en su STS 105/2025, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:580), ahora para confirmar la condena por simulación documental del adjudicatario de una serie de contratos menores de una entidad pública que había presentado en los expedientes de contratación, junto con la suya propia, otras dos ofertas a nombre de personas o empresas que no habían intervenido en su elaboración, con el único propósito de cumplir con los requisitos formales de esta clase de contratación administrativa. En ambos casos, la Sala Segunda cita, para fundamentar las condenas, su sentencia plenaria de 14 de marzo de 2022³¹.

5. Y ahora, ¿qué?

Recapitulo brevemente. Durante más de veinticinco años, el Tribunal Supremo ha mantenido (y reiterado en más de setenta sentencias) una doctrina de acuerdo con la que recoger en un documento un negocio jurídico simulado –confeccionar una factura falsa, por ejemplo– equivale a simular el propio documento, a los efectos de la modalidad falsaria, punible para particulares,

³¹ Más allá de su apoyo nominal a la doctrina mayoritaria, la sentencia de 10 de febrero de 2025 aporta, sin embargo, muy poco a la discusión objeto de este comentario. Los hechos no se parecen en nada a los supuestos en los que ha solido aplicarse tradicionalmente la «doctrina Filesa». Además, la aplicación de esta doctrina al caso objeto de la sentencia resultaba innecesaria. Cada vez que presentaba una oferta en nombre de una persona o entidad que no había participado en su elaboración, el acusado suponía la intervención en un acto de personas que no la habían tenido. Incurría, pues, en la modalidad falsaria prevista en el artículo 390.1.3.º del Código Penal, tal y como ha solido interpretarla la propia Sala Segunda (por ejemplo, sentencias 1647/1998, de 28 de enero de 1999; 1937/2001, de 26 de octubre; 704/2002, de 22 de abril; 2028/2002, de 2 de diciembre; 476/20216, de 2 de junio; 811/2021, de 25 octubre; 760/2022, 15 septiembre; y 2/2025, de 15 de enero). La Sala podría, por tanto, haber confirmado su condena por esta vía, sin necesidad de pronunciarse sobre si las ofertas de acompañamiento ficticias eran también «simuladas», en el sentido del número 2.º del precepto.

del artículo 390.1.2.º del Código Penal. El 14 de marzo de 2022 reafirma esta jurisprudencia en una sentencia plenaria, confirmando además la posibilidad de aplicarla a ciertos casos de simulación meramente parcial. El 10 de febrero de 2023 dicta una sentencia (Pescanova) en la que reitera esta doctrina, pero cuyo fallo resulta incompatible con ella. El 8 de abril de 2024 dicta otra cuya motivación y cuyo fallo contradicen la doctrina mayoritaria, aunque sin citarla ni, por tanto, separarse abiertamente de ella. El 19 de diciembre de ese mismo año (papeles de Bárcenas) vuelve a declarar vigente la tan citada doctrina y a usarla como *ratio decidendi*, refiriéndose a la sentencia de 8 de abril como una simple «modulación». Y el 22 de enero y el 10 de febrero de 2025 la vuelve a aplicar, aunque ya sin referencia alguna a la sentencia objeto de este comentario.

Ante este panorama, cualquier lector que pensase que iba a encontrar en este trabajo la respuesta a la pregunta que planteo en el título estará comprensiblemente decepcionado: genuinamente, *no sé* si confeccionar facturas falsas sigue siendo un delito de falsedad documental. Pero creo que hay muy buenos argumentos para defender que no debería serlo. La sentencia de 8 de abril de 2024 los condensa perfectamente: con independencia de las razones valorativas que podrían existir (o no) para equiparar penológicamente una y otra conducta –y que solo corresponde ponderar al legislador–, documentar un negocio jurídico simulado no equivale, gramaticalmente, a simular *el documento* que lo recoge, que es lo que exige el artículo 390.1.2.º del Código Penal.

Simular total o parcialmente un documento significa crear la apariencia de que ha existido (o ha existido en unos términos) *un documento* realmente inexistente (o existente en otros términos)³². Es cierto que, esto normalmente se hace suponiendo *también* la intervención en un acto de personas que no la han tenido (artículo 390.1.3.º): cuando, por ejemplo, confecciono un título académico falso para colgarlo en la pared de mi oficina y engañar a mis clientes sobre mis credenciales, estoy dando a entender que me lo ha expedido una universidad que no ha participado en su elaboración³³. Pero esto no significa que, sin la «doctrina Filesa», el número 2.º del artículo 390.1 quede completamente vacío de contenido, como ha afirmado la Sala Segunda en muchas de las sentencias que la respaldan.

De hecho, en algunas de las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha confirmado, con base en esta doctrina, condenas por simulación documental, se había simulado efectivamente la

³² Tiene razón, en todo caso, PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2025*, 2024, nm. 16154 en que resulta difícil imaginar una simulación parcial de un documento que no consista a la vez en su alteración. Un buen ejemplo podrían ser los casos citados en la nota 13 en los que, en lugar de alterar una factura preexistente en ciertos extremos, se genera un duplicado de la factura con esos mismos datos modificados (sentencias de 25 de septiembre de 2000, 25 de abril de 2013 y 25 de noviembre de 2015). Ya he indicado que no creo que exista inconveniente alguno para hablar en este caso de una alteración documental, pero cualquier objeción de legalidad que se planteara a esta tesis podría salvarse apreciando la existencia de una simulación parcial: con el duplicado, se simula que *la factura* (el documento, no el negocio documentado) se emitió en unos términos distintos de los reales.

³³ Para la doctrina mayoritaria, en este supuesto no resultaría de aplicación el artículo 390.1.3.º, pues este debería aplicarse únicamente a los supuestos de falsedad *ideológica* en los que se declara documentalmente que han participado en un acto (en una reunión, por ejemplo) personas que no han asistido, o se les atribuyen manifestaciones que no han realizado. La simulación del número 2.º debería limitarse, a su vez, a los casos de falsedad *material* en los que la persona cuya intervención se supone es el propio autor del documento, quedando afectada la legitimidad (o autenticidad en sentido estricto) del documento. Así, por ejemplo, COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2023, pp. 258, 264-265; SILVA SÁNCHEZ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2023, p. 383; NIETO MARTÍN, «Falsedades en la empresa», en VV.AA., *Derecho penal económico y de la empresa*, 2024, pp. 803-804, 814; y PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2025*, 2024, nms. 16107, 16150-16157, 16167. El Tribunal Supremo no ha acogido, sin embargo, esta interpretación del artículo 390.1.3.º, que aplica indistintamente en casos pertenecientes al primero de los grupos (por ejemplo, SSTS 635/2009, Penal, de 15 de junio [ECLI:ES:TS:2009:3931]; 279/2020, de 3 de junio; 425/2021, de 19 de mayo; 852/2022, de 27 de octubre; y 823/2023, Penal, de 10 de noviembre [ECLI:ES:TS:2023:4869]) y al segundo (sentencias citadas en la nota 31, entre otras).

existencia de un *documento*, sin suponer a la vez la intervención de personas que no la habían tenido. Pero esto queda oscurecido al centrarse la motivación del fallo en la simulación *adicional* de los actos o negocios que esos documentos formalizaban, o de algunas de sus condiciones. Es el caso, por ejemplo, de la tantas veces citada sentencia del pleno de 14 de marzo de 2022. Los hechos de esta sentencia pueden leerse como los lee el Tribunal Supremo para aplicarles la «doctrina Filesa»: existió una simulación parcial (en cuanto a las comisiones pactadas) de una serie de *contratos* de agencia. Pero también pueden leerse de otra forma: al confeccionar los contratos de agencia antedatados, se creó la apariencia de que estos *documentos* habían existido en esa fecha, cuando en realidad los contratos habían sido verbales³⁴. Y quizás sea esta la explicación, consciente o inconsciente, del consenso generado en la Sala Segunda en cuanto al resultado condenatorio; un consenso que, a juzgar por los acontecimientos posteriores, no parece existir tan claramente en relación con la *ratio decidendi* declarada³⁵.

Sea como fuere, los argumentos que ofrece la Sala Segunda en la sentencia objeto de este comentario para negar que la documentación de negocios jurídicos simulados sea sin más constitutiva de un delito de falsedad documental, por más que acertados, no son ni nuevos ni excesivamente originales. La doctrina ampliamente mayoritaria lleva esgrimiéndolos contra la «doctrina Filesa» desde principios de siglo³⁶. Es una gran noticia –qué duda cabe– que la Sala Segunda empiece a acogerlos, pero, si lo hace como lo ha hecho en la sentencia de 8 de abril de 2024, me temo que los operadores jurídicos seguiremos mucho tiempo sin saber a qué atenernos.

³⁴ Otro ejemplo, mucho más antiguo: en la STS 1421/1999, Penal, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:1999:6106), las partes de un contrato de arrendamiento verbal de una vivienda confeccionan un contrato antedatado de arrendamiento reflejando condiciones diferentes a las pactadas verbalmente, para emplear este documento en un procedimiento de desahucio contra la entonces habitante de la vivienda, divorciada del arrendatario. No solo se simula parcialmente el contrato de arrendamiento (el negocio jurídico), sino que también se simula totalmente la existencia del documento que lo refleja. También responden a este patrón los hechos de la STS 602/2023, Penal, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3298), aunque en este caso la Sala Segunda revocó la condena del acusado con base en la inocuidad de su conducta.

³⁵ La doctrina mayoritaria tampoco aceptaría la aplicación del artículo 390.1.2.º en esta clase de supuestos, porque entendería, como se ha explicado en la nota 33, que no se ve afectada la autenticidad del documento, entendida en sentido estricto (como carácter genuino o legitimidad): los autores reales y aparentes del documento coinciden. Es una interpretación razonable, pero que, como también dejé apuntado en esa misma nota, obliga, para reservar algún ámbito de aplicación al número 3.º, a considerar que los particulares pueden mentir impunemente por escrito sobre cualquier hecho, *salvo* que este hecho sea la intervención de otras personas en un acto. De acuerdo con esta tesis, es un delito reflejar mendazmente en el acta de una junta de una comunidad de propietarios que ha asistido el vecino del quinto, pero no documentar (de nuevo, mendazmente) que los vecinos efectivamente presentes han acordado hacer obras en el portal. Como se infiere del texto, la alternativa que modestamente propondría sería la siguiente:

(i) mantener en el número 2.º algunos casos de falsedad meramente ideológica, pero en los que efectivamente se simula la existencia (o la existencia en ciertos términos) de un documento, manteniendo el concepto amplio de «autenticidad» que maneja la jurisprudencia;

(ii) aplicar el número 3.º, como también hace el Tribunal Supremo, precisamente a los supuestos para los que la doctrina mayoritaria reserva el 2.º: aquellos en los que se simula la intervención de alguno de los supuestos autores del documento; y

(iii) reconducir al número 4.º (impune para particulares) todos los supuestos de meras «mentiras por escrito», se refieran estas a hechos, negocios jurídicos o a la participación de personas en actos, como se hace en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2020 (nota 24).

³⁶ Entre otros muchos y solo entre las manifestaciones más recientes, DE PABLO SERRANO, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (41), 2016, pp. 20-23; COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2023, pp. 258, 264-265, 268; NIETO MARTÍN, en VV.AA., *Derecho penal económico y de la empresa*, 2024, p. 814; y PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2025*, 2024, nm. 16169.1. Es posible, en cualquier caso, que tanto en estos trabajos como en las sentencias de la Sala Segunda que respaldaron inicialmente la tesis restrictiva –la de 30 de enero de 1998 y la de 26 de febrero del mismo año (Argentia Trust)– el foco de la argumentación se haya puesto en el lugar equivocado. Comprendo que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional tuvieran (y sigan teniendo) reticencias en aceptar que la «autenticidad» del artículo 390.1.2.º del Código Penal *debía necesariamente* interpretarse como correspondencia entre los autores reales del documento y los aparentes. Me parece, sin embargo, mucho más claro que simular un documento no puede considerarse equivalente, con respeto por el principio de legalidad, a recoger en un documento un negocio jurídico simulado.

El resultado del próximo recurso de casación por infracción de ley contra la calificación como falsedad documental de la documentación de un negocio jurídico simulado no debería depender de la composición de la sección de la Sala Segunda que le tocara en suerte al recurrente. Urge que la Sala se reúna en pleno para discutir de nuevo este tema y volver a adoptar un criterio común, sometiéndolo a votación en caso necesario. Los argumentos de Derecho sustantivo están del lado del abandono definitivo de la «doctrina Fílesca». Tengo la esperanza de que así lo acabe entendiendo también (por fin) el Tribunal Supremo. Pero, incluso si opta por mantenerla, habremos ganado, al menos, en seguridad jurídica.

Imputación temporal de ingresos y delito fiscal: la progresiva relativización del principio de estanqueidad impositiva

Comentario a la STS 1033/2024, de 14 de noviembre

Quim Real Galí*
Universidad Pompeu Fabra
quim.real@upf.edu

-

1. Introducción

En la sentencia objeto de comentario¹, la Sala Segunda del Tribunal Supremo resuelve los recursos de casación interpuestos contra una sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional² dictada en el marco del enjuiciamiento de una de las piezas separadas del denominado «caso Gürtel». Por un lado, la resolución ratifica la condena impuesta a los dos administradores de la mercantil encargada de ejecutar las obras de reforma en la sede del Partido Popular por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública correspondiente al Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS) del ejercicio 2007. Asimismo, se confirma la responsabilidad penal del extesorero del Partido Popular, el Sr. Luís Bárcenas, en calidad de cooperador necesario, al haber facilitado la comisión de este delito mediante el abono de una parte de los pagos empleando dinero procedente de una caja B. Por otro lado, se absuelve a los tres sujetos de un delito de falsedad en documento mercantil, al entender que la emisión de las certificaciones de obra y las facturas correspondientes, en las que no se reflejaba la totalidad de los trabajos efectivamente realizados, no se subsume en el tipo penal previsto en el art. 390.1.2º CP, sino que, en realidad, constituye una falsedad ideológica.

El Tribunal Supremo rebaja las condenas, pues entiende que debe apreciarse una atenuante de dilaciones indebidas: las penas de prisión impuestas a los dos administradores se ven rebajadas de 2 años y 9 meses a 9 meses, y la del Sr. Bárcenas de 2 años a 8 meses. También se modifican a la baja las penas de multa y la responsabilidad civil.

Si bien la rebaja penológica obedece únicamente a la referida atenuante, se formulan importantes consideraciones sobre los tipos penales por los que los acusados fueron condenados en instancia. Más allá del siempre interesante debate sobre el encaje de la elaboración de facturas falsas en el segundo numeral del art. 390.1 CP, el tema central de este comentario es otro: la determinación de la cuota defraudada en el delito contra la Hacienda Pública en el marco de la

* Este trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación PID2023-1 47308NB-I00.

¹ STS 1033/2024, Penal, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TS:2024:5577). Ponente: Antonio del Moral García.

² SAN 21/2021, Penal, Sección 2ª, de 28 de octubre (ECLI:ES:AN:2021:4424). Ponente: María Fernanda García Pérez.

imputación temporal de ingresos por parte del obligado tributario. Así pues, esta resolución brinda la oportunidad de analizar la jurisprudencia en materia de determinación de la cuota defraudada, así como efectuar algunas breves reflexiones críticas al respecto.

2. Antecedentes

2.1. Hechos probados

En apretada síntesis, el relato de hechos probados puede resumirse como sigue:

a. La caja B del Partido Popular

El Sr. Bárcenas desempeñó el cargo de gerente (desde 1990 hasta junio de 2008) y tesorero (desde junio de 2008 hasta julio de 2009) del Partido Popular. Durante el ejercicio de estos cargos gestionaba las donaciones privadas en metálico que la formación política recibía a través de una contabilidad paralela, la denominada caja B. Así pues, existía una contabilidad paralela que no constaba en las cuentas oficiales y quedaba al margen del control del Tribunal de Cuentas. La gestión y el control de los ingresos provenientes de las mencionadas donaciones y los gastos asociados eran llevados a cabo por el Sr. Bárcenas, quien inicialmente realizaba anotaciones manuscritas en hojas de papel y posteriormente las trasladaba a documentos en formato Excel. Este conjunto de registros ha pasado a denominarse comúnmente como los «papeles de Bárcenas». El dinero, siempre en efectivo y ajeno a todo control del departamento de contabilidad del partido, se guardaba en una caja fuerte ubicada en su despacho.

b. Las obras de reforma de la sede del Partido Popular

En el año 2005, el Partido Popular acordó la remodelación del edificio de su sede. Las obras se encomendaron a la empresa UNIFICA SERVICIOS INTEGRALES SL (en adelante, UNIFICA SL), administrada por dos sujetos que, a su vez, eran los únicos socios. La gestión de las obras fue asumida por el Sr. Bárcenas. La operativa adoptada por UNIFICA SL en relación con la gestión y el cobro de los trabajos de reforma realizados para el Partido Popular funcionaba de la siguiente manera.

UNIFICA SL emitía los presupuestos para las obras de cada planta del edificio y, una vez finalizadas, procedía a librar la correspondiente certificación final de obra, cuyo importe servía de base imponible para la factura relativa a las reformas realizadas. Los pagos efectuados por el Partido Popular provenían de una cuenta bancaria de su titularidad. Tras la recepción del ingreso, los responsables de la empresa emitían un recibo en el que se dejaba constancia del importe percibido y del concepto al que dicho pago correspondía.

Paralelamente, el Sr. Bárcenas acordó con uno de los administradores de UNIFICA SL –y con el conocimiento y aprobación del otro– que una parte de los pagos correspondientes a las obras sería satisfecha mediante fondos procedentes de la caja B. En virtud de dicho acuerdo, UNIFICA SL aplicaría un descuento que oscilaba entre el 7% y el 8% sobre el importe de los trabajos abonados con tales fondos, lo que implicaba un ahorro fiscal tanto para el Partido Popular como para la empresa.

En la contabilidad oficial del Partido Popular presentada ante el Tribunal de Cuentas únicamente se reflejaron las cantidades correspondientes a las facturas emitidas por UNIFICA SL. De este

modo, se sustrajo al control y fiscalización de dicho órgano la totalidad de los pagos en efectivo relacionados con las distintas obras de remodelación realizados al margen de la facturación y contabilidad oficial. Estos pagos permitieron a UNIFICA SL omitir ante la Hacienda Pública la declaración de los ingresos percibidos en efectivo y que provenían de la caja B del Partido Popular. El importe total de las cantidades satisfechas por el Sr. Bárcenas a UNIFICA SL al margen del circuito de facturación y contabilización oficial y que no fueron declaradas ante la Hacienda Pública ascendió a un total de 1.072.000 euros. Con el fin de aparentar un adecuado cumplimiento de las obligaciones fiscales, los responsables de UNIFICA SL confeccionaron diversos documentos (certificaciones de obra, facturas y recibos), en los que se omitían datos relevantes o se consignaban informaciones que no se correspondían con la realidad.

c. Actuaciones fiscales de UNIFICA SL

Al menos desde el año 2005, UNIFICA SL desarrollaba una dinámica empresarial orientada a la defraudación a la Hacienda Pública que era impulsada por sus dos socios y administradores. Esta operativa incluía la percepción de parte de los pagos correspondientes a los trabajos realizados para el Partido Popular durante los años 2006, 2007 y 2008 mediante el sistema dual de cobros anteriormente descrito. No obstante, dicha práctica no se limitaba exclusivamente a estas operaciones, sino que se proyectaba sobre el funcionamiento interno de la entidad y se extendía a las relaciones comerciales mantenidas con otras empresas.

En el marco de esta dinámica defraudatoria general, los responsables de UNIFICA SL llevaron a cabo una estrategia de planificación fiscal que consistía en atribuir ingresos provenientes de determinadas obras a ejercicios fiscales distintos de aquellos en los que dichas obras fueron realmente ejecutadas y entregadas. En particular, durante el ejercicio 2007, UNIFICA SL llevó a cabo la ejecución de diversas obras y la prestación de servicios que fueron efectivamente realizados en ese mismo año, pero que, sin embargo, fueron contabilizados en el ejercicio 2008. Asimismo, en 2006 UNIFICA SL había ejecutado otras obras para distintas empresas y las imputó al ejercicio 2007. Esta actuación contravenía el principio del devengo, elemento vertebrador del régimen de imputación temporal de ingresos y gastos del IS. Conforme a este, los ingresos y los gastos deben imputarse en el período impositivo en el que se produzca su devengo, con arreglo a la normativa contable, con independencia del momento en que unos u otros se hacen efectivos³.

La infracción del régimen de imputación temporal previsto en la normativa tributaria tenía el propósito de reducir la tributación. En concreto, se buscó aprovechar la reducción del tipo impositivo del IS en un 2,5% en el ejercicio 2008 (30%) respecto al ejercicio 2007 (32,5%), al que correspondían realmente los ingresos. Al presentar la declaración del IS del ejercicio 2007, UNIFICA SL cuantificó la base imponible en 583.854 euros, siendo la cuota tributaria (art. 56 LGT)⁴ de 80.633,15 euros. Este importe fue ingresado a la Hacienda Pública.

Con todo, la correcta determinación de la cuota tributaria del ejercicio de 2007 exigía dos ajustes. En primer lugar, aumentar la base imponible con los pagos no declarados satisfechos por el Sr. Bárcenas provenientes de la caja B del Partido Popular. En segundo lugar, desplazar al ejercicio 2007 aquellos ingresos –y los gastos correlativos– devengados en ese año, pero declarados en

³ Art. 19.1 de Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, vigente en el momento de los hechos. El art. 11.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, vigente actualmente, prevé idéntico régimen de imputación temporal.

⁴ Más concretamente, cuota diferencial (art. 56.6 LGT).

2008 y extraer de la liquidación los ingresos y gastos declarados en el ejercicio 2007 pero devengados en 2006. Estos ajustes suponen un aumento de la base imponible, cuantificada ahora en 3.362.292,01 euros, y, por ende, de la cuota tributaria defraudada (951.154,47 euros). En consecuencia, deducido el importe satisfecho por UNIFICA SL mediante la declaración fraudulenta (80.633,15 euros), la cuota dejada de ingresar al Fisco asciende a 870.521,32 euros.

2.2. Sentencia de instancia

La Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional determina que la conducta de los administradores de UNIFICA SL y el Sr. Bárcenas en relación con el IS del ejercicio 2007 tiene relevancia penal⁵.

Concluye que la presentación de la declaración del ejercicio 2007 es incorrecta, pues omite y desplaza temporalmente ingresos que deberían haber sido declarados en ese ejercicio fiscal. En cuanto a la imputación temporal de ingresos, lleva a cabo un análisis de la normativa tributaria y contable aplicable y concluye que, como ya reflejaba el relato de hechos, los ingresos y los correspondientes gastos derivados de las obras y servicios prestados en el año 2007 deberían haberse imputado en el ejercicio fiscal de 2007. Además, según el Tribunal, la declaración es fraudulenta, pues existía la voluntad de obtener un beneficio fiscal, propiciado por la ocultación de ingresos percibidos en relación con las obras de reforma de la sede del Partido Popular y la menor tributación de los ingresos imputados en el ejercicio 2008.

Pues bien, como se recoge en la sentencia, el Ministerio Fiscal reparó en el centro de interés del presente comentario, a saber, la posibilidad de compensar la cuota defraudada en el ejercicio 2007 con lo que indebidamente se imputó y tributó en la declaración del ejercicio 2008. En efecto, desde UNIFICA SL se imputaron una serie de ingresos en el ejercicio 2008, contraviniendo la normativa fiscal. Por así decirlo, un segmento de la base imponible del ejercicio 2007 fue aplazado indebidamente al ejercicio 2008 y se tributó por él, aplicándose un tipo de gravamen más beneficioso para la empresa. Entonces, la cuestión radica en si procede considerar como ingreso «regular» la cantidad que resulta de dicha tributación. En caso afirmativo, el importe se tendría que deducir de la cuota tributaria resultante de la liquidación del IS del ejercicio 2007, tras los ajustes relativos a los ingresos ocultos por las obras del Partido Popular. En síntesis: aunque con posterioridad al ejercicio fiscal adecuado y con un tipo de gravamen inferior, UNIFICA SL ingresó una determinada cantidad a la Hacienda Pública. Ergo, esta última debería restarse de la cuota defraudada.

La Abogacía del Estado se opuso a esta deducción con un argumento de naturaleza procedimental. La declaración del IS del ejercicio 2008 de UNIFICA SL fue sujeta a un procedimiento de inspección por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT) que se encontraba suspendido por prejudicialidad penal a causa del proceso resuelto por la sentencia comentada. A partir de esto, la Abogacía del Estado no acepta que lo que se ingresó en el ejercicio 2008 pueda restarse de la cuota defraudada, pues no es posible afirmar si la declaración fue o no correcta.

El Tribunal acoge este último criterio y rechaza la compensación. Además de lo apuntado por la Abogacía del Estado, sostiene que la deducción de lo indebidamente tributado en 2008 requiere efectuar un cálculo imposible, porque el Tribunal no tiene a su disposición los datos necesarios

⁵ FJ 3.

para la liquidación del IS del ejercicio 2008, recordando además que este no es objeto del procedimiento penal. Considera que «los ejercicios fiscales son departamentos estancos», por lo que no es admisible restar de la cuota defraudada en el ejercicio 2007 unos ingresos que han sido trasladados al ejercicio 2008. Luego, en la cuantificación la cuota defraudada en el ejercicio 2007 no deben tenerse en cuenta las cantidades ingresadas en 2008 que tributaron con un tipo impositivo más bajo.

Así pues, tras los pertinentes ajustes, la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condena a los dos administradores como autores y al Sr. Bárcenas como cooperador necesario por un delito contra la Hacienda Pública. Y únicamente deduce de la cuota resultante (951.154,47 euros) el importe abonado por UNIFICA SL en virtud de la declaración fraudulenta (80.633,15 euros). Así, la cuota defraudada y, en consecuencia, la responsabilidad civil (Disp. Adic. 10ª LGT) se cifran en 870.521,32 euros.

2.3. Recurso de casación

De entre todos los recurrentes en casación contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, interesa aquí el recurso que interpone uno de los dos administradores de UNIFICA SL. En cuanto a la condena por un delito contra la Hacienda Pública, formula varios reproches. Sin embargo, centro la atención sobre uno de ellos, a saber, la pretensión de compensación de la cuota defraudada con lo tributado temporalmente de forma indebida en liquidaciones anteriores o posteriores.

El recurrente interesa que se tengan en cuenta los reajustes de las liquidaciones de los ejercicios 2006 y 2008 para reelaborar el cálculo de la cuota tributaria del ejercicio 2007. Nótese que va más allá de aquello que apuntó el Ministerio Fiscal durante el juicio, pues no solo pretende (i) compensar la cuota defraudada en el ejercicio 2007 con lo que indebidamente se imputó y fue objeto de tributación en la declaración del ejercicio 2008, sino que, además, asegura que el desplazamiento al ejercicio 2006 de aquellos gastos que habían sido indebidamente imputados en el ejercicio 2007 determina que el primero arroje una base imponible negativa. Así, también reclama (ii) que se compense la cuota defraudada con la nueva base imponible negativa del ejercicio 2006. Con arreglo a sus cálculos, estas compensaciones reducirían la cuota defraudada por debajo del umbral de los 120.000 euros.

3. La posición de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

La Sala Segunda el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación. Si bien confirma que los hechos relativos al IS del ejercicio 2007 de UNIFICA SL son constitutivos de un delito contra la Hacienda pública, modifica a la baja la cuota defraudada y, por ende, la responsabilidad civil. El razonamiento del Tribunal Supremo pivota sobre una idea elemental:

«El llamado principio de estanqueidad impositiva no puede ser trasplantado sin matizaciones –y no pocas– al Derecho penal. Cuando un plan defraudatorio supone un ahorro fiscal global por la técnica artificiosa de simular que determinados ingresos han de tributar por un concepto distinto del procedente, el importe de lo defraudado no se determina atendiendo a lo dejado de tributar por el impuesto eludido. A esa cantidad deberá restarse lo pagado indebidamente en otro concepto»⁶.

⁶ FJ 5.

Partiendo de esta premisa, en los Fundamentos jurídicos quinto y sexto, la Sala Segunda analiza pormenorizadamente las dos circunstancias que, según el recurrente, han de dar lugar a la reducción de la cuota tributaria.

3.1. Los ingresos imputados y efectivamente tributados en el ejercicio 2008

En consonancia con el recurrente y la tesis del Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo afirma que no es correcto ignorar la declaración del ejercicio 2008 y el efectivo ingreso a la Hacienda Pública que de ella se derivó⁷. Así, rechaza que el hecho de que este ejercicio esté pendiente de revisión por parte de la AEAT impida tenerlo en cuenta, máxime cuando el ejercicio 2008 fue investigado en la fase de instrucción. La sentencia de instancia estaría invocando una inaceptable prejudicialidad administrativa. En este sentido, señala que las eventuales irregularidades que pudiera presentar la declaración del ejercicio 2008 son una simple hipótesis que no puede empañar el hecho de que una serie de ingresos devengados en el ejercicio 2007 fueron declarados en aquel ejercicio y se tributó por ellos. Con un tipo impositivo inferior, pero tributaron. Los ingresos no fueron ocultados. Afirma: «No es lo mismo dejar de pagar de forma definitiva 100, que dejar de pagar un ejercicio 100, para conseguir pagar solo 80 en el siguiente ejercicio. En un caso se defraudan 100; en el otro 20. No pueden ser equiparados ambos supuestos».

En definitiva, la Sala Segunda considera que lo ingresado en 2008 se debe restar al importe de la cuota defraudada en 2007. Respecto a lo tributado en el ejercicio 2008 no puede hablarse de cuota defraudada. En consecuencia, Tribunal Supremo aplica el tipo impositivo de 2008 (30%) a los ingresos que fueron indebidamente desplazados, descontando a la vez los gastos correspondientes para después deducir el importe resultante de esta operación (499.773,59 euros) a la cantidad inicialmente considerada defraudada (873.870,42 euros). Así pues, la cuota tributaria corregida mediante la compensación es de 374.096,83 euros.

3.2. La supuesta base imponible negativa del ejercicio 2006

El cuanto a la compensación que exigiría al reajuste del ejercicio de 2006 en virtud del principio del devengo, el Tribunal Supremo la rechaza⁸. El motivo es que el núcleo del razonamiento del recurrente (la existencia de una base imponible negativa en el ejercicio 2006) bascula sobre una cuestión de hecho que no ha sido probada y que da por supuesta, por lo que no puede tener cabida en el cauce del art. 849.1º LECrim. Pero además indica que no es razonable exigir una confianza ciega en la veracidad de los datos correspondientes al ejercicio de 2006 que maneja el administrador. Dado que no existe una actividad de comprobación específica sobre ese ejercicio que evidencie la realidad de los gastos y la inexistencia de ingresos no declarados, no puede aceptarse la compensación pretendida. Más aún cuando la sociedad estaba instalada en una mecánica defraudatoria general.

4. El problema

4.1. El principio de estanqueidad impositiva

De forma previa al análisis de la resolución conviene hacer una referencia al principio de estanqueidad impositiva, pues es el pilar central de la argumentación del Tribunal Supremo.

⁷ FJ 5.

⁸ FJ 6.

Ciertamente, el mismo concepto de hecho imponible (art. 20 LGT) presupone la idea de estanqueidad. Cuando el legislador determina el hecho imponible, está configurando normativamente aquellos elementos de la realidad que generarán la imposición desde una perspectiva subjetiva –decidiendo el sujeto que será gravado– y objetiva –señalando el supuesto que dará lugar a tributación–. Desde esta última, y concretamente desde una óptica temporal, el legislador establece el momento en el que se entenderá producido el hecho imponible, determinando el devengo del tributo. Así, la fijación normativa del presupuesto que hará nacer la obligación tributaria principal (art. 19 LGT) remite a una estanqueidad del hecho imponible, particularmente en su dimensión temporal. La consecuencia de ello es que, por así decirlo, cada hecho imponible tiene su propia «vida», es independiente respecto a otros.

La configuración del tipo objetivo del delito contra la Hacienda Pública no escapa a este carácter hermético del hecho imponible. En cuanto a los tributos periódicos –como el IS– y de declaración periódica –Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA)–, el art. 305.2 a) CP establece una serie de reglas para la determinación de la cuantía de la cuota defraudada: se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, sin que sea posible acumular las cuotas defraudadas. Si el período es inferior a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural⁹. Esto ha llevado a la jurisprudencia penal a afirmar que los períodos impositivos son compartimientos estancos y a referirse al principio de estanqueidad impositiva¹⁰.

En este punto, conviene hacer una breve aclaración conceptual y terminológica. Cuando la jurisprudencia penal trae a colación el principio de estanqueidad impositiva, lo hace con relación a la autonomía de cada período impositivo respecto a otro. Sin embargo, en el ámbito tributario, jurisprudencia y doctrina asignan a este principio otro contenido y función. En Derecho tributario, el principio de estanqueidad dispone que la Administración, al actuar frente al contribuyente y en relación con una misma realidad económica, puede adoptar decisiones diferentes según el impuesto que esté evaluando¹¹. Así, la estanqueidad implica que cada tributo sea gestionado y aplicado de forma autónoma¹². Esta autonomía se proyecta sobre varios ámbitos del tributo, pero el más importante se encuentra, sin duda, en la determinación del hecho imponible: se afirma que la Administración puede adoptar tratamientos distintos, incluso

⁹ Al margen queda la excepción relativa a los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva. En estos supuestos, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance el umbral de los 120.000 euros.

¹⁰ Mencionan expresamente este principio las SSTs 298/2024, Penal, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2024:1932); 290/2018, Penal, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2286); 374/2017, Penal, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1885); 88/2017, Penal, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:48); 611/2009, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:3683); 480/2009, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:3057); 737/2006, Penal, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2006:4085).

¹¹ Se suele afirmar que su anclaje legal se encuentra en el art. 7.1.d) LGT, que establece que cada tributo se rige por su propia ley. Con todo, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo es muy prudente en la aplicación del principio de estanqueidad, favoreciendo en múltiples ocasiones la unidad de tratamiento impositivo. En este sentido, recientemente, SSTs 1405/2024, Contencioso-administrativo, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4221); 247/2023, Contencioso-administrativo, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:644); 853/2022, Contencioso-administrativo, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2023:644).

¹² LÓPEZ CANDELA, «La necesaria superación del principio de estanqueidad tributaria», *Revista De Contabilidad Y Tributación. CEF*, (370), 2014, p. 100. Según este autor, el principio de estanqueidad no debe ser examinado desde su oposición con el principio de unicidad de la Administración, ya que este debate se considera obsoleto y superado, valoración que es compartida por la jurisprudencia. Por todas, STS 738/2020, Contencioso-administrativo, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1890).

contradictorios, respecto de un mismo negocio, operación o realidad económica sujeta a tributación, otorgándole una calificación diferente según el tipo de impuesto de que se trate¹³.

Así pues, en puridad, hay que tener en cuenta que cuando la jurisprudencia penal hace referencia al principio de estanqueidad impositiva, remite al carácter hermético de los períodos impositivos y no a la discusión sistemática¹⁴ que caracteriza el debate sobre este principio en sede tributaria.

4.2. Planificación fiscal general fraudulenta, consumación y regularización

La controversia central que plantea el caso concierne a la problemática de la planificación fiscal a medio y largo plazo en el delito contra la Hacienda Pública. En efecto, los hechos probados describen una dinámica empresarial general orientada a la defraudación tributaria. Más allá de la ocultación de ingresos, el reto interpretativo que plantea el supuesto de hecho radica en el tratamiento de la persistente imputación temporal de ingresos y gastos en ejercicios posteriores al debido, infringiendo la normativa tributaria. En otras palabras: hay que determinar qué naturaleza debe otorgarse a la conducta del obligado tributario consistente en ingresar al Fisco la tributación de un segmento de la base imponible con posterioridad al ejercicio en el que se produjo el devengo, en supuestos de tributos periódicos.

La solución adoptada por el Tribunal Supremo consiste en afirmar que esta conducta no puede ser ignorada, siempre que pueda acreditarse que, efectivamente, se tributó por aquel segmento de la base imponible diferido. Así, lo ingresado en un ejercicio posterior, aún con un tipo impositivo menor, debe ser tenido en cuenta para la determinación de la cuota defraudada. En consecuencia, respecto a lo diferido a un ejercicio posterior, no puede hablarse, como tal, de cuota defraudada.

El argumento que da cobertura a esta solución es el abierto rechazo a la implantación incondicional de la estanqueidad impositiva en sede penal. En efecto, el Tribunal Supremo sostiene que, en Derecho penal, la hermeticidad de los tributos no puede tener un carácter absoluto. Así, existiendo una planificación fiscal general fraudulenta consistente en tributar de forma incorrecta pero, al fin y al cabo tributar, la estanqueidad de los períodos impositivos no puede impedir tomar en consideración que, efectivamente, se ha tributado. Además, si la tributación posterior queda debidamente acreditada, no pueden oponerse argumentos de naturaleza procedimental basados en una inadmisibile prejudicialidad administrativa.

Naturalmente, la controversia tiene una dimensión temporal evidente, pues se trata de valorar una conducta que tiene lugar con posterioridad a la presentación de la declaración y la autoliquidación (arts. 120 LGT) del ejercicio impositivo en cuestión. Así, es necesario integrar el razonamiento de la Sala Segunda en el *iter criminis* del delito fiscal. Según la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, en el caso de tributos que requieren autoliquidación –como el IS (art. 125 LIS)–, la consumación se produce al término del plazo voluntario de pago¹⁵. Consecuentemente,

¹³ LÓPEZ CANDELA, *Revista De Contabilidad Y Tributación. CEF*, (370), 2014, pp. 128-129.

¹⁴ LÓPEZ CANDELA, *Revista De Contabilidad Y Tributación. CEF*, (370), 2014, pp. 102-107.

¹⁵ Por todas, STS 381/2022, Penal, de 20 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1646). Cfr. FERRÉ OLIVÉ, *Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, 2018, pp. 513-517; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa: parte especial*, 7ª ed., 2023, pp. 808-810. Sobre el debate acerca de la consumación en supuestos de presentación de declaraciones mendaces, *vid.* COCA VILA, «Protección de las Haciendas Públicas y la Seguridad Social», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico*, 2ª ed., 2023, p. 680.

según la doctrina dominante, la tributación extemporánea de un segmento de la base imponible debería ser tenida por un acto postconsumativo, no siendo ya posible el desistimiento. La actuación del obligado tributario quedaría, por lo tanto, a caballo entre la consumación y la regularización tributaria, entendida como causa de levantamiento de la pena¹⁶. Ahora bien, cabe señalar que es posible adoptar una perspectiva distinta que diferencie entre la consumación formal, asociada a la plena realización de los elementos del tipo y la consumación material, referida a la lesividad¹⁷. De este modo, con posterioridad a la consumación formal del delito, pueden tener lugar conductas de desistimiento postconsumativo¹⁸. Obviamente, hay que considerar la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP).

Sea como fuere, como se desprende de la sentencia, según el Ministerio Fiscal, la conducta de los administradores de UNIFICA SL constituiría, materialmente, una regularización parcial espontánea. Sin embargo, evidentemente, dicha regularización sería incompleta. Con todo, el Tribunal Supremo guarda silencio al respecto y limita su razonamiento a la negación del carácter incuestionable del principio de estanqueidad impositiva.

5. El recorrido jurisprudencial del principio de estanqueidad impositiva

5.1. Progresiva relativización

Durante los últimos años, la jurisprudencia de la Sala Segunda ha llevado a cabo un proceso de relativización del principio de estanqueidad impositiva. Ha venido pronunciándose a favor de la flexibilización de las consecuencias derivadas de la estanqueidad del hecho imponible. Asimismo, algunos pronunciamientos de la Sala Tercera también reman en esta dirección.

5.2. La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

En 2016, a raíz de un supuesto relativo a una defraudación en el IVA, el Tribunal Supremo dejó claro que hay importantes diferencias entre el ámbito penal y el ámbito tributario en la determinación de la cuota defraudada, singularmente en el caso de los tributos periódicos¹⁹. En dicha resolución, señalaba la necesidad de tener en cuenta el conjunto de las operaciones realizadas a lo largo del período impositivo, sin que pueda acotarse la posible comisión del delito al efecto cuantitativo asociado a una o varias operaciones aisladas realizadas durante el referido período. Ciertamente, esta aseveración, a la luz de las reglas del art. 305.2 a) CP, puede parecer obvia e innecesaria. Sin embargo, es la génesis del proceso de relativización del principio de estanqueidad impositiva. En efecto, la toma en consideración de la pluralidad de conductas llevadas a cabo por el obligado tributario es el *leitmotiv* que ha llevado a la jurisprudencia penal a flexibilizar la estanqueidad de los períodos impositivos e incluso de los tributos en sí mismos, dando lugar a compensaciones en el cálculo de la cuota defraudada.

¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa: parte especial*, 7ª ed., 2023, p. 821.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 15/172.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 15/172. Sobre el debate acerca de la consumación del delito fiscal y la regularización a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, *vid.* COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico*, 2ª ed., 2023, pp. 682, 683.

¹⁹ STS 499/2016, Penal, de 9 de junio (ECLI:ES:TS:2016:8589). Se trata del denominado «Caso Verbatim».

En este sentido, la sentencia dictada por la Sala Segunda el 8 de abril de 2024 es paradigmática²⁰. Según el relato de hechos, el recurrente recibía remuneraciones a través de una sociedad ficticia, simulando trabajos que, en algunos casos, generaban IVA. De este modo, lograba evitar el tipo impositivo más alto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), aunque eso implicara pagar cantidades muy inferiores por el IS, pagos que dicha sociedad en realidad nunca debería haber realizado. Además, asumía pagos por IVA que tampoco eran correctos. Con ello, pretendía dar una apariencia de legalidad a una situación ficticia. Al calcular el importe defraudado, la AEAT no se limitó a considerar exclusivamente lo adeudado por IRPF, sino que descontó lo pagado de forma indebida por IS. Ante esto, el Tribunal Supremo redujo la cuota defraudada, deduciendo también los importes ingresados indebidamente en concepto de IVA, cuya devolución había sido oficialmente reconocida por la AEAT. Así las cosas, la sentencia objeto de comentario supone la consolidación de esta línea jurisprudencial.

5.3. La jurisprudencia de la Sala Tercera el Tribunal Supremo

Paralelamente, en el marco de las infracciones y sanciones tributarias, la Sala Tercera del Tribunal Supremo también se ha pronunciado a favor de la compensación en la cuantificación de las cantidades dejadas de ingresar, en consonancia con el principio de regularización íntegra²¹. Concretamente, ha establecido que, en casos de operaciones simuladas, la base de cálculo de la infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación (art. 191 LGT) debe ser la diferencia entre la cantidad dejada de ingresar por la entidad inspeccionada y la ingresada por las sociedades instrumentales interpuestas respecto de las mismas rentas²².

6. Algunas reflexiones

6.1. Un buen argumento a favor de la admisibilidad del delito continuado

La solución dada por el Tribunal Supremo en la sentencia objeto del presente comentario supone un hito en la tendencia relativizadora del principio de estanqueidad impositiva. Así pues, habrá que estar atentos al desarrollo de la jurisprudencia en materia de determinación de la cuota defraudada, a la expectativa de comprobar si esta tesis encuentra acogida de forma definitiva.

No obstante, ya es posible advertir un claro efecto de esta incipiente línea jurisprudencial. Como es sabido, con carácter general, el Tribunal Supremo es contrario a la apreciación del delito continuado (art. 74 CP) en el delito fiscal²³. Pues bien, la tesis sostenida en la sentencia comentada supone una importante inyección de fuerza a la jurisprudencia minoritaria que defiende la admisibilidad del delito continuado²⁴. El principio de estanqueidad impositiva es uno de los pilares que sostiene el razonamiento de la jurisprudencia mayoritaria. En consecuencia, el rechazo al trasplante incondicional de la estanqueidad impositiva al Derecho penal se presenta

²⁰ STS 298/2024, Penal, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2024:1932).

²¹ Por todas, STS 247/2023, Contencioso-administrativo, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:644).

²² SSTs 770/2023, Contencioso-administrativo, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2637); 336/2024, Contencioso-administrativo, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:1804).

²³ Por todas, STS 290/2018, Penal, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2286), con un buen resumen del historial de pronunciamientos más relevantes.

²⁴ Véanse los votos particulares de los Magistrados Luciano Varela Castro y Andrés Palomo del Arco a la STS 374/2017, Penal, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1885).

como un buen argumento para cuestionar la tesis actualmente dominante. Más aún cuando la propia Sala Segunda ha asegurado que «ya asoman ciertas grietas cara a un eventual replanteamiento»²⁵.

6.2. Derecho penal y Derecho tributario

La controversia expuesta es un ejemplo más de las tensiones que ocasiona la relación del Derecho penal con otros sectores del ordenamiento jurídico. En la resolución comentada, el Tribunal Supremo se refiere al carácter de norma penal en blanco del art. 305 CP para afirmar la relevancia de la normativa tributaria en la determinación de las fronteras de la tipicidad. Invocando el art. 7 LECrim²⁶, recuerda que la interpretación de los términos contemplados en el artículo 305 CP requiere el respaldo de la normativa fiscal.

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 término 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 ellas²⁷.

Partiendo de esto, la interacción con el Derecho tributario es especialmente problemática. El motivo es que la determinación de los términos de la relación entre el Derecho penal y el Derecho tributario requiere abordar la difícil cuestión de la autonomía calificadora de este último. En efecto, cuando el Derecho tributario diseña el hecho imponible, configurando normativamente los elementos de la realidad que generarán la imposición, está otorgando un significado normativo a un segmento de la realidad. Pues bien, en la mayoría de las ocasiones, el Derecho tributario se proyecta sobre una realidad que se encuentra preconfigurada por otros sectores del ordenamiento jurídico, principalmente por el Derecho privado. En este punto, en virtud del principio de calificación (art. 13 LGT²⁸), se suele defender la autonomía calificadora del Derecho tributario, que tiene la potestad de redefinir cualquier elemento desde su propia teleología. Sin embargo, según el Tribunal Constitucional, esta autonomía no es absoluta²⁹. Así las cosas, sin perder de vista el innegable carácter de ley penal en blanco del delito contra la Hacienda Pública, a la hora de determinar los términos de la relación entre el Derecho penal y el Derecho tributario es preciso reconocer, al menos, un mínimo grado de autonomía de ambos en el marco de sus diferentes fines. Sea como fuere, en la doctrina penal, bajo la tortuosa órbita del principio de unidad del ordenamiento jurídico, se muestra con fuerza la tensión entre una aproximación estructural-formal y una perspectiva teleológico-funcional³⁰, dando pie a una intensa discusión que, desde luego, no está cerrada.

²⁵ STS 336/2023, Penal, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:1922).

²⁶ «El Tribunal de lo criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los arts. anteriores, deba resolver».

²⁷ En un sentido similar, WAGNER, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts*, 2016, p. 103.

²⁸ «Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez».

²⁹ SSTC 45/1989, de 20 de febrero (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1989); 146/1994, de 12 de mayo (BOE núm. 140 de 13 de junio de 1994).

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 6/66.

Tratamiento médico no consentido: salud y autonomía en el ámbito del Derecho penal

Comentario a la STEDH (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2024 (Mulla c. España)

Mar Domínguez González de Chaves*
UNED
mdomingue1679@alumno.uned.es

-

1. Hechos probados en la Sentencia

En mayo del 2017, a la demandante se le detectó un mioma en el Hospital de Soria, informando en ese momento que se opone a una transfusión de sangre como consecuencia de sus creencias religiosas¹. Para confirmar esto, en agosto de 2017 presenta dos documentos. El primero es el documento de instrucciones previas donde declara que, en todas las situaciones médicas, ella rechaza el siguiente tratamiento médico: «(...) transfusiones de sangre total, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ninguna circunstancia, aunque los profesionales sanitarios consideren que son necesarias para preservar mi vida o mi salud. No obstante, acepto los expansores no sanguíneos del volumen plasmático y todo tratamiento médico que no implique el uso de sangre»². Así las cosas, lo depositó en el Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla y León, pero nunca fue añadido a su expediente médico. El segundo documento fue la declaración de voluntades anticipadas donde, una vez más, expresó su rechazo.

El 6 de junio de 2018, dado el empeoramiento de su salud, le comunican que deben realizarle una transfusión, la cual ella rechaza haciéndolo constar en el documento de consentimiento informado, que sí forma parte de su expediente médico. Al día siguiente, su salud empeora y el médico anota en su historial médico lo siguiente: «la paciente por razones religiosas (testigo de Jehová) no quiere que se le transfiera sangre bajo ninguna circunstancia».

Dada la situación, a las 11:00 horas del 7 de junio, se decide el traslado al Hospital de la Paz, ya que podía ofrecer tratamientos que no implicasen transfusiones. Tras esto, el médico rellena el informe de alta de la siguiente manera: «nosotros hemos propuesto UNA TRANSFUSIÓN DE SANGRE PERO LA PACIENTE REHÚSA (FIRMÓ EL DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO indicando que no aceptaba transfusiones de sangre, paciente testigo de Jehová». El traslado se

* El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto «Identidades colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar» (referencia: PID2022-138077OB-I00) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

¹ STEDH de 17 de septiembre de 2024, caso *Pindo Mulla c. España*.

² Todas las traducciones del texto son propias. En este caso, las mayúsculas se encuentran en la cita original.

produce en ambulancia y la paciente se desplaza sola, acompañada de un médico y portando su expediente médico. Durante el trayecto, hubo un contacto telefónico entre la ambulancia y el hospital de destino, momento en el que la paciente vuelve a rechazar –de manera verbal– la transfusión de sangre.

A las 12:36 horas, tres médicos de La Paz envían un fax al Juez de Guardia (Juzgado de Instrucción), cuyo contenido puede resumirse así: una paciente Testigo de Jehová va a ser trasladada desde Soria al Hospital de la Paz y *ha manifestado verbalmente* su rechazo a todo tipo de tratamiento. Ante esto, el médico forense afirma que no se puede conocer si la paciente tiene o no capacidad para consentir. Por su parte, el Ministerio Fiscal, no se opone a que le sea realizada una cirugía atendiendo a la protección del derecho a la vida y la integridad física. Tras esto, el Juez de Guardia emite un Auto donde apunta que el derecho a la vida tiene dos vertientes: por un lado, la de derecho subjetivo que permite recabar la protección judicial frente a las acciones de las autoridades que puedan atentar contra la vida o la integridad de la persona; por otro lado, en tanto que derecho objetivo, obliga a las autoridades a tomar todas las medidas necesarias para proteger ciertos valores (vida e integridad física) frente a ataques de terceros. Esto último es lo que permite –y cito textualmente– «hacer caso omiso de la voluntad de los titulares de derechos». Por lo tanto, el Juez llega a la conclusión de que, dado el peligro existente para la vida, se le aplique a la paciente cualquier tratamiento que permita salvarle.

Es muy importante destacar que la demandante no tuvo conocimiento de este proceso de consulta a la autoridad judicial. Es por esto por lo que, a su llegada al Hospital de la Paz, los médicos no recabaron su consentimiento para la realización de la transfusión. El Juzgado señala que, en este momento, la demandante no aportó ningún documento en el que constara su negativa, ni se refirió a su documento de voluntades anticipadas que, en todo caso, no formaba parte del expediente físico remitido con ella. Por lo tanto, se le informa de todo lo ocurrido el día 8 de junio de 2018, tras haberle sido practicada la transfusión de sangre y la cirugía.

2. Proceso ante los tribunales españoles

Tras todo lo acontecido, la demandante recibe el 12 de julio de 2018, la copia del Auto e interpone un recurso de reforma, subsidiario de apelación, impugnando el razonamiento del juez y señalando dos puntos: el primero, que se trató de una decisión unilateral, que no le fue consultada, ni comunicada y ni siquiera se informó al Juzgado de su identidad y, segundo, alega que existió una distorsión de los hechos en tanto que se afirma que ella rechaza todos los tratamientos médicos cuando, realmente, el único que rechaza es la transfusión de sangre.

El recurso fue desestimado el 22 de agosto de 2018 y se pusieron de manifiesto las circunstancias que dieron lugar a la decisión: la gravedad del estado de la demandante, descrito por los médicos de La Paz y confirmado por el médico forense, su negativa a «cualquier» tratamiento médico y el peligro que ello representaba para su vida. Se constató que la demandante había expresado su voluntad oralmente, pero no había aportado nada por escrito. También advirtió que el documento de instrucciones previas –de aquí en adelante, IP– había sido suscrito un año antes y no estaba claro qué firmas aparecían en él³.

³ El problema radica en que, en el momento de aportarse, únicamente tenía la firma del médico, pero no la de la paciente. Es por esto por lo que el 4 de febrero de 2020, la demandante solicitó una copia con ambas firmas que le fue facilitada. Por su parte, el Gobierno presentó una declaración de la autoridad sanitaria regional (06/04/2022), confirmando que solo existía una versión del documento con ambas firmas.

Por su parte, en su recurso ante la Audiencia Provincial –de aquí en adelante, AP–, la demandante alega que el Juez de Instrucción no ahondó en lo verdaderamente importante, es decir, la violación de la Constitución, de la Convención y de la propia ley nacional. Además, apeló al documento de consentimiento que había firmado y que fue el motivo principal de su traslado al Hospital de la Paz y alega que allí tendrían que haber revisado el Registro de Instrucciones Previas (RIP). Por lo tanto, el verdadero problema no radica en la transfusión de sangre en sí misma, sino en la decisión que permitió que le hicieran la transfusión en contra de su voluntad.

Sin embargo, el 15 de octubre de 2018, la AP rechaza el recurso afirmando (a) que la paciente podría haber rechazado la transfusión en tanto que «la recurrente podía manifestar libremente su voluntad al tiempo de producirse la intervención». (b) Se afirma que es necesario que el rechazo conste por escrito y el único documento que portaba la paciente era el consentimiento informado –en lo sucesivo, CI–. Y, por último, (c) señalan que el documento de IP no era relevante porque la demandante podía decidir en ese instante si aceptaba o no la transfusión.

Frente a esta situación, el 27 de noviembre de 2018, interpone la demandante recurso de amparo, alegando la violación del derecho a la integridad física (art. 15 de la Constitución –de aquí en adelante, CE–), del derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Todo ello con base en que había sufrido una injerencia judicial injustificada, así como una intervención médica coercitiva. Así, alegó que lo que realmente estaba en juego era su libertad de vivir de acuerdo con sus creencias religiosas y, en particular, el derecho a rechazar una intervención en su persona que era contraria a sus valores y a su dignidad. Sin embargo, el 9 de octubre de 2019 el Tribunal Constitucional declara el amparo inadmisibile argumentando que no se han vulnerado derechos fundamentales.

Tras todo esto, la demandante acude al Tribunal de Derechos Humanos que, tras haber escuchado a las partes y analizado las pruebas pertinentes, razona como se expone a continuación.

3. Razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

En su sentencia *Pindo Mulla c. España*, el TEDH señala cuáles son sus funciones en el momento de analizar el presente caso. Para ello apunta que su cometido es analizar si el proceso de toma de decisiones fue seguido correctamente conforme a la interpretación y compatibilidad de la Convención con la normativa española.

Conforme a lo anterior y desde mi punto de vista, la argumentación del TEDH se centra en dos grandes ejes interrelacionados. El primero, radica en que tanto los médicos del Hospital de la Paz como el Juez de Instrucción actuaron como lo hicieron conforme a la situación de emergencia sanitaria de la demandante. El TEDH entiende que, cuando existe una situación de esa magnitud, se deben hacer excepciones (art. 9.2 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 –de aquí en adelante, LAP–)⁴. El segundo bloque radica en analizar la forma en que los documentos suscritos (IP, declaración de voluntades anticipadas y CI) fueron –o no– tenidos en cuenta en el proceso de toma de decisiones y si esto afecta, y cómo, a la cuestión de cómo funcionó el marco nacional.

⁴ Puesto que en dicha coyuntura la salud debe ser protegida cuando exista «riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él».

3.1. Situación de emergencia sanitaria

Cabe destacar que, tanto en la argumentación del TEDH como en la propia LAP, la situación de emergencia sanitaria se encuentra enlazada con los límites del CI, es decir: son dos caras de una misma moneda. Esto es así porque en el ámbito de la salud se debe otorgar un consentimiento libre e informado acerca de los tratamientos médicos que un paciente está dispuesto –o no– a recibir, siempre y cuando se trate de un paciente adulto con plena capacidad legal⁵.

Sin embargo, aunque esto sea cierto, afirma el TEDH que el consentimiento de los pacientes tiene que ser respetado, aunque no en términos absolutos. Esto se debe a que, cuando hablamos de situaciones de emergencia, juega un papel importante el derecho a la vida que se entrelaza con el derecho a la propia autonomía. Así, hay ocasiones en las que es necesario revisar que los deseos previamente expresados se mantienen aplicables y válidos en el momento (art. 9 de la Convención). Por todo ello, cuando en una situación de urgencia existen motivos razonables para dudar de la decisión del paciente, proceder a un tratamiento urgente que le salve la vida no puede ser entendido como una falta de consideración a su autonomía. No obstante, cuando los equipos médicos tomen decisiones acerca de la vida y salud de una persona, los procedimientos de toma de decisión tienen que ser justos y promover la salvaguarda de los intereses de la paciente.

Por lo tanto, en el presente caso se afirma que el Juez de Instrucción estaba suficientemente informado acerca de la cuestión vital de la demandante, pero en lo referente a su autonomía, la información relativa a su rechazo del tratamiento era incorrecta e incompleta.

3.2. Documentos suscritos y su relación con el proceso

En lo que respecta a los documentos suscritos por la demandante, hay que destacar que, en 2017, firmó el documento de IP donde estableció –de manera muy detallada– que rechazaba cualquier tipo de transfusión de sangre y que deseaba que esta decisión fuera respetada incluso en aquellos casos en los que ella ya no fuera capaz de expresar su voluntad.

Concretamente, el Gobierno español afirma que el rechazo por parte de un paciente competente a un tratamiento médico siempre es respetado en el sistema español. Sin embargo, el TEDH señala que los representantes del Gobierno no fueron capaces de explicar por qué el Hospital de la Paz no tenía conocimiento acerca del documento de CI ni del documento de IP. Todo lo anterior se agrava cuando se advierte que existe un RIP, accesible en todo el territorio español. En pocas palabras, entiende el Tribunal que estos documentos son elementos muy importantes cuya existencia o no tendría que haber llamado la atención en el Hospital de la Paz.

Atendiendo a lo señalado, el TEDH apunta que, aunque sea un procedimiento habitual consultar al Juez de Instrucción, la información remitida desde el Hospital fue que la paciente había rechazado la transfusión de sangre únicamente de manera verbal. Ante este hecho, se alega que, normalmente, la información que se transmite desde el Hospital al Juzgado incluye todos los datos relevantes para que se pueda examinar el caso. Por lo tanto, se admite que este supuesto tiene unas características que permiten tildarlo de inusual. Lo que sorprende –también– es que no se trató de solventar la duda que tenía el médico forense acerca de si la paciente tenía la

⁵ El TEDH, afirma que la libertad de aceptar o rechazar un tratamiento médico específico es vital para la autodeterminación y la autonomía personal. STEDH de 18 de agosto de 2024, caso *Testigos de Jehovah de Moscú y otros c. Rusia*.

capacidad para consentir o no. Esto plantea la cuestión de por qué la autorización para proceder al tratamiento se dio en términos incondicionales, como si hubiera habido motivos para considerar –o al menos para dudar– que la demandante había perdido la capacidad de decisión.

En consecuencia, en el Auto se alude a la protección del derecho a la vida sin mencionar prácticamente el derecho a la autonomía, ni la Ley donde se recoge, ni la posibilidad de contactar y consultar con un familiar (art. 5.3 LAP). Tampoco se refirió en absoluto a la cuestión de si la demandante conservaba una capacidad suficiente para poder tomar, en la forma requerida y en el tiempo del que aún disponía, una decisión sobre el tratamiento (arts. 9.2 y 11 LAP).

Por lo tanto, el TEDH afirma que no se tomó en cuenta la capacidad de la paciente. En consecuencia, el procedimiento seguido por el Juzgado de Instrucción transfirió la facultad de decidir, a partir del momento en que se dictó el Auto, de la demandante al equipo médico, sin que la primera tuviera conocimiento acerca de todo este proceso.

Tras la interposición de los correspondientes recursos, el TEDH se cuestiona cómo es posible que al ir la demandante al Hospital –público– de Soria y solicitar una copia del CI que tanto el médico como ella misma habían firmado, le entregasen una copia donde sólo constaba la firma del primero. En relación con esto, la AP consideró que la falta de firma de la demandada implicaba *per se* que no había aceptado ni rechazado el tratamiento.

En conclusión, la decisión del juez de imponer un tratamiento es consecuencia de un proceso que estaba afectado por la falta de información acerca de los documentos. Dado que ni la demandante ni ninguna persona allegada había sido informada acerca de la decisión del juez, de ninguna manera hubiera sido posible haber subsanado esa omisión. Así las cosas, al TEDH le parece inconcebible que, dada la importancia que CI tiene para garantizar la autonomía, esta cuestión no haya sido dilucidada por los tribunales competentes. Por todo lo anterior, dado que el sistema nacional no ha dado una respuesta adecuada, el TEDH condena a España.

4. Comentario y valoración

Una vez expuesta la Sentencia del TEDH y habiendo sintetizado los argumentos esgrimidos en la misma, conviene realizar un estudio acerca del estado de la cuestión en España. Para lo anterior, me centraré esencialmente en los tres grandes bloques argumentativos que ha utilizado el TEDH y que, lejos de ser independientes, se encuentran estrechamente ligados entre sí.

En primer lugar, analizaré cuál es el tratamiento que se realiza acerca del derecho fundamental a la vida que se encuentra vinculado con la situación de emergencia señalada. Segundo, profundizaré en el derecho a la integridad física y moral en tanto que, tal y como se ha puesto de manifiesto, cualquier injerencia médica en el cuerpo del paciente sin su consentimiento (salvo en los hechos descritos como excepciones) puede atentar contra este derecho. Y, en tercer lugar, examinaré cuál es la postura referente a la IP que debe recibir el paciente, cuál es el fundamento del CI y cuál es la validez que se le otorga a los documentos en los que se expresa y cómo todo lo anterior puede llegar a generar responsabilidad penal.

Bien es cierto que, para realizar el análisis propuesto es necesario señalar por adelantado que, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (de aquí en adelante, TC), la CE es un árbol vivo que debe acomodarse a las nuevas realidades a través de la interpretación que hace el TC de

la misma⁶. Además, es preciso tener en cuenta el entorno normativo del específico ámbito de la autonomía del paciente que es objeto central de la resolución comentada. Aun existiendo una regulación específica en la LAP, es necesario poner el foco de atención en las dimensiones de contenido del derecho a la vida y a la integridad física en otros ámbitos. Es por esto que se estudiarán diversas sentencias cuyos fundamentos de hecho son muy distintos, pero esto permitirá observar una línea general acerca del tratamiento de la autonomía y su importancia en el ámbito del Derecho penal.

4.1. Derecho fundamental a la vida

En la Sentencia que aquí se comenta, el derecho a la vida es alegado por el Abogado del Estado en tanto que la transfusión de sangre se realizó en una situación de emergencia que hizo necesaria la intervención para mantener con vida a la paciente.

Frente a este problema, el TC en su Sentencia 120/1990⁷ se planteó la cuestión de constitucionalidad de una resolución judicial que ordenaba a la Administración penitenciaria a dar asistencia médica obligatoria (y alimentar en contra de su voluntad a los reclusos que se encontraban en huelga de hambre) cuando se viera en peligro su vida⁸. Sin embargo, tal y como afirma parte de la doctrina⁹, la posición asumida por el TC no es compatible con una adecuada comprensión de las dimensiones del derecho a la vida, puesto que no se debe alimentar coactivamente al preso que realiza la huelga, ni siquiera cuando se encuentre en un estado de inconsciencia, siempre y cuando haya manifestado hasta el momento final su voluntad de no ser alimentado –como se verá con profundidad en los apartados siguientes–.

En el fundamento jurídico siguiente (FJ 7), afirma el TC que el derecho a la vida no tiene una dimensión positiva que permita configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la muerte. Sin embargo, entiende que el bien vida se integra en el ámbito de libertad de una persona y, por lo tanto, esta puede disponer sobre su muerte. Este argumento es también utilizado en la STC 19/2023¹⁰, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (de aquí en adelante, Ley de Eutanasia) alegando que quien se da muerte de propia mano actúa amparado por el principio de libertad en tanto que obra en el ámbito libre del Derecho¹¹.

A pesar de lo anterior, el TC terminaba sosteniendo en la Sentencia 120/1990 que no se puede movilizar el apoyo de los poderes públicos «para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir», puesto que no nos encontramos ante un derecho subjetivo de carácter fundamental. Además, se afirma que debido a que el fin de la huelga de hambre no es perder la vida, sino que lo que pretende el huelguista es conseguir que la Administración deje de ejercer potestades que

⁶ STC (Pleno) 198/2012, de 6 de noviembre (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012). FJ 9.

⁷ STC (Pleno) 120/1990, de 27 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990). FJ 6.

⁸ Entre otros: Díez RIPOLLÉS, «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, (30), 1986, pp. 624 ss.

⁹ JUANATEY DORADO, «Límites al consentimiento del paciente en el ámbito penitenciario», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 2, 2019, p. 1436. Mismo sentido: SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión», *Cuadernos de Política Criminal*, (38), 1989, p. 403.

¹⁰ STC (Pleno) 19/2023, de 22 de marzo (BOE núm. 98, de 25 de abril de 2023). (ECLI:ES:TC:2023:19).

¹¹ El término *ámbito libre del Derecho* es el utilizado por el TC en la propia Sentencia. En este mismo sentido: MUÑOZ CONDE, «Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (40), 1987, p. 311.

le son conferidas por el ordenamiento¹², entonces la asistencia médica obligatoria autorizada no vulnera el derecho constitucional a la vida¹³.

A este respecto, el Magistrado Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer incluyó un voto particular donde señala que la Administración penitenciaria tiene la obligación de velar tanto por la salud como por la vida de los presos, pero esto no puede implicar una limitación adicional a sus derechos fundamentales, puesto que, como enfermos, gozan de los mismos derechos y libertades que los ciudadanos (art. 25.2 de la CE)¹⁴. Además, señala el Magistrado que prorrogar la alimentación forzosa de manera indefinida conllevaría una extensión innecesaria de la degradación física y psíquica de la persona que podría llegar a considerarse inhumana. Pese a esto, la actual legislación penitenciaria¹⁵ produce una discriminación entre aquellos sujetos que se encuentran en prisión y aquellos que no. Además, no es acorde a los criterios establecidos en la LAP para aquellas situaciones similares en las que se encuentran las personas no privadas de libertad. Y, por último, no respeta la autonomía del paciente consagrada no solo legalmente sino también jurisprudencialmente, tal y como veremos a lo largo de este trabajo.

Por su parte, en la Sentencia 19/2023, señala el TC que, a pesar de que el derecho fundamental a la vida condiciona la existencia de los demás derechos, no debe ser considerado como un derecho absoluto, a pesar de que esta expresión se utilizara en la STC 48/1996¹⁶. Frente a esto, descarta radicalmente que exista una obligación de mantenerse con vida¹⁷. Por último, el derecho a la vida se configura tanto como un deber positivo, que debe ser protegido frente a los ataques propios y de terceros y, también, se configura como un deber negativo de protección, por lo que, de manera general, existe una obligación de no lesionarlo. Así las cosas, parece claro que, como indica CORCOY BIDASOLO¹⁸, habría que prescindir de las valoraciones éticas y religiosas y aceptar que, tanto la vida como la salud son bienes jurídicos personales disponibles por su titular.

Dada la estrecha relación existente entre el derecho a la vida y la integridad física y moral (manifestado en la facultad de autodeterminación sobre las intervenciones en el propio cuerpo)

¹² Esta Sentencia ha servido de base para alimentar coactivamente a los presos incluso en las huelgas consideradas lícitas. Por ejemplo: AAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 5ª, 12 de septiembre de 2008 (ECLI:ES:APTF:2008:4264A). CEREZO MIR, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*. 2006, tomo I, p. 719 pretendía distinguir los supuestos según los motivos que tuviera la huelga, afirmando si existía o no un atentado contra la dignidad, es decir, atendiendo a si los motivos eran ideológicos/de conciencia o pretendían conseguir una actuación de la Administración. Desde mi punto de vista, esta distinción no puede mantenerse ya que lo esencial para afirmar que existe o no un atentado contra la vida, la integridad y la salud no son los motivos que llevaron a ello, sino únicamente la ausencia de consentimiento.

¹³ CORCOY BIDASOLO, «El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica», en CANCIO MELIÁ *et al.* (ed.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 1, 2019, p. 387. El componente supraindividual carece de fundamento porque solo se predica de la vida y de la salud, ya que los demás bienes jurídicos fundamentales sí que son disponibles. Entiende la autora que dicha indisponibilidad tiene su base o en valores religiosos o en razones de política criminal.

¹⁴ La Administración debería prescindir de la «especial relación de sujeción» y realizar el análisis de legalidad, necesidad y proporcionalidad. SOLAR CALVO, «¿Puede el derecho penitenciario determinar lo que el derecho penal no determina?», *Diario La Ley*, 10418, 2024, pp. 1 y ss.

¹⁵ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. (BOE núm. 40 de 15 de febrero de 1996). Art. 210 apartado primero: «(e)l tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el CI del interno. Sólo cuando exista peligro inminente para la vida de éste se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente (...)».

¹⁶ STC (Pleno), 48/1996, de 25 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996). FJ 2.

¹⁷ En este mismo sentido: MUÑOZ CONDE, *ADPCP*, (40), 1987, p. 302.

¹⁸ CORCOY BIDASOLO, en *LH Jorge Barreiro*, v. 1, 2019, pp. 388 ss.

en el siguiente apartado analizaré cuál es el contenido de este último derecho fundamental y profundizaré en el alcance que atribuyen tribunales y doctrina al mismo.

4.2. Derecho fundamental a la integridad física y moral

Para comenzar es necesario señalar que el derecho a la integridad física y moral, tal y como señala el TC en su Sentencia 37/2011¹⁹, protege dos vertientes. La primera de ellas tiene una dimensión negativa, ya que se garantiza que la persona es inviolable en dos sentidos: por un lado, se le protege de los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y, por otro lado, de aquellas intervenciones para las que no haya otorgado su consentimiento²⁰, incluso cuando esa decisión pueda conducir a un resultado fatal²¹. Esto, tal y como apunta CANCIO MELIÁ²², se debe a que el principio de autonomía es el eje de toda regulación y es el elemento clave de cualquier sistema normativo de libertades. Asimismo, se establece en la STC 38/2023²³, que el derecho a la integridad física debe ser protegido frente a aquellos menoscabos que tuvieran un carácter potencial, en tanto que el riesgo de daño para la salud debe ser considerado como un plus de afectación, pero no una condición *sine qua non* para entender que hay una intromisión en el derecho mencionado.

En lo relacionado con la segunda vertiente, se caracteriza por tener una dimensión positiva conectada con el libre desarrollo de la personalidad, que protege a la persona en tanto sujeto con capacidad de decisión y, por lo tanto, la dignidad humana resulta vulnerada cuando se instrumentaliza al individuo²⁴.

Por lo tanto, conectando este punto con la Sentencia aquí analizada, en el ámbito sanitario la dimensión negativa implica que los médicos deben abstenerse de realizar cualquier tipo de actuación cuando: a) el paciente se oponga en ejercicio de un derecho de autodeterminación²⁵ y b) tenga una justificación constitucional²⁶.

Una situación similar tuvo que ser analizada por el TC en su Sentencia 38/2023, referida a un caso en que el tutor legal de una persona –cuya capacidad de obrar se encontraba judicialmente modificada–, se opuso a que se le administrase la vacuna contra el COVID-19. En la Sentencia se argumenta (FJ 5) que la vacunación tiene un interés doble: por un lado, el interés individual de no contraer enfermedades y, por otro lado, un interés público ya que, en un contexto epidémico grave, permite alcanzar la inmunidad de grupo. Sin embargo, el TC en este supuesto se centra

¹⁹ STC 37/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).

²⁰ STC (Pleno) 120/1990, de 27 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990), FJ 8. STC (Pleno) 154/2002, de 18 de julio (BOE núm. 188, de 7 de agosto de 2002), FJ 9b. STC 37/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011), FJ del 3 al 7.

²¹ STC 37/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011). FJ 5.

²² CANCIO MELIÁ, «Patient autonomy and criminal law: A Spanish perspective», en DANILUK (ed.), *Patient Autonomy and Criminal Law. European Perspectives*, 2023, p. 327.

²³ STC (Pleno), 38/2023, de 20 de abril (BOE núm. 121, de 22 de mayo de 2023). FJ 4.

²⁴ STC (Pleno), 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985). FJ 8: «(...) nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás». STC (Pleno), 38/2023, de 20 de abril (BOE núm. 121, de 22 de mayo de 2023). FJ 4.

²⁵ STC (Pleno) 154/2002, de 18 de julio (BOE núm. 188, de 7 de agosto de 2002). FJ 9.

²⁶ STC (Pleno) 120/1990, de 27 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990). FJ 8. El mayor avance es que el respeto a la voluntad libre del sujeto debe ser el eje de cualquier intervención, abandonando la idea de que esta voluntad solo debiera ser respetada cuando se ejerciera otro derecho fundamental.

únicamente en la vertiente individual. De esta manera, en vista de que la persona no podía prestar su consentimiento, la actuación del poder público se dirigió estrictamente a suplir la limitación de la persona. De igual modo, el art. 9.6 de la LAP legitima al Juez para actuar cuando hay ausencia de voluntad, pero no permite que los intereses de la persona afectada se conviertan por el poder público en una oportunidad para realizar coactivamente sus políticas sanitarias. De ser esto así, nos encontraríamos ante una afectación de su derecho a la integridad personal.

Por su parte, en la Sentencia 19/2023, de 22 de marzo, el TC entiende que el art. 15 de la CE «protege un ámbito de autodeterminación de la persona que ampara también la decisión individual de darse muerte por propia mano, cuando tal decisión se adopte de manera libre y consciente por un ser humano capaz que se encuentre inmerso en un contexto de sufrimiento personal extremo debido a causas clínicas de gravedad límite, racional y objetivamente contrastables conforme a los parámetros de la ciencia médica». Concurriendo lo anterior, no nos encontramos ante un ámbito libre de Derecho sino ante una decisión vital de autodeterminación que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral unido con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Siguiendo con esta idea, el TC apunta en su Sentencia 44/2023, de 9 de mayo (referente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo –de aquí en adelante, LIVE–) que la decisión de prohibir a la mujer que interrumpa un embarazo, imponiéndole como opción única, la de convertirse en madre, atenta gravemente contra los arts. 10.1 y 15 de la CE, ya que equivaldría a la instrumentalización de la mujer y a la imposición de una maternidad forzada²⁷. Así las cosas, se debe reconocer un ámbito de libertad en el cual la mujer pueda adoptar la decisión que estime más adecuada²⁸.

Por lo tanto, se ha comprobado que la más reciente jurisprudencia marca una línea interpretativa en la que la autonomía personal, relacionada con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, permea todos los conceptos, y muy especialmente, cuando se trata de decisiones en el campo sanitario. Siendo esto así, cualquier decisión que se tome acerca de la injerencia médica en el cuerpo propio debe ser tomada de manera libre, responsable, sin violencia, ni coacción, ni discriminación, con respeto tanto a su proyecto de vida como a su propio cuerpo.

4.3. Consentimiento

Dada la importancia de tomar una decisión de manera libre y consciente a la hora de aceptar o rechazar cualquier tratamiento médico, se analizan en el siguiente apartado dos grandes bloques. El primero de ellos se refiere a la excepción del consentimiento, esto es, qué ocurre cuando una persona no puede consentir. En el segundo bloque, la cuestión se refiere a la información previa en tanto que requisito indispensable para otorgar el consentimiento.

Concretamente, el TC en su Sentencia 27/2011 (FJ 5) entiende que tanto la información previa como el CI son mecanismos de garantía de la autonomía del paciente y su ausencia o lesión podría llevar a un menoscabo de los derechos fundamentales ya mencionados, puesto que el fundamento último descansa en que el paciente tome decisiones conforme a su propio sistema

²⁷ La Magistrada Balaguer Callejón entiende que no existen derechos en conflicto puesto que «el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer y son la libertad (art. 17.1. CE) de esta, su dignidad (art. 10.1 CE), su integridad física y moral (art. 15.1 CE), su facultad para configurar su proyecto de maternidad (art. 18 CE), y su salud sexual y reproductiva (art. 43 CE), los únicos elementos con soporte constitucional expreso, en tanto que la mujer es titular plena de todos estos derechos reconocidos en la Constitución».

²⁸ En contra de esto, argumenta la Magistrada Espejel Jorquera que el derecho a la interrupción del embarazo no deriva del derecho fundamental de autodeterminación de la mujer, puesto que se priva al padre de participar en la toma de decisión, ya que éste ha fecundado –también– al embrión. Esto fomenta, en su opinión, la irresponsabilidad del varón y es contrario, además, a la perspectiva de género.

de valores (art. 4.2 LPA). Sin embargo, el TS en su Sentencia 1624/2016²⁹, entiende que el CI y, por ende, la información que le precede, son obligaciones que competen no solo al personal médico responsable del paciente, sino a todos los profesionales que le atienden, puesto que es esto lo que le permite a la persona decidir libremente³⁰.

Por su parte, en la STC 19/2023 (Ley de Eutanasia) se destaca la importancia de que la persona cuente con los mecanismos suficientes que permitan garantizar el carácter «informado, reflexivo, estable y ajeno a coacciones de una decisión tan trascendental» como es la de acabar con su propia vida en contextos eutanásicos. Esto es así porque es la voluntad propia, consciente y libre la que marca la línea de protección entre el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación. Siguiendo con la doctrina precedente, en la STC 44/2023 (LIVE), se alude a que el objetivo de la Ley es garantizar que la mujer tenga a su alcance toda la información completa y poder tomar así la decisión que crea más conveniente³¹.

d. Excepción al consentimiento

Para comenzar, cabe señalar que el consentimiento se puede exceptuar a) en casos de riesgo para la salud pública caracterizados por las notas de inmediatez y gravedad, esto es, cuando pueda existir un riesgo de contagio de enfermedades. O b) cuando exista un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización³².

En este último supuesto, en atención al art. 9.2 de la LAP, se debe consultar a los familiares o a las personas vinculadas al paciente. No obstante, en el apartado tercero se contempla el consentimiento por representación en tres supuestos: «a) cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones (...), o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho». Esto deberá producirse siempre y en todo momento atendiendo al mayor beneficio para la salud o la vida del paciente (art. 9.6 LAP)³³.

En los supuestos expresados, nos encontraríamos ante una situación de estado de necesidad (art. 20.5 CP), por lo que la actuación médica solo se encontraría permitida si concurriera la urgencia y la proporcionalidad en la intervención («necesidad racional»), aplicando la terapia menos invasiva³⁴. Con respecto a lo señalado, en la STC 19/2023, el legislador ha previsto que la eutanasia pueda ser recibida por quien no puede instarla autónomamente, pero hubiera dejado constancia de su decisión, de la misma manera que ocurre con los tratamientos sanitarios.

²⁹ STS 1624/2016, Civil, de 12 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1624). FJ 2.

³⁰ En este mismo sentido: STS 1804/2011, Civil, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1804), FJ 3. STS 3722/2015, Civil, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:3722), FJ 3.

³¹ Sin embargo, de manera acertada, la Magistrada Balaguer Callejón entiende que, con esa información previa -extra, con connotación moral- se condiciona el consentimiento de la mujer. Por esto aboga porque dicha información no es necesaria salvo que la mujer lo desee ni tampoco es necesaria una información distinta a la de otras intervenciones (ya regulado en la LAP) porque presupone la falta de autonomía de la mujer para tomar decisiones libres sin la tutela de la Administración.

³² PUPPE, «La justificación de la intervención médico curativa», *InDret*, (1), 2007, pp. 4 ss. Según la autora, estaríamos ante un consentimiento presunto que es un derecho derivado de un estado de necesidad. Es decir, el médico debe ponderar, las desventajas de interrumpir el tratamiento o la intervención y el derecho a la autodeterminación del paciente. Únicamente en estos casos (el paciente es incapaz de consentir y la intervención es urgente), es cuando el médico puede tomar esa decisión.

³³ STC (Pleno), 38/2023, de 20 de abril (BOE núm. 121, de 22 de mayo de 2023).

³⁴ CORCOY BIDASOLO, en *LH Jorge Barreiro*, v. 1, 2019, p. 391.

Por lo tanto, en estos casos cobran máxima relevancia los documentos de IP o equivalentes³⁵. Estos son instrumentos que garantizan el respeto a la autonomía de los pacientes al permitirles influir en las decisiones médicas futuras y facilitar así a los médicos la toma de decisión más respetuosa con la voluntad del paciente cuando no tiene ya capacidad para decidir por sí mismo³⁶. Sin embargo, señala el Tribunal (STC 19/2023, Ley de la eutanasia) que este documento debe cumplir con los requisitos establecidos en el art. 11.2 y 3 de la LAP. Por lo tanto, no es contrario a la voluntad actual: primero, porque puede revocarse libremente en cualquier momento –por escrito– (art. 11.4 LPA) y, segundo, puesto que ha sido suscrito para cuando el paciente no pueda prestar su conformidad o no se encuentre en pleno uso de sus facultades.

e. *Situaciones en las que sí es posible prestar consentimiento*

En este segundo y último bloque analizaré, en cuanto a la información previa se refiere –y posterior capacidad de consentimiento–, dos situaciones muy distintas entre sí: por un lado, aquella en la que la información otorgada es incompleta o errónea y es con base en ella que el paciente ha consentido y, por otro lado, aquella situación en la que no se ha ofrecido ningún tipo de información y, por lo tanto, no se ha recabado el consentimiento del paciente.

Comenzando por el primer supuesto, en el que el personal médico sí ha otorgado la información previa, pero esta es errónea o incompleta³⁷ y el paciente ha otorgado su consentimiento: PUPPE³⁸ señala que el Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) entiende que nos encontraríamos ante una causa de justificación llamada consentimiento hipotético. Coincido plenamente con la autora en que esto implicaría que se podría castigar al personal médico siempre y cuando el paciente no hubiera consentido el tratamiento si hubiera sido informado correctamente. Si esto no puede probarse, estaríamos ante un supuesto claro del principio *in dubio pro reo*, suponiendo que el paciente, tras haber recibido la información correcta, hubiera consentido. En contra de lo hasta aquí apuntado, indica PANTALEÓN DÍAZ³⁹ que el consentimiento hipotético carece de relevancia penal para afirmar la responsabilidad penal del personal médico, aunque sí tendría relevancia a efectos de la responsabilidad civil.

³⁵ CORCOY BIDASOLO, en *LH Jorge Barreiro*, v. 1, 2019, p. 392. Apunta que el documento de consentimiento se ha configurado como un papel en blanco a través del cual el paciente acepta cualquier riesgo. Frente a esto señala que el consentimiento no debería realizarse desde la «medicina defensiva» sino que debería ser utilizado para explicar la enfermedad, las posibles soluciones y sus consecuencias.

³⁶ El Magistrado Arnaldo Alcubilla objeta que no existe ningún control para garantizar que el paciente que suscribe un las IP se encuentra en plenas facultades, ni se comprueba si ha recibido o no la información. Apunta que, si ha transcurrido mucho tiempo entre las IP y la concurrencia del supuesto, no existe garantía del mantenimiento de la decisión, ni su carácter informado atendiendo a la evolución de la medicina.

³⁷ PANTALEÓN DÍAZ, «Responsabilidad penal y civil médica por defecto de consentimiento informado», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 1, 2019, p. 692. La norma que obliga al médico a informar tiene como finalidad proteger al paciente de los menoscabos de su salud derivados de la materialización de los riesgos ofreciéndole la posibilidad de rechazarlos.

³⁸ PUPPE, *InDret*, (1), 2007, pp. 5 ss. El problema radica en que el BGH exige que el juez indague sobre si el paciente hubiera consentido o no. La cuestión es que «Lo que habría decidido una persona determinada si se le hubiese planteado una elección que, en realidad, no le fue planteada, es algo que ni ella misma puede responder con certeza posteriormente» (p. 5). Y, en el supuesto de que el paciente sea capaz de responder, ¿no se encontraría influenciado por las consecuencias de la intervención?

³⁹ PANTALEÓN DÍAZ, en *LH Jorge Barreiro*, v.1, 2019, p. 695. El fundamento de la distinción radica en que esta autora entiende que la existencia de un resultado típico y, por ende, de responsabilidad se enmarca en la prevención de comportamientos similares en beneficio de toda la sociedad. Lo realmente importante es, según ella, la protección del interés de todos en que los médicos recaben el CI. De esta manera, no se puede atender a qué es lo adecuado o no, reparando en lo que un concreto paciente considera acerca de un concreto tratamiento para su salud.

A este respecto, en la STC 37/2011⁴⁰, se narra un supuesto sobre asistencia médica coactiva, porque se trataba de una intervención médica realizada sin que el sujeto afectado hubiera recibido información previa⁴¹ y sin que hubiera prestado el consentimiento subsiguiente. Por tanto, se ha de dilucidar si esa omisión ha producido o no una lesión del derecho a la integridad física. Dado que no se aprecia en los hechos ni riesgo vital para el paciente, ni urgencia relativa de la intervención, los médicos tuvieron el tiempo suficiente para informarle y que éste otorgase su consentimiento, por lo que el TC consideró vulnerado el derecho a la integridad del paciente⁴².

En lo relativo al segundo supuesto, el personal médico no ha trasladado ningún tipo de información y, por lo tanto, el paciente no ha podido consentir⁴³. Así las cosas, el derecho a la información previa se consagra como mecanismo de garantía que permite hacer efectivo el principio de autonomía de la voluntad. Apunta CANCIO MELIÁ⁴⁴ que la ausencia de información es relevante cuando primero, se refiera de manera directa al interés jurídicamente protegido y, segundo, cuando afecte a la indicación del tratamiento médico del que se trate.

Es muy importante destacar que, tanto en España como Alemania, la doctrina penalista sostiene que la falta de consentimiento válido puede dar lugar a un delito de lesiones⁴⁵ o, al menos, de coacciones⁴⁶, o incluso otros⁴⁷, aunque el procedimiento haya sido satisfactorio según la *lex artis* médica. Todo ello como consecuencia de que se entiende que el personal médico ostenta una posición de garantía. Incluso, hay quienes sostienen la necesidad de una tipificación independiente/autónoma de un delito de tratamiento médico arbitrario⁴⁸, cuyo fundamento sería la libertad del paciente⁴⁹ y no su salud⁵⁰. Sin embargo, los problemas derivados de la tipificación como delitos contra la libertad se pueden organizar en tres grupos: el primero, que el derecho a la salud debe ser considerado en su totalidad. Segundo, el término salud debe ser entendido no solo como algo objetivo, sino también atendiendo a las preferencias personales del sujeto. Y, tercero, nunca se cumple la *lex artis* si no se respeta el CI del paciente.

⁴⁰ STC (Sala Segunda), 37/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).

⁴¹ PUPPE, *InDret*, (1), 2007, pp. 10 ss., entiende que la falta de información debe ser considerada como un factor causal que debe haber co-provocado la intervención: habría que suprimir la falta de información o sustituirla por una correcta para comprobar si la intervención médica desaparece o no (*conditio sine qua non*). Según ella, ocurre lo mismo en los supuestos de información errónea.

⁴² Mismo sentido, CANCIO MELIÁ, en DANILUK (ed.), *Patient Autonomy and Criminal Law*, 2023, p. 328.

⁴³ PANTALEÓN DÍAZ, en *LH Jorge Barreiro*, v.1, 2019, pp. 687 y ss. El médico que lleva a cabo un tratamiento sobre el paciente sin recabar su consentimiento se enmarca en una norma cuyo fin de protección es todo menoscabo a la salud. Por lo tanto, nos encontramos ante una lesión de la autonomía personal, aunque no produzca ningún menoscabo en el estado de salud.

⁴⁴ CANCIO MELIÁ, en DANILUK (ed.), *Patient Autonomy and Criminal Law*, 2023, p. 327.

⁴⁵ PUPPE, *InDret*, (1), 2007, pp. 11 ss., entiende que la falta de información no es la causa del delito de lesiones sino, lo que determina el contenido del consentimiento. Por lo tanto, si la falta de información es relevante, el consentimiento no puede justificar la intervención.

⁴⁶ CORCOY BIDASOLO, en *LH Jorge Barreiro*, v.1, 2019, p. 389.

⁴⁷ Por ejemplo, un delito contra la libertad de conciencia, tal y como apunta CEREZO MIR, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, t. I, 2006, p. 717. Otros entienden que nos encontramos ante un delito contra la integridad en el supuesto de alimentación forzosa de una persona que realiza una huelga de hambre. En este sentido: Díez RIPOLLÉS, «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, (30), 1986, *passim*. Y también, BAJO FERNÁNDEZ, «Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante», *Cuadernos de Política Criminal*, (51), 1993, pp. 710 ss.

⁴⁸ JORGE BARREIRO, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», *Cuadernos de Política Criminal*, (16), 1982, pp. 17 ss.

⁴⁹ PEÑARANDA RAMOS, «El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 1, 2019, p. 700 ss.

⁵⁰ Para una mayor profundización acerca del bien jurídico salud personal véase: PEÑARANDA RAMOS, en *LH Jorge Barreiro*, v.1, 2019, pp. 706 ss.

La *lex artis* médica se define como el conjunto de reglas generales de carácter procedimental o técnico, conocimientos emitidos y máximas de la experiencia que la ciencia médica estima como adecuados dadas unas circunstancias determinadas y un momento concreto⁵¹. Sin embargo, dada la amplitud del concepto, es preferible hablar de *lex artis ad hoc*⁵², esto es, un estándar personalizado que atiende al nivel de cuidado exigible en una situación particular concreta.

Por lo tanto, el valor de la previsibilidad objetiva en la determinación del deber objetivo de cuidado en una actividad médica implica que se deben tener en cuenta los siguientes elementos: se debe colocar a una persona inteligente en la posición del médico, se deben conocer el saber ontológico, el saber nomológico y la *lex artis* de la cual dispone el personal médico para salvar la vida del paciente o restablecer su salud. A este respecto señalan ROMEO CASABONA *et al.*⁵³ que el profesional médico que se ha sometido a la *lex artis* no habrá infringido el deber de cuidado⁵⁴.

Ante esta situación, la jurisprudencia⁵⁵ entiende que el valor de la *lex artis* es meramente indiciario, de modo que ni su cumplimiento supone actuar conforme al deber de cuidado ni su incumplimiento implica una infracción del mismo. A su vez, su positivización⁵⁶ a través de los protocolos médicos permite identificar de manera complementaria el deber de cuidado⁵⁷.

Por su parte, la posición del TS ha evolucionado con el tiempo. Esto se debe a que comenzó entendiendo el CI como parte de la *lex artis*, generando responsabilidad si éste no existía. Actualmente, su posición se encuentra más matizada, puesto que el Alto Tribunal⁵⁸ entiende que la imputación de responsabilidad a los médicos surge cuando la ausencia de información hubiera hecho que el paciente hubiera tomado una decisión distinta si hubiera conocido los riesgos de la intervención realizada –coincidiendo con la postura del BGH–. A esto hay que añadir que debe existir un daño indemnizable como consecuencia de la concreción de los riesgos.

Sin embargo, en contra de los argumentos de la jurisprudencia actual, desde mi punto de vista, un tratamiento médico o una intervención médica nunca pueden cumplir con la técnica médica

⁵¹ ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», en ROMEO CASABONA (ed.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. XXIIº Coloquio de Derecho Europeo*, 1993, p. 106. RUEDA MARTÍN, «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa», *InDret*, (4), 2009, p. 28.

⁵² HAVA GARCÍA, «La compleja configuración de la imprudencia médica: algunas reflexiones en torno al caso Madrid Arena», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, 2019, pp. 497 ss.

⁵³ ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», en EL MISMO, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, 2005, p. 209.

⁵⁴ Se han esbozado numerosas críticas, véase: RUEDA MARTÍN, *InDret*, (4), 2009, p. 20 ss. Señala que se debe tener en cuenta un criterio normativo que permita establecer las medidas de cuidado en atención a los resultados que se quieren evitar y debe concretarse ponderando los intereses soportables o no por el orden social. También: HAVA GARCÍA, en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *LH Jorge Barreiro*, v. 1, 2019, pp. 497 ss.

⁵⁵ STS 10856/1988, Penal, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:1988:10856), FJ 5. STS 5863/1997, Penal, de 3 de octubre. (ECLI:ES:TS:1997:5836), FJ 6. Esta cuestión ha sido ampliamente discutida por la doctrina: mantiene la teoría indiciaria, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, 1990, p. 45. Esto es matizado por SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 25. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 108 ss. y 115 ss., considera que es algo más que un indicio, pero niega la identidad, tal y como hace GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 266-276.

⁵⁶ SAP Toledo, Sección 1, 25 de mayo de 2000 (ECLI:ES:APTO:2000:599). SAP Salamanca, Sección 1, 23 de febrero de 2001, (ECLI:ES:APSA:2001:142)

⁵⁷ 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.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 2, 2019, p. 1214.

⁵⁸ STS 943/2008, Civil, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:5371), FJ 7. STS 1768/2014, Civil, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:1768), FJ 3. STS 330/2015, Civil, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2572), FJ 5. STS 698/2016, Civil, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:5161), FJ 6.

si no cuentan con el consentimiento del paciente⁵⁹, por lo que, el personal médico que no suministra información o no recaba el consentimiento debe responder penalmente.

5. Conclusiones

Desde mi punto de vista, una interpretación evolutiva de la Constitución solo es posible cuando los cambios en el contexto se ven acompañados de cambios normativos que se asienten en el progreso cultural, lo que permite el reconocimiento de derechos fundamentales que encajan en la sociedad actual. Esto se ha visto reflejado en la evolución jurisprudencial acerca del tratamiento de la autonomía del paciente y del incremento de la importancia del CI.

En lo referente al derecho fundamental a la vida, parece obvia la necesidad de prescindir de valoraciones morales y religiosas en su delimitación, configurando así los bienes jurídicos vida y salud como bienes personales disponibles. Por su parte, en lo que se refiere al derecho a la integridad física y moral, el TEDH entiende que en una situación de urgencia es necesario revisar los deseos previamente expresados por el paciente y promover su propio interés. Además, debe señalarse la importancia que tiene el principio de autonomía personal, ya que permite que una persona tome una decisión libre, responsable, sin violencia, ni coacción, ni discriminación que le facilite en todo momento alcanzar su proyecto de vida respetando su propio cuerpo.

Tal y como se ha adelantado, la consecuencia manifiesta de lo señalado es la capacidad de consentimiento por parte del paciente y la importancia de que este reciba la información previa completa y de manera comprensible. Este es el punto central de la Sentencia del TEDH, puesto que, dado el procedimiento seguido por el Juzgado de Instrucción, no se indagó acerca de si la paciente podía o no consentir, por lo que la información que recibió el Juzgado fue incorrecta e incompleta. Como consecuencia de esto, se trasladó la capacidad de decisión de la paciente a los médicos. De esta situación se desprende, sin lugar a dudas, que hubo una concatenación de errores por parte del equipo médico cuyo origen puede ser una cultura corporativa deficiente, en tanto que se afirma que consultar al Juez de Instrucción es una práctica habitual, obviando de esta manera los deseos previamente expresados por los pacientes, lo que vulneraría, como ha sido el caso, sus derechos fundamentales.

En lo referente a la capacidad de consentir, hay que diferenciar dos grupos: por un lado, existen situaciones en las que se obvia la exigencia del consentimiento; cuando existe un riesgo para la salud pública, o bien existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente y no es posible conseguir su autorización, ni siquiera consultando a sus familiares. El otro grupo es el del paciente que no es capaz de tomar decisiones. Es en este último supuesto cuando los servicios médicos deben tratar de obtener el consentimiento del representante legal si lo tuviere, de la familia o de las personas vinculadas al paciente, atendiendo siempre al mayor beneficio él (art. 9.6 LAP). No obstante, creo que en los casos en los que es el representante o el familiar o allegado el que consiente, se debería atender a cuál hubiera sido la voluntad del paciente y no al criterio de preservar su vida o su salud y, en caso de conflicto, ponerlo en

⁵⁹ CANCIO MELIÁ, en DANILUK (ed.), *Patient Autonomy and Criminal Law*, 2023, p. 330. Cuando el peligro que es el propio de una intervención curativa llevada a cabo por la *lex artis*, existe una diferencia para el paciente entre: haber escogido ese peligro con conocimiento de otras alternativas o, haber sido obligado como consecuencia de la ocultación de las posibilidades. PUPPE, InDret, (1), 2007, p. 4. PEÑARANDA RAMOS, en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *LH Jorge Barreiro*, v. 1, 2019, p. 703. En este mismo sentido: STS 1624/2016, Civil, de 12 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1624), FJ 2.

conocimiento de la autoridad judicial puesto que, atendiendo al conjunto de la ley, lo que se pretende es dotar de un contenido muy amplio la autonomía del paciente.

En estos casos, a pesar de que la actuación médica se encuentra amparada en la figura del estado de necesidad (art. 20.5 CP), siempre y cuando se cumpla con la necesidad de urgencia y de proporción de la intervención entendida esta como la aplicación de la terapia menos lesiva, estimo que toman especial importancia los documentos de IP o equivalentes que permiten mantener la autonomía del sujeto en los momentos en los que carece de capacidad.

Por otro lado, habría que diferenciar dos situaciones en las que un paciente sí podría consentir. La primera es aquella en la que el paciente recibe una información errónea e incompleta. Aquí, estaríamos ante un supuesto de consentimiento hipotético en el que, en mi opinión, el equipo médico debería responder penalmente siempre y cuando el paciente hubiera tomado una decisión distinta de haber tenido la información completa. La segunda de las situaciones consiste en que el paciente no recibió información por parte del personal médico y, por lo tanto, no pudo consentir. En esta situación, el equipo médico debería responder -desde mi punto de vista- por un delito de lesiones en tanto que el bien jurídico protegido es la salud personal y no la libertad.

Bien es cierto que el personal médico debería actuar conforme a la *lex artis ad hoc*. En relación con esto, el valor jurisprudencial que se le otorga ha ido cambiando a lo largo de los años. Esto se debe a que, actualmente, el TS utiliza la misma teoría para los casos de consentimiento hipotético (información insuficiente o errónea) que, para los supuestos de ausencia total de información, esto es, preguntarse de manera hipotética qué decisión hubiera tomado el paciente de haber tenido la información previa. A mi parecer, esta argumentación resulta cuanto menos complicada y confusa, puesto que el personal médico nunca podrá cumplir con la *lex artis ad hoc* si no ha recabado previamente el CI del paciente.

Recensiones:

Recensión a Markus Dirk DUBBER, *El Estado penal dual*, Marcial Pons, Madrid, 2024, 390 páginas, por José Manuel PAREDES CASTAÑÓN

Recensión a Rolando MÁRQUEZ CISNEROS, *La pertenencia a una organización criminal. Análisis sobre su compatibilidad con el principio de lesividad*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2023, 278 páginas, por Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ

Recensión a Recensión a Paolo PRODI, *Séptimo: no robarás. Hurto y mercado en la historia de Occidente* (trad. de *Settimo non rubare*, Bolonia, 2009, a cargo de Andrés Barba), Acantilado, Barcelona, 2024, 485 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Réplicas:

Réplica a la Recensión de Carlos PÉREZ DEL VALLE a *El error de prohibición en el Derecho penal económico*, 2024, Atelier, Barcelona, 289 páginas (*InDret* 1.2025), por Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ

-

Markus Dirk Dubber, El Estado penal dual, Marcial Pons, Madrid, 2024, 390 páginas

José Manuel Paredes Castañón
Universidad de Oviedo
paredesmanuel@uniovi.es

-

1. El libro de Markus Dirk DUBBER que hoy comento se publicó originalmente, en inglés, en el año 2018 y, como el propio autor señala (pp. 167-168, 183-185), constituye una continuación y culminación de lo que se había desarrollado en una obra anterior: *Criminal Law: A Comparative Approach*, publicada en 2014, en coautoría con Tatjana HÖRNLE. En efecto, allí donde este primer libro pretendía presentar una exposición global y comparativa de las características principales de los ordenamientos penales norteamericano y alemán (incluyendo aspectos constitucionales, procesales, de teoría del delito y de la parte especial, así como algunas referencias –limitadas– a cuestiones penológicas), el segundo, objeto de esta recensión, intenta llevar a cabo un análisis, que intenta ser esclarecedor, de las “lógicas profundas” de ambos ordenamientos penales. Presuponiendo que dicho análisis: 1º) puede ser de relevancia general, pues supondría analizar los ejemplares paradigmáticos de los dos grandes modelos de legislación penal (occidental – DUBBER reconoce paladinamente que los ordenamientos penales no occidentales se escapan completamente de su ámbito de estudio: p. 167, n. 4), el del *common law* y el del *civil law*; y 2º) precisamente por analizar los tipos ideales de ambas modalidades de ordenamiento penal, permitiría culminar el objetivo perseguido por el método histórico-comparativo-crítico, que el autor viene propugnando como el más fructífero para explicar e interpretar la realidad de los ordenamientos penales, superando la retórica empleada por la dogmática jurídica para aproximarse a los mismos (una retórica que, según DUBBER, conllevaría un importante riesgo, tanto de confusión conceptual como de ocultamiento ideológico de la realidad).

En otros trabajos, el autor ha explicado cuáles son las razones que le han llevado a elegir su método de investigación (una suerte de historia crítica de los ordenamientos penales, combinada con una comparación entre modelos, que permitiría abstraer las características comunes a los mismos, más allá de las aparentes especificidades) y los efectos que espera obtener al aplicarlo. Se trataría, primero, de resaltar la naturaleza históricamente datada y geográficamente localizada de cada ordenamiento y de sus características. Pero también, por otra parte, de construir sobre esa base (histórica y comparativa) una historia más realista, menos ideológica de los ordenamientos penales: una historia que resalte las verdaderas características de los mismos (es decir, sus efectos reales, en términos de restricción de libertad, legitimación del poder punitivo y castigo efectivo a individuos y categorías de individuos); que no se deje embelesar, pues, por la retórica justificadora habitual en los discursos de la dogmática jurídica y que, en cambio, ponga de manifiesto las contradicciones existentes en dichos discursos, y en las prácticas que ellos vienen a justificar. Así, DUBBER señala que esta forma de hacer historia del Derecho penal da lugar a dos formas de crítica del mismo: a) una crítica interna, en la que se exponen las contradicciones entre los teóricos ideales que guían al ordenamiento y la realidad de la praxis dentro del mismo; y b) una crítica externa, que busca cuestionar incluso la bondad y factibilidad de aquellos ideales.

2. Es evidente, por lo tanto, que nos hallamos ante un ejemplo más de análisis crítico del Derecho penal (a sumar a otros métodos de análisis crítico, como los de la criminología crítica o la concepción realista del Derecho): aquí, pretendiendo emplear para ello las herramientas que proporcionan la historia (tanto la historia del Derecho como la historia conceptual) y el estudio comparado de los ordenamientos. Llama por ello poderosamente la atención que, sin embargo, las conclusiones a las que DUBBER llega a través de su método pueden ser tildadas (y, de hecho, lo han sido: *vid.*, por ejemplo, la crítica de Ian LOADER y Lucia ZEDNER) de ahistóricas. Así, en su primera obra relevante (*The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*, 2005) DUBBER concluía, para el caso de los Estados Unidos de América, que, en contra de las apariencias y de la retórica ideológica hegemónica, en realidad el Derecho penal norteamericano jamás se había liberado del corsé patriarcal y autoritario propio de las raíces medievales (¡e incluso anteriores, romanas!) del Derecho penal inglés anterior a la independencia, por lo que nunca habría existido un Derecho penal norteamericano auténticamente republicano y liberal; es decir, uno que respetase en su configuración los principios propios del poder punitivo republicano y liberal (legalidad, responsabilidad por el hecho, responsabilidad personal, proporcionalidad, lesividad, etc.). Trece años después, en el libro que hoy comento (en su Parte Segunda, pp. 48 ss.), ha generalizado dicha conclusión, extendiéndola también al caso alemán (y, supongo que hay que inferir, a todos los ordenamientos penales que siguen el modelo de *civil law*): a pesar de la niebla ideológica elaborada (magistralmente, eso sí, desde el punto de vista retórico) por la doctrina penal alemana, ideas como la de bien jurídico, la estructura tripartita del delito o la vinculación de la pena a fines de «prevención general positiva» (entendida como estabilización de la sociedad y reforzamiento del rol estabilizador del propio ordenamiento penal) no podrían ocultar la realidad de que también en el Derecho alemán –incluso en el de la República Federal posterior al nazismo y orgullosa de su Ley Fundamental– los principios liberales habrían resultado demediados. Y la cruda realidad de la utilización de la ley penal para fines puramente policiales, de control de la peligrosidad de categorías determinadas de población, seguiría persistiendo también en él, a pesar de resultar incompatible con un poder punitivo respetuoso de dichos principios.

Supongo que es esta crítica frontal a las pretensiones de superioridad (tanto intelectual –de profundidad teórica– como moral –de afinidad con los valores y principios del Estado constitucional de Derecho) de la dogmática penal alemana lo que explica (aunque no sé si justifica) que por primera vez se haya traducido al castellano un libro de Markus D. DUBBER. (Eso sí: la traducción, de Vicente VALIENTE IVAÑEZ, es espléndida.) Pues es seguro que (como también señala Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO –p. 17– en su introducción a esta traducción) será la parte del libro que más llame la atención entre los penalistas de habla hispana, tan influidos como estamos por la dogmática alemana. Y, sin embargo, no creo que esta crítica a dichas pretensiones resulte ni particularmente novedosa ni tampoco demasiado convincente. No es novedosa: hay que recordar que en la propia Alemania, en la década de los años 70 del pasado siglo, proliferaron las críticas a la dogmática penal, a su utilidad, a su función y a sus categorías, tanto desde el punto de vista teórico (formalismo, pretensión de cientificidad) como desde el práctico (conservadurismo político); y tanto en términos globales como criticando algunas de sus categorías más fundamentales (bien jurídico, culpabilidad, etc.). Y tampoco me parece demasiado convincente. Porque, según creo (y como ya entonces en España adujeron autores como E. GIMBERNAT ORDEIG, S. MIR PUIG o F. MUÑOZ CONDE –y, adhiriéndose a ellos, más adelante, J. M. SILVA SÁNCHEZ), esta crítica malentende cuál es la función de la dogmática jurídica: no es, ni nunca ha sido, ni pretendido ser, un instrumento de crítica política o moral del Derecho positivo, sino una herramienta de ordenación, sistematización y estabilización de los criterios para aplicarlo. Lo cual no significa que una dogmática abierta a valores y/o a objetivos político-

criminales (¿y cuál no lo es, lo confiese o no abiertamente?) no pueda orientar en un cierto sentido político o moral la aplicación del Derecho. Pero solo esto, nada más (y nada menos); y únicamente hasta un cierto límite (el que impone el contenido prescriptivo del Derecho positivo). Lo cual explica que la actividad de la dogmática resulte compatible con casi cualquier clase de ordenamiento jurídico, desde los más justos hasta los más arbitrarios: con tal, eso sí, de que todos ellos estén configurados con los rasgos de estabilidad y orden que la dogmática puede contribuir a estabilizar. Y explica, en suma (que no justifica), por qué tantos magníficos penalistas alemanes fueron reaccionarios, conservadores, nazis o colaboracionistas y, pese a ello, teóricamente tan sólidos: porque los criterios de valoración desde un punto de vista (moral y político) y desde el otro (conceptual), aunque tengan alguna intersección, son esencialmente distintos.

3. En todo caso, pienso que, más que rememorar discusiones ya antiguas (y creo que periclitadas) sobre la utilidad o la naturaleza política de la dogmática penal, conviene centrar nuestra atención en aquello que DUBBER intenta añadir a las viejas críticas: su tesis de que, bajo una capa de pretendida cientificidad, la dogmática penal alemana no habría tenido la voluntad ni la capacidad de construir una praxis de aplicación del Derecho penal que resultase verdaderamente coherente con los valores y principios que un ordenamiento penal liberal debería respetar; y que, por el contrario, bajo dicha capa se habría seguido promoviendo una praxis penal más propia del modelo de «*Derecho penal de policía*», iliberal. Y que, por consiguiente, la diferencia entre los ordenamientos penales alemán y norteamericano sería acaso tan solo de grado, porque en ambos habría subsistido el viejo Derecho penal de policía como algo más que un mero vestigio histórico.

Con ello, llegamos al núcleo del contenido del libro (pp. 165 ss. esp. pp. 188-192). Y también al punto que lo vuelve más discutible: la utilización un tanto forzada del «tipo ideal» (así lo califica el autor: p. 173) del *Derecho penal de policía*, como modelo de Derecho penal contrapuesto al del *Derecho penal liberal*, para explicar buena parte de las características de los ordenamientos penales alemán y estadounidense (y, se supone, con capacidad para hacer extrapolaciones a otros ordenamientos de, respectivamente, el *civil law* y el *common law*). Y ello, cuando, leyendo las explicaciones del autor, resulta difícil determinar qué abarca exactamente el concepto de Derecho penal de policía de DUBBER, puesto que lo emplea en contextos completamente distintos y para explicar fenómenos bastante diferentes entre sí.

En este sentido, la primera duda que surge acerca del concepto tiene que ver con su historicidad. Por una parte, DUBBER parece sostener que, aunque en un principio acuñó la idea de un Derecho penal de policía, iliberal, para explicar la historia del Derecho penal norteamericano y su continuidad respecto del Derecho penal inglés, no obstante, dicha explicación podría ser generalizada y aplicada también al caso del Derecho penal alemán. Pero, entonces, ¿son verdaderamente equiparables la concepción (propia de la Inglaterra moderna) de que la preservación de la *Paz del Rey* es el objetivo del Derecho penal y la idea de *Polizeiwissenschaft* propia del despotismo ilustrado alemán (pp. 169-170)? Cabría dudarlo, dada la diferencia de los contextos institucionales (monarquía parlamentaria de un reino poderoso/ una multitud de principados fragmentados y sin normas jurídicas comunes) e ideológicos (el conflicto entre rey y parlamento/ el desenvolvimiento de la idea de despotismo ilustrado) en los que cada una de esas concepciones fue elaborada.

En segundo lugar, resulta también dudosa la tesis de la continuidad temporal de ese «Derecho penal de policía» del que se habla. Refiriéndome tan solo al caso alemán, que conozco mejor (aunque intuyo que preguntas semejantes podrían hacerse para el caso de los Estados Unidos), resulta más que dudoso que exista verdaderamente una continuidad apreciable entre la

Polizeiwissenschaft dieciochesca y el concepto de peligrosidad criminal propio del positivismo criminológico (que tanto influyó en Franz VON LISZT), que es el que da lugar a la aparición de las medidas de seguridad. Pues, mientras aquella perseguía la máxima racionalización en el ejercicio de los poderes reguladores del Estado sobre la vida social, los objetivos de la política criminal de las medidas de seguridad eran mucho más modestos: tenían que ver exclusivamente con la mejora de la justicia penal (cuando, en la *Polizeiwissenschaft* justamente la administración de justicia había quedado prácticamente al margen de la idea de *Polizei*).

En tercer lugar, no cabe duda de que existió una continuidad apreciable entre la ideología que guiaba la concepción de las medidas de seguridad del positivismo criminológico y de VON LISZT y las posteriores teorías y prácticas de control de la peligrosidad y de incapacitación de infractores propias del Derecho penal nacionalsocialista. En cambio, ¿cuánta continuidad puede predicarse que existe realmente entre todo ese pasado (*Polizeiwissenschaft*, positivismo criminológico, prácticas inocuizadoras extremas y exterminadoras del nacionalsocialismo) y el Derecho penal de la República Federal de Alemania de nuestros días? Como bien indica ORTIZ DE URBINA GIMENO (pp. 23-25), aunque ciertas categorías conceptuales (peligrosidad, incapacitación) puedan permanecer, la diferencia en la perspectiva desde la que se emplean y en las magnitudes de privación de derechos que conlleva su utilización es tan abismal que hablar de continuidad es algo más que una exageración.

Así, mientras que en el caso norteamericano parece fácil aceptar que el objetivo del control de la peligrosidad criminal es uno de los fundamentos esenciales de la ola de punitivismo del último medio siglo (con consecuencias como la recuperación de la pena de muerte, las penas de prisión efectivamente perpetua, las leyes *three strikes*, el desarrollo del control penal pospenitenciario, la «castración química» de delincuentes sexuales, la incapacitación civil de los penados –y, en general, el aumento de la duración de las penas y la intensificación de las privaciones de derechos de los penados), ello no resulta en absoluto evidente en el caso alemán. Más en general, en Europa occidental la oleada punitivista (que, en todo caso, ha sido mucho menos intensa) ha repercutido fundamentalmente en ciertas categorías de delincuentes, como terroristas o delincuentes sexuales, y ha ido ligada principalmente a concepciones expresivas de la pena (la pena como expresión visible del rechazo moral de la comunidad hacia ciertas categorías de delitos y de delincuentes consideradas particularmente inmorales o abyectas), antes que el control de su peligrosidad. (Ciertamente, hay excepciones, como España o el Reino Unido, donde ha habido también algunas reformas punitivistas que iban orientadas a la incapacitación de la pequeña delincuencia habitual.)

4. Todo lo anterior no quiere decir que DUBBER no esté señalado un problema real, cual es la persistencia en los modernos Estados constitucionales de Derecho de rasgos represivos procedentes del *dirty little secret* que se halla en el corazón de la ideología liberal: que, como los filósofos ilustrados primero se encargaron de resaltar (y como la izquierda crítica, desde Karl MARX en adelante, se encargó de denunciar), los valores de respeto a la autonomía y de responsabilidad individual solamente son predicados en relación con los ciudadanos de pleno derecho; es decir, inicialmente, de los individuos considerados como perfectamente libres y racionales, que eran los (varones) pertenecientes a las clases propietarias, los que tenían atribuido en exclusiva el derecho de sufragio. Y este viejo prejuicio clasista liberal ha permanecido latente, a pesar del proceso de democratización e igualación en derechos que se ha experimentado en los últimos dos siglos en las sociedades occidentales (primero, de las clases trabajadoras, luego de las mujeres y más recientemente de las personas diversas por género u orientación sexual...). Y reaparece, una y otra vez, en cuanto un determinado grupo social es

identificado y estigmatizado como «clase peligrosa»: en cuanto esto ocurre (terroristas, migrantes, etc.), se tiende a prescindir de criterios de responsabilidad individual y a dar prioridad al control de la peligrosidad de todo el grupo de población, cualquiera que sea el coste que las medidas de control adoptadas tengan para los derechos de los así etiquetados. De este modo, normas y actuaciones estatales difícilmente justificables conforme a los principios liberales, se han defendido y aplicado (y se siguen defendiendo y aplicando) no solo en regímenes autoritarios: privación generalizada de libertad para inimputables, medidas policiales de vigilancia sobre grupos de población determinados, programas de «prevención de la radicalización», internamiento y expulsión de extranjeros, «castración química», campos de concentración para terroristas, internamiento de peligrosos sociales, etc.

Obsérvese, sin embargo (esta sería mi cuarta objeción), que la gran mayoría de los fenómenos que acabo de mencionar quedan fuera del proceso penal formal de determinación de la responsabilidad e imposición de consecuencias jurídicas: donde en realidad hay que buscar la mayor parte de los casos problemáticos es fuera del Derecho penal, en el Derecho administrativo y en las actuaciones de la Administración por vías de hecho (infracciones administrativas, actuaciones policiales, régimen de extranjería, tratamiento de la incapacitación por enfermedad mental, régimen de los menores en situación de desprotección,...). Pues, cuando el objetivo de control de la peligrosidad está incorporado al proceso penal (como ocurre hoy en día con las medidas cautelares o con las medidas de seguridad), lo está a través de consecuencias sustitutivas de la pena o accesorias a una pena principal, y se imponen a través de un procedimiento individualizado, en el que se examinan las características *individuales* de peligrosidad del delincuente. Así pues, en el caso de los Derechos penales europeos actuales hablar de un «Derecho penal dual» puede parecer una auténtica exageración, dadas las limitadas proporciones que alcanza lo que DUBBER denomina *Derecho penal de policía*: ciertos sesgos clasistas y racistas en la realización de los pronósticos de peligrosidad criminal, unos pocos tipos penales que anticipan excesivamente la intervención (por ejemplo, los de autoadoctrinamiento terrorista, o los de posesión de instrumentos para el robo o para el delito informático), algunos internamientos automáticos (por imposición legal) de menores delincuentes... y el caso que, sin duda alguna, resulta más grave y masivo, el de las limitaciones en el acceso a beneficios penitenciarios (permisos, tercer grado, libertad condicional) por razones de control de la peligrosidad. Pese a ello, parece infundado poner en pie de igualdad (hablando de un ordenamiento «dual») estas manifestaciones con la gran masa de figuras delictivas, penas, medidas y casos que constituyen el ordenamiento penal y su cotidiana aplicación y que se rigen por criterios (ciertamente, discutibles muchas veces) de lesividad, proporcionalidad y responsabilidad individual.

Además (quinta objeción), no me parece convincente la tesis de que la continuidad del *Derecho penal de policía* pre-liberal sea la causa de las manifestaciones de control de la peligrosidad de grupos de población en los Estados contemporáneos (pp. 174-175). Pienso más bien que (como acertadamente expuso Michel FOUCAULT) esta gobernanza de la peligrosidad de las poblaciones es, precisamente, una manifestación paradigmáticamente moderna: del Estado moderno. No se trataría, pues, precisamente de persistencia patriarcal, sino de racionalización en el ejercicio del poder. Así pues, si es posible señalar algunas continuidades históricas (entre el Derecho penal del despotismo ilustrado y el contemporáneo) y geográficas (entre el ordenamiento penal norteamericano y el alemán), realmente son muchas más, me parece, las diferencias que las semejanzas.

5. Por lo demás, creo que –contra lo que DUBBER sostiene– la gran mayoría de los defectos del Derecho penal contemporáneo que apunta en el libro nada tienen que ver con la cuestión del control de la peligrosidad masiva. Así, creo que la mayor parte de los ejemplos propiamente penales que el autor utiliza para ilustrar su tesis están fuera de lugar: ni la (pretendida) vacuidad de la teoría del bien jurídico (pp. 84 ss.), ni la teoría de la prevención general positiva como fin de la pena (pp. 98 ss.), ni el rol de las víctimas en el proceso penal (p. 208), ni el principio de oportunidad y el *plea bargaining* (p. 209), tienen necesariamente que ver con el control masivo de la peligrosidad (y, por consiguiente, con lo que DUBBER llama Derecho penal de policía), sino con otros problemas –diversos– de nuestra política criminal. En este sentido, pretender explicar todo lo malo reconduciéndolo a una causa común (conceptualmente distintiva) resulta ser, en mi opinión (sexta objeción), un error, que simplifica una historia larga, compleja y contradictoria: carente de cualquier sentido direccional claro. Y esa sería, más allá de discrepancias concretas, mi mayor reproche a la tesis de DUBBER: su pretensión de resultar omnicomprensiva. De explicar a la vez, con una explicación única y comprehensiva, fenómenos tan dispares como el excepcionalismo político-criminal norteamericano, la historia del Derecho penal occidental desde el siglo XVIII, las limitaciones políticas de la dogmática penal, las contradicciones de la política criminal liberal, el punitivismo contemporáneo y diferentes normas y prácticas (delictivas, penológicas, de teoría del delito, policiales, procesales) consideradas problemáticas. Demasiados fenómenos, y demasiado heterogéneos entre sí, para ser reconducidos a un único factor explicativo. Es por ello que el libro me ha parecido más sugestivo por el material histórico que recoge (resulta particularmente fascinante el análisis sobre los puntos de vista de BECCARIA, KANT, FEUERBACH y VON LISZT, mucho más problemáticos, en su progresismo liberal y antiigualitario, de lo que habitualmente se quiere creer) que verdaderamente convincente en las conclusiones que propone.

Rolando Márquez Cisneros, La pertenencia a una organización criminal. Análisis sobre su compatibilidad con el principio de lesividad, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2023, 278 páginas

Laura Zúñiga Rodríguez
Universidad de Salamanca
lzt@usal.es

-

Es de saludar la publicación de una monografía sobre un tema tan complejo y aún deficitario de estudios sesudos sobre aspectos jurídico-penales relevantes de la criminalidad organizada como el que presenta MÁRQUEZ CISNEROS. Especialmente si, como es el caso, se realiza con rigurosidad y de lectura fácil, pues servirá para alumbrar aspectos muy actuales de la dinámica judicial que aún presenta dificultades para diferenciar coautoría, organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita.

El libro, como su título lo indica, se centra en el análisis de la figura de pertenencia a organización criminal desde la órbita del principio de lesividad. El foco del estudio no puede ser más certero: la legitimidad del delito pivota desde la lesividad de las conductas, puesto que, si es posible fundamentar un *plus* o un *aliud* respecto a la criminalidad común, sin duda debe situarse desde la capacidad para afectar bienes jurídicos esenciales para la convivencia en sociedad.

Este trabajo se estructura en cinco capítulos, partiendo del tratamiento de la criminalidad organizada en el contexto de la sociedad de riesgos (Cap. I), para detenerse en uno de sus aspectos más destacado que es la legitimidad de los delitos de peligro (Cap. II). En el Cap. III se centra en el bien jurídico tutelado en el delito estudiado, con el objeto de abordar el tratamiento de la conducta típica del art. 570 bis CP en el Cap. IV. El último Capítulo (V) lo dedica al fundamento del castigo. Ciertamente que lo usual es que estos fundamentos se traten al inicio del estudio para poner las bases del tratamiento jurídico-penal, pero el autor lo ha abordado como corolario de su análisis, dando énfasis a su postulado principal: la legitimidad del delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis 1 CP por su mayor potencialidad lesiva para lesionar bienes jurídicos. Esta cuestión no es del todo reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, ancladas en la teoría del delito de un sujeto individual, lo cual explica escasas condenas o dificultades para distinguir un tratamiento de organización criminal de una coautoría, siendo esto último caldo de cultivo para que en algunas prácticas judiciales, el delito de organización criminal fagocite la coautoría, desapareciendo del mapa cuando haya más de dos personas.

De ahí la relevancia de estudios enjundiosos como este. No existen aún consensos establecidos sobre estas distinciones y observamos en la práctica judicial resoluciones con interpretaciones muy disímiles que desdican la seguridad jurídica y la prevención general en un ámbito de amenaza para la sociedad tan preocupante como lo es el tratamiento penal de la criminalidad organizada. Salvo que se postule una huida del Derecho Penal (descriminalización de conductas), en la realidad social se está produciendo un aumento alarmante del consumo de drogas y del tráfico consiguiente que merece una esmerada atención jurídica.

Es preciso adentrarse en las particularidades de este estudio. En el primer Cap. el autor empieza por situar la problemática de la criminalidad organizada en España desarrollando algunos datos empíricos que muestran su relevancia, dada su situación geográfica y proximidad cultural con países productores de drogas, lo cual ha obligado a introducir en la reforma de 2010 los delitos de participación en organización criminal (art. 570 bis CP) y grupo criminal (art. 570 ter CP). Ahora bien, esta regulación no ha estado exenta de cuestionamientos por su generalidad y por quebrantar principios básicos del Derecho Penal, especialmente el de lesividad.

En el Cap. II, el autor, en la línea de resolver la cuestión de si este delito, efectivamente, vulnera el principio de lesividad al adelantar la intervención penal a situaciones previas a la lesión de bienes jurídicos, transita por la discusión sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto llegando a considerar que, «sin dejar de ser materialmente una conducta preparatoria elevada a la categoría de delito de peligro abstracto, tiene particularidades que lo distinguen de los “típicos” delitos de esta naturaleza» (p. 67), ya que «la conducta se reprime porque potencia la peligrosidad del ente colectivo y porque, además, al ejecutarse en el seno de una institución dotada de dinámica propia, el sujeto pierde el control del proyecto criminal, es decir, sobre la realización de las futuras conductas delictivas..., lo que significa que la lesión no es tan incierta» (p. 67). En suma, apunta la legitimidad de los delitos de peligro abstracto cuando se trata de una peligrosidad objetiva *ex ante*, esto es, cuando se trata de una posibilidad real de lesionar los bienes jurídicos.

En el Cap. III, el estudio se centra en identificar el bien jurídico tutelado en el delito de participación en organización criminal del art. 570 bis CP y lo hace por dos razones. Primero, porque «el asunto bien jurídico-criminalidad organizada constituye una de las discusiones más arduas sobre los límites sustantivos del Derecho penal» (p. 97). Segundo, porque «se trata de una discusión de fondo sobre la legitimidad de este nuevo delito» (p. 97). En efecto, como bien indica MÁRQUEZ CISNEROS, «en la actualidad no existe consenso respecto de cuál es el bien jurídico que protege el delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis 1 CP» (p. 98). Las posiciones se dividen entre los que consideran que el objeto de tutela de este delito es un bien jurídico colectivo (orden público, paz pública, tranquilidad pública) y los que consideran que protege los bienes jurídicos del programa criminal. El gran problema de las primeras posturas consiste en la imprecisión de conceptos indeterminados como seguridad o tranquilidad pública. Como el autor advierte, «no hay parámetro empírico alguno que permita constatar que la tranquilidad o la paz públicas han sido perturbadas (entiéndase, lesionadas) [...], tampoco se puede percibir con fidelidad la dañosidad social de la conducta» (p. 104). De ahí que afirme con rotundidad que «la seguridad o tranquilidad públicas, si bien han de ser cauteladas, no son un bien jurídico-penal y, con ello, no son el objeto protegido en el ámbito de la criminalidad organizada» (p. 110). Ciertamente que nos topamos con la dificultad de establecer la lesividad de delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, una cuestión que es de carácter general y afecta a muchos ámbitos delictuales como el terrorismo, contra el orden público, el medio ambiente, etc. Por tanto, no porque sea difícil establecer la lesividad de estos bienes jurídicos debemos negarle su virtualidad.

Para un sector de la doctrina minoritario, entre los que destaca SILVA SÁNCHEZ, en el delito de pertenencia a organización criminal la represión penal se justifica porque constituye una protección anticipada de los bienes jurídicos afectados con la eventual ejecución de los delitos que conforman el programa delictivo. En suma, protege los bienes jurídicos de los delitos-fin. Para el autor «esta postura es la más razonable» por dos motivos. El primero, porque «evade la construcción de un bien jurídico colectivo artificial». El segundo, porque «ayuda a comprender la

reacción del legislador» de adelantar la tutela penal a instancias previas al daño efectivo, en la medida que pone en riesgo no insignificante los bienes jurídico-penales de un colectivo indeterminado de individuos, por lo que «constituye un tipo de peligro abstracto» (p. 115).

El autor discrepa con mi postura (*Criminalidad organizada y sistema del Derecho penal*, Comares, 2009, p. 268) de considerar el injusto de organización con una doble estructura, por su carácter complejo, lesión para un bien jurídico colectivo (seguridad pública) y peligro para bienes jurídicos del programa criminal (que pueden ser individuales y colectivos), con lo cual es posible concretar el bien jurídico colectivo, funcionalizándolo a la protección de los bienes jurídicos del programa criminal.

Sin duda estamos ante el meollo del asunto, de establecer con cierto grado de certeza la lesividad de un tipo penal con tintes de carácter colectivo no solo por los sujetos intervinientes, sino por el grado de afectación de intereses (individuales y colectivos) relevantes para la sociedad. Sobre ello precisamente pivota la legitimidad de la intervención penal y las características de la tipificación idónea. Además, para el libro que comentamos, se trata del núcleo del análisis, por lo que mi comentario lo dejaré para el final de esta reseña.

El Cap. IV se dedica a indagar las características de la conducta típica del delito de pertenencia a organización criminal (art. 570 bis CP). Por cierto, considero que en este capítulo los aportes del autor son los más significativos porque minuciosamente desentraña los componentes de los comportamientos típicos y los que serían atípicos. Parte por estudiar los elementos que dotan de peligrosidad a la organización, que la convierte en criminal *per se* y justifica incriminar conductas de pertenencia o integración. Teniendo en cuenta que estamos ante «un adelanto en la intervención», el autor se decanta por conceptualizar «un concepto *restringido* de crimen organizado» (p. 123). Rápidamente advierte que «no existe un concepto consensuado, único, definitivo de crimen organizado, sino, uno impreciso y debatible» (p. 124), por lo que la doctrina suele enumerar un conjunto de rasgos, más o menos esenciales, sobre este delito.

Siguiendo con la estela de una conceptualización restringida de crimen organizado, opta por una definición de organización criminal de carácter restringido (p. 127). Se trataría de una organización criminal con unas notas que le otorgan un *plus* de peligrosidad, necesarias para diferenciarla de otras formas de participación delictiva colectiva como la coautoría, el grupo criminal o la asociación ilícita. Por tanto, el empeño es loable. Entre las pp. 128-131 se dedica, con razón, a cuestionar el carácter amplio del concepto normativo de organización criminal por el que ha optado el legislador español en el art. 570 bis CP, al no restringirlo a delitos graves ni señalar la búsqueda de una ventaja económica o material como lo hace la Convención de Palermo y afirma la doctrina. Asimismo, con acierto, sostiene que la violencia y la corrupción, aunque son mecanismos empleados por muchas organizaciones criminales, no pueden considerarse notas esenciales (p. 130).

En las páginas siguientes del Cap. IV el autor se centra en estudiar los componentes de la peligrosidad de la organización para calificarla de *criminal*. Respecto al número de integrantes de la organización, con razón sostiene que no se trata de una suma o pluralidad de personas, por lo que es secundario fijar una cantidad mínima de integrantes, pues lo determinante es que las personas «actúen con una tal coordinación que es evidente que integran un ente colectivo» (p. 135). Se trataría de «un ente autónomo particularmente peligroso, distinto de sus integrantes (*ad intra* y *ad extra*), para lo cual habrá que analizarla atendiendo a los demás elementos típicos» (p. 135). A partir de ahí desarrolla esta tesis sosteniendo que se trata de una pluralidad de individuos

que pasan a conformar un ente autónomo, por proyectar «una pluralidad indeterminada de delitos», por estar dotado de una estructura permanente, de medios materiales y personales cuyo objetivo es cometer delitos, hay reparto de tareas según la especialización de sus funciones (profesionalización), que cuenta habitualmente con una jerarquía. Mención especial merece el *grado de complejidad* de la organización (pp. 140-142), porque ha sido un elemento que habitualmente ha señalado la jurisprudencia para distinguir la organización criminal del grupo criminal. Con acierto señala que «no se precisa que la organización tenga una estructura altamente compleja... sino que basta con que la estructura posea un cierto grado de complejidad (más allá de lo básico) [...] Lo importante, desde la óptica del principio de lesividad, es que la estructura sea suficientemente idónea, para lograr el programa criminal y garantizar así la estabilidad del colectivo» (p. 141).

Respecto a la estabilidad, señala que «constituye organización criminal aquel colectivo que opera en el tiempo tanto de manera indefinida como transitoria, pero no de forma ocasional o esporádica». Lo importantes es «si tiene la suficiente capacidad de incrementar de modo significativo el peligro para los bienes jurídico-penales protegidos» (p. 145). Finalmente advierte que «la naturaleza de los delitos previstos en el plan criminal (materializados o no) constituye un valioso indicador para acreditar la vocación de permanencia de la organización» (p. 149).

La finalidad criminal, la existencia de un plan criminal, se torna así en un elemento fundamental. Ahora bien, como toda finalidad plantea dificultades probatorias. El autor advierte que el plan criminal es «una tendencia interna o intención especial de la organización», por lo que «no necesita materializarse para entender consumado el delito del art 570 bis CP (no se precisa la comisión de los delitos pretendidos), ni siquiera la exteriorización de los actos que pudieran componer los delitos incluidos en esa finalidad (ni siquiera el comienzo de la fase ejecutiva de los mismos)» (p. 150). Esta caracterización apunta más a un «delito de *status*» que «de resultado anticipado», como apunta el autor. Con razón señala, desde su posición de definición restringida, que el plan criminal debe ser la comisión de delitos *graves*, para que la organización adquiera la idoneidad de peligrosa para bienes jurídicos esenciales para la sociedad.

Con estas premisas el autor desarrolla con acierto qué se entiende por «formar parte de una organización criminal, integrarla o pertenecer a ella» en las páginas 161-177. Establecer quiénes forman parte, integran o pertenecen a la organización criminal es tarea clave para distinguir a los cooperadores con la organización y las conductas insignificantes o adecuadas socialmente extrañas al injusto típico. Cuestión nada fácil puesto que «nadie posee un carnet de afiliado a una organización criminal», es decir, son hechos externos los que determinan dicha pertenencia. Pero ¿cuáles son esas conductas que determinan la pertenencia a una organización criminal (típicas del art. 570 bis CP)? Son los que «forman parte de la estructura a través de la ejecución continua o temporal de algún rol» (p. 162). Los que realizan aportes esporádicos no son miembros de una organización, son cooperadores externos. Es decir, «quien actúa *para* ella y no *en* ella», no integra la organización criminal. «El límite radica, pues, finalmente, en el deseo de inclusión, en la voluntad del sujeto de participar en el *pactum sceleris*» (p. 163), como también lo afirma la jurisprudencia.

Al «tomar parte de la organización... el miembro acuerda asumir, explícita o implícitamente, de manera plena e incondicional, el objetivo típico, que es cometer delitos» (p. 164). Más adelante puntualiza: «la pertenencia o integración, su contenido típico, implica toda clase de actividad material orientada a concretar el proyecto delictivo», se trata de actos «orientados al buen funcionamiento o al mantenimiento de la estructura operativa de la organización» (p. 166). Es

decir, miembro de una organización criminal es todo el que realiza un «aporte esencial» que «contribuya a la existencia de la organización o a su buen funcionamiento» (p. 167), independientemente de la planificación y/o ejecución de los delitos-fin. Coincidiendo en lo fundamental con esta tesis, hubiera sido de utilidad que el autor profundice más en qué considera «aporte esencial». Nótese que se trata de aportes que fortalecen la existencia y funcionamiento de la organización criminal, no a delitos puntuales, por lo que el abanico de conductas es muy amplio. Sería conveniente señalar una serie de conductas que quedarían fuera de esta categoría, conductas neutrales no significativas, utilizando tesis como la de los «bienes escasos» de GIMBERNAT o la teoría de la imputación objetiva del aumento de riesgo.

Cierto es que el autor más adelante desarrolla un acápite sobre la irrelevancia penal de la mera pertenencia o simple adhesión que da luces en el sentido antes expuesto, aprovechando la interpretación del art 570 bis CP que establece la punibilidad de quienes «participen *activamente* en la organización», señalando que «la pertenencia exige del miembro una prestación real, un comportamiento activo, útil y funcional, orientado a cristalizar el objetivo criminal» (p. 175). Por tanto, debería de tratarse de conductas *funcionales* a la existencia y/o funcionamiento de la organización criminal donde los sujetos tienen conocimiento que su aporte fortalece el vínculo societario ilícito.

El Cap. V se ocupa del fundamento del castigo en el delito de pertenencia a organización criminal. Con razón afirma que la doctrina mayoritaria asume la postura de LAMPE del *injusto sistémico*. Las páginas 184-190 se centran en desarrollar esta tesis que el autor parece seguir pues en la p. 189 sostiene: «Un argumento que refuerza la idea de la organización como injusto *per se*, lo ofrece, desde mi óptica, la comunicación», en la medida que contribuye a la eficacia de sus prácticas delictivas. La postura de la organización criminal como injusto anticipado es seguida por quienes no consideran que exista un objeto jurídico propio, como RUDOLPHI o SILVA SÁNCHEZ (pp. 190-193). Especial atención merece la consideración de la organización criminal como figuras propias del «Derecho penal del enemigo» (pp. 193-199). Esta última consideración merece un detenimiento. Considero que esta catalogación propia de JAKOBS más que una fundamentación de un tipo de injusto, es un postulado político-criminal, desdeñable, por cierto. Si bien las formas de organizaciones criminales más complejas y violentas se confrontan con el Estado, no justifica un tratamiento de leyes de enemigos, pues si bien se pueden plantear propuestas especiales, estas serán por las características fenomenológicas de las propias organizaciones criminales, no porque sus integrantes sean no-ciudadanos.

A partir de la p. 199 el autor postula cuál es el fundamento determinante para ese tratamiento especial de un *plus* frente a la criminalidad común: la estructura organizacional que constituye una *peligrosidad incrementada*. Los delitos de organización son «aquellos cuyo injusto consiste, literalmente, en conformar una organización con *idoneidad delictiva*» (p. 199, el subrayado es mío). Más adelante afirma: «La estructura de la organización se desempeña, pues, como factor multiplicador de la potencialidad lesiva del colectivo» (p. 202). Entre las pp. 206-217 se ocupa de las particularidades de esta estructura criminal peligrosa a partir de la psicología organizacional. El carácter independiente de la estructura respecto de las partes que la conforman. Apunta: «Los miembros de las organizaciones criminales son, pues, intercambiables, sustituibles, circunstancia que asegura la permanencia de estas» (p. 207). Y una serie de condiciones que dotan a las organizaciones criminales, a diferencia de las organizaciones lícitas, de especial estabilidad para continuar con su actividad y ser más eficaces en la consecución de sus objetivos criminales (secretismo, profesionalización, códigos férreos, etc.).

Finalmente, el autor concluye con sus argumentos para fundamentar la legitimidad del delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis 1 CP (pp. 217 ss.). «La realización por parte del miembro de “actividades internas” de carácter logístico u operativo se ha de reprimir penalmente pues estas, al hacer que la organización criminal se mantenga o funcione bien, acaban potenciando la capacidad lesiva del ente colectivo y, en consecuencia, incrementando el riesgo para los bienes jurídico-penales protegidos por los delitos-fin» (pp. 217-218). «El plus de peligrosidad del crimen organizado lo determina la presencia de una estructura creada y acondicionada para lesionar bienes jurídicos» (p. 219). Se trata de una peligrosidad *ex ante* que favorece la estructura al tener como finalidad lesionar bienes jurídicos.

El trabajo concluye con la afirmación de la inidoneidad del delito de asociación ilícita en el panorama legislativo español, una vez tipificado el de pertenencia a organización criminal, más moderno y definido, cuestión que compartimos.

Como puede observarse de esta glosa, el autor realiza un impresionante trabajo de análisis sobre la legitimidad del delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis CP, desde el prisma de la lesividad de las conductas propias de la criminalidad organizada, en la medida que la organización criminal (núcleo esencial del injusto) se configura como una estructura que potencia o multiplica la capacidad de afección a bienes jurídicos. Esta cuestión del *plus* o *aliud* de esta figura delictiva (y sus límites), no está del todo asumida por la doctrina y la jurisprudencia, por lo que es loable incidir en este asunto que permite justificar un delito autónomo, respecto de los delitos cometidos por los integrantes. Además, ayuda a determinar los comportamientos externos de la organización (colaboradores) y los que no llegan a tener capacidad lesiva (conductas adecuadas socialmente o insignificantes).

Ahora bien, coincidiendo con el fundamento de esa mayor capacidad lesiva (peligrosidad) de una estructura preparada para delinquir, cuando el autor analiza el bien jurídico (Cap. III) sostiene que se trata de un delito de peligro abstracto respecto a los bienes jurídicos del programa criminal («protección anticipada»), mientras que al analizar los fundamentos de esa mayor capacidad lesiva del ente colectivo parece optar por la consideración del injusto sistémico, más apropiado de la protección de un bien jurídico colectivo.

Ciertamente que si analizamos el bien jurídico desde el prisma de la teoría del delito clásica, se trataría de un adelanto en la intervención propio de los delitos de peligro (método deductivo), pero si analizamos la organización criminal desde sus características experimentales (método inductivo), o desde la psicología organizacional –como lo hace el autor en el último Cap.– nos encontramos ante un *injusto sistémico* o *delito de organización*, con características independientes a los integrantes del mismo, que es la postura que mantenemos los seguidores de LAMPE. La búsqueda de un bien jurídico colectivo o individual parece estéril. Más bien, como hemos desarrollado en la monografía antes citada (pp. 250 y ss.) y coinciden CANCIO MELIÁ y SILVA SÁNCHEZ (con matices), se trata de una cuestión de Parte General, es decir de un tema de injusto de organización (como la responsabilidad penal de las personas jurídicas).

Para finalizar estos comentarios, es preciso señalar que este trabajo se convertirá, sin duda, en un referente para todo aquel que se aproxime al estudio del tratamiento penal de la criminalidad organizada, porque encontrará muchas ideas fundamentales, bien argumentadas y desarrolladas.

Paolo Prodi, Séptimo: no robarás. Hurto y mercado en la historia de Occidente (trad. de Settimo non rubare, Bolonia, 2009, a cargo de Andrés Barba), Acantilado, Barcelona, 2024, 485 páginas

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra
pablosostiz@unav.es

-

Es posible que la editorial en la que esta obra se publica (lugar poco común para monografías de Derecho penal), el autor (historiador del Derecho) y el traductor (más conocido por su buen hacer en obras literarias) hagan que pase desapercibida. Sería una lástima, sin duda, pues *Séptimo: no robarás* es un ensayo de historia de las ideas y la política, un estudio sobre la evolución del Derecho y la economía, un documentado análisis de la evolución del mercado y los conceptos a él asociados, que puede aportar mucho a la debida reflexión de los penalistas sobre el bien jurídico protegido, el orden socioeconómico o la delincuencia patrimonial. A pesar de su relativa antigüedad (2009), la publicación ahora en español del estudio de PRODI (1932-2016) resulta muy oportuna. Se trata de una obra de madurez en la que su autor, premio Alexander von Humboldt (2007-2008), aporta una visión amplia de los temas en su perspectiva histórica y muestra una extraordinaria capacidad de conexión de problemas e instituciones: con sus propias palabras, trata de «barajar las cartas de nuevo», para comprender la realidad (p. 23); «es absolutamente necesario cuestionar muchos de los patrones históricos que se han mantenido como dogmas intocables hasta hoy» (p. 444).

A pesar de su título («no robarás»), y la constante referencia a lo largo del texto al «hurto», no se emplean dichos términos en sentido técnico: por tanto, no conviene acudir a su lectura indagando la consonancia con los conceptos jurídico-penales (algo que el autor expresamente no aborda: p. 295), y menos todavía con la concreta regulación positiva española. Para su lectura se precisa cierta disposición a imbuirse en la dimensión histórica de las instituciones, como también en su constante conexión con aspectos morales, religiosos, jurídicos, políticos, de Derecho comparado... Esta amplia visión engrandece la obra, que va más allá de una monografía técnica o una obra histórica: se trata de un ensayo sobre la irrupción del mercado en la sociedad occidental y su evolución hasta la actualidad (p. 20).

El cap. 1 («Foro, mercado y hurto») sirve de preludeo y declaración de intenciones: «La tesis que subyace a mi investigación es que sólo en Occidente, entre la Edad Media y la Edad Moderna, se formó un sistema coherente, inédito en la historia de las civilizaciones, que, en contra de lo que suele pensarse, representa un todo unitario y debe ser estudiado como tal en su evolución hasta el establecimiento del Estado de Derecho, la democracia y las libertades sociales y económicas; un todo unitario que ahora, en la era de la globalización, ha entrado en crisis» (p. 9). En este contexto, estudia cómo se amplía el concepto de hurto, que de ser una apropiación de bienes – idea de civilizaciones anteriores – pasa a una infracción de las reglas del mercado: no sólo como fraude o engaño, sino también como violación del precio justo establecido en el mercado, entendido este como foro en el que se emite un juicio colectivo sobre el valor de las cosas (p. 18).

Concluido el capítulo inicial, la obra se adentra en los capítulos 2-7, que siguen el curso histórico de los siglos XI-XVI, durante los cuales evoluciona la visión sobre el hurto. El cap. 2 describe la idea de *revolución* (mejor que *evolución* o *transformación*), propia de Europa y la Modernidad, y que cristaliza en las sucesivas revoluciones que han tenido lugar y que «constituyen la impronta del espíritu europeo» (p. 29). El primer fenómeno, que determina la «revolución permanente» como seña de identidad europea es la que se dio con «la ruptura del monopolio sagrado del poder a principios del segundo milenio de la era cristiana» (p. 29), que tuvo lugar en el siglo XI a raíz de la «Reforma gregoriana» y la querella de las investiduras entre el papado y el imperio (p. 42). Se trata de «la gran revolución», que da título al capítulo, y que trajo la aparición del individuo, la emancipación de la política respecto de la religión, y el surgimiento de la economía en tensión con estas. En el cap. 3 («La nueva concepción de la riqueza») se muestra cómo esta ruptura entre los poderes religioso y político repercutió en la cultura y, sobre todo, en la vida económica cotidiana a lo largo y a partir del s. XII. La expansión de las ciudades europeas como centros de producción y mercado hizo que mudara el concepto y realidad de la riqueza (considerada antes algo negativo por pecaminoso), y se abrió el camino a una consideración positiva como instrumento de poder que no coincidía con el dominio de la tierra, sino que se basaba en el capital mobiliario y los préstamos (p. 63). Es el momento de nuevas teorías sobre la justicia y el bien común, de la «reinención» del Derecho romano, de una revisión del concepto de riqueza, del surgimiento de la *Lex mercatoria*... El hurto pasa a ser algo más que la apropiación (pp. 87-92): «Ladrones son todos aquellos que no utilizan su riqueza para el bien común, sino que la acaparan o la disipan» (p. 89, en referencia a Juan Luis VIVES, 1526). En el cap. 4, esa «nueva visión de la riqueza» se concreta en instituciones como las del precio justo, los monopolios y acuerdos, la fiscalidad y la deuda pública, la moneda, el salario, las propiedades comunes y los bienes no enajenables, el juego y el *turpem lucrum* y la usura. A lo largo de esta época –estamos ya en el s. XIII–, la «novedad central es que se considera ilícito todo contrato que perjudique la caridad o el bien de la sociedad. Eso conduce a un nuevo concepto de “hurto”, que ya no es estático ni deducido de fórmulas abstractas y ahistóricas, sino que es dinámico y está vinculado al cumplimiento concreto de las reglas del mercado en un momento y una sociedad determinada» (p. 100). A mostrar esta evolución se dedica el cap. 5 («De la condena de la avaricia al séptimo mandamiento»), donde se lee: «El concepto y la práctica del “hurto” han cambiado radicalmente en Occidente junto con los conceptos y la realidad de la “riqueza” y la “pobreza”» y «ese cambio ha sido un componente importante en el camino hacia la Modernidad» (p. 129). Se pasa de un concepto estático, basado en la idea de *ius suum cuique tribuere*, a uno dinámico como infracción de las normas de la comunidad sobre la posesión y el uso de los bienes, y como violación fraudulenta de un pacto contractual (p. 130). La evolución se evidencia en los manuales para confesores (las *summae confessorum*) como también en las obras jurídicas (los *Tractatus de contratibus*), en las que se entrecruzan cuestiones jurídicas (como el caso del hurto famélico) y morales sobre la conciencia que redefinen el hurto como violación de las reglas del mercado (pp. 144-149) y abonan «una reflexión sobre la intención, que es la base de la moderna teoría jurídica del contrato» (p. 150). La relación entre el mercado y el hurto adquiere nuevos tintes en el s. XV, en la que denomina «sociedad contractual», objeto del cap. 6 («La sociedad contractual»). Adquiere entonces protagonismo clave el Estado, en tensión dialéctica con la conciencia de los agentes a los que se dirige (p. 169). Al principio de la Modernidad, el discurso sobre el mercado y sus reglas se caracteriza «por la contraposición de las fuerzas que tienden a controlar la sociedad y por una circularidad de las normas entre la ética y el derecho» (p. 199), pero en una relación de contraposición en la que se acaba produciendo una ósmosis continua entre uno y otro orden, entre el ámbito de la conciencia y el de la legislación, entre el Derecho positivo y la Ética. El cap. 7 traza las coordenadas de evolución de los tres agentes claves del cambio, «los verdaderos protagonistas del relato histórico del mercado en la Edad Moderna» (p. 202): las Iglesias, el

Estado y la que denomina «República internacional del dinero». Las primeras evolucionan a lo largo del s. XVI y los segundos en el XVII, mientras que en el s. XVIII se produce «una disputa entre el nuevo Leviatán y la república internacional del dinero» (p. 234). Queda de manifiesto la tesis central del libro: que a lo largo de la historia entre ética, política y mercado se produce una constante tensión mutua («estrecha imbricación», «simbiosis», «ósmosis», «entrecruzamiento», «dialéctica continua», «coexistencia y competencia», «fértil dualismo», «solapamiento»...). Concluida la descripción de la evolución a lo largo de los siglos, este capítulo sirve de transición a los tres siguientes, en los que expone la triple dimensión del hurto como delito, falta y pecado que se percibe en el paso del Medievo a la Modernidad.

El amplio cap. 8 (pp. 244-331) aborda la faceta del *hurto como pecado*, esto es, su relevancia ético-religiosa. En opinión del autor, con base en múltiples referencias bibliográficas, se percibe el intento de mantener el dualismo entre delito y pecado, de conservar separados ambos sistemas de referencia (p. 253). Lo cual dio lugar a una reflexión, en el ámbito protestante como también en el católico, sobre la obligatoriedad de las leyes, y propició la casuística como instrumento académico-religioso (p. 265) que tanto se extendió. No podía faltar aquí la referencia a las leyes «puramente penales» (pp. 271, 277, 310, 396). El concepto de hurto se amplía para incluir, además de la apropiación ilícita de bienes, la violación de los contratos, así como la invasión del poder político en la esfera económica y la corrupción de los funcionarios (pp. 249, 279). En este mutuo interés por el «hurto» y consiguiente tensión, los tribunales estatales van adquiriendo más preponderancia, mientras que los tratados sobre moral se van replegando cada vez más en la esfera de la conciencia y la confesión, como se percibe ya en la primera mitad del s. XVIII (p. 328). En cuanto al concepto de propiedad, resulta clave la separación entre la esfera pública y privada, así como su «sacralización», que permiten entenderla como extensión de la persona (pp. 293-295). Y en cuanto al mercado, surge este como entidad propia y separada, la infracción de cuyas reglas constituye igualmente un atentado contra el séptimo mandamiento (p. 297). El cap. 9 aborda el estudio del *hurto como falta*, esto es, como contrario a las leyes del mercado. Y este, en la república internacional del dinero, se esfuerza en desarrollar su propia vida, con su ideología y ética propias, como también con sus exigencias a los Estados para que lo proteja. Nuevamente se insiste en la tesis de la mutua influencia y transferencia («ósmosis») entre los niveles religioso, jurídico y político. La propiedad se define así, en términos secularizados, como emanación de la persona misma, del sujeto jurídico, que solo será ciudadano activo de pleno derecho en la medida en que sea propietario de bienes (p. 357), y el hurto como un atentado contra la persona (p. 359). Es el contexto en el que también surge la economía como ciencia. El cap. 10 estudia la tercera faceta: el *hurto como delito* contra las leyes del Estado. El autor detecta cómo en el s. XVI se prepara ya el paso, desde el hurto como pecado y como falta contra el mercado, a ser delito contra las leyes estatales (pp. 383-386, 403). Eso exige la razón de Estado y la actividad cada vez más fuerte de los Estados nación, también en lo económico. Las nuevas funciones del Estado hacen que el aspecto religioso del hurto se traslade hacia la intervención y tutela del mercado, y a constituir delito castigado por las leyes positivas. Así, el papel de la intención cede su relevancia a la consideración de la conducta como delito (p. 399); y las conductas delictivas aumentan para dar cabida a otras como la malversación, la insolvencia (p. 415). El proceso culmina con el código civil napoleónico que eleva el patrimonio a la categoría de valor supremo, junto a la vida, a proteger (p. 419).

Por último, el cap. 11 sirve de epílogo, resumen (pp. 429-434), consideraciones sobre los ss. XIX y XX, y planteamiento de cuestiones sobre el momento presente (pp. 446-463).

Es posible que, en una primera aproximación al texto, se critique la escasa precisión técnica de las categorías delictivas; o también que se obvie la relevancia del concepto penal de bien jurídico; o, en fin, que su estudio diluye las fronteras entre Derecho y Moral. Con todo, pienso que se trataría de críticas infundadas. Veámoslo.

El lector penalista puede echar en falta, en primer lugar, una referencia más precisa a los conceptos técnicos de las concretas figuras delictivas estudiadas, de modo que el libro adolecería de la necesaria precisión dogmática de los conceptos jurídico-penales mencionados: así, las estructuras y conceptos de hurto, robo o estafa, por ejemplo, requerirían mayor precisión. Pero no era pretensión del autor elaborar un preciso y, menos todavía, completo estudio sistemático de la criminalidad patrimonial. En este sentido, la aportación clave de esta obra no es tanto sistemática o estructural, cuanto de evolución de la visión política de realidades consideradas valiosas. Su aspiración es la de acceder a una nueva comprensión de la realidad que nos permita entender también el momento presente. Y en esto pienso que podemos aprender, y no poco. Concretamente, para el estudio de esa realidad que denominamos orden socioeconómico; como también para la idea misma de bien jurídico.

Con esto, paso en segundo lugar, a la posible crítica de obviar o ignorar un concepto tan propio de la doctrina penal como es el de bien jurídico. Sin embargo, lo que la lectura de esta obra invita a pensar es que las realidades consideradas valiosas (patrimonio o riqueza, como también vida, libertad, honor...) no son objetos tangibles y estáticos dados en un momento concreto, sino que en su configuración han ido confluyendo no pocos elementos e intereses, como líneas de fuerza que solo en perspectiva histórica se evidencian. Sucede, más bien, que se da una mutua relación de influencia –aquí, expresiones como las de «estrecha imbricación», «simbiosis», «ósmosis», «entrecruzamiento», tan reiteradas por el autor resultan más que ilustrativas–, hasta el punto de que la regulación influye en la percepción de los bienes, y estos en los intereses sociales y otras fuerzas de influencia social. No estaría de más por nuestra parte admitir como hipótesis que los bienes jurídicos se van configurando al ritmo de intereses y pretensiones sociales de diverso orden.

En tercer lugar, cabría pensar de entrada que la ilustrada frontera entre Derecho y Moral queda diluida, cuando no borrada, lo cual debería hacernos desconfiar del contenido de esta obra. Entiendo, sin embargo, que la evolución histórica, bien documentada y fundada, evidencia una simbiosis y mutua influencia que deberían llevar a dudar del postulado ilustrado. La separación no resulta tan evidente ni tan fácil el trazado de una neta línea divisoria. Parece claro que, a fin de cuentas, sobre el ciudadano se proyectan simultáneamente pretensiones normativas de diversa índole. Y, más que nítida separación, quizás convendría hablar de fructífera ósmosis.

Por todo lo señalado, la lectura de esta obra resulta de sumo interés al penalista. En primer lugar, porque contextualiza en la historia del pensamiento y el Derecho las categorías e instituciones que han dado contenido a la discusión doctrinal. El propósito del autor de «barajar las cartas de nuevo» tiene sentido, para remover modos de pensar establecidos que son más formales que materiales. Así, la aparición del mercado, en el contexto de la «república internacional del dinero», y su imbricación con las esferas religiosas y jurídicas resulta de gran interés. Pone de manifiesto, en segundo lugar, cómo la acción humana y la política jurídica (política criminal, si se quiere) se alimenta de un conjunto de ideas y categorías que se entrelazan desde muy antiguo. En este sentido, no parece realista llegar a comprender la acción humana, lo mismo que la política, sin tomar en cuenta esos otros órdenes normativos que influyen de hecho, y desde antiguo, en las decisiones de las personas. Lo moral, en sentido amplio, abarca no solo lo ético,

sino también lo religioso y las regulaciones que para afrontar el mercado y la vida social se hayan dictado. En este sentido, la perspectiva histórica, de siglos, permite vislumbrar la existencia de líneas de fuerza que llegan hasta el momento presente. La exposición que lleva a cabo PRODI se halla fundamentada en fuentes jurídicas, filosóficas, legislativas, etc., que aportan autoridad a sus consideraciones.

Como el autor señala: «Mi único propósito ha sido reunir factores históricos que con demasiada frecuencia se consideran por separado» (p. 432). Se trata de una ambiciosa empresa que se proponía su autor, y que marca también un modo de trabajar del que sin duda podemos aprender. Su lectura proporciona una visión original de lo clásico que aporta luces nuevas a los temas que damos por sabidos. Ya solo por este motivo, su lectura es recomendable. Personalmente, llegué a este libro por recomendación de mi colega y amigo Mario PEREIRA, a quien agradezco haberme hecho descubrirla. Mi escepticismo y curiosidad iniciales se rindieron enseguida para dar paso al asombro ante una obra admirable.

InDret

2.2025

Réplica a la Recensión de Carlos Pérez del Valle a El error de prohibición en el Derecho penal económico, Atelier, Barcelona, 2024, 289 páginas (InDret 1.2025)

Leopoldo Puente Rodríguez
Universidad Autónoma de Madrid
leopoldo.puente@uam.es

-

Debo comenzar por agradecer al Prof. PÉREZ DEL VALLE la recensión que ha hecho de mi trabajo. De entrada, por el detallado, amable y fiel resumen de él, que es algo que no siempre sucede en un género en el que, para exacerbar en poco espacio las divergencias, se puede tender a la caricatura. También por la ocasión que me brinda para poder matizar o aclarar algunas de las ideas que expongo en aquel trabajo, como haré inmediatamente. Pero, ante todo, por dos razones que se separan un poco más de lo que puede resultar habitual. Por un lado, porque sus sugerentes observaciones me han permitido comprender más cabalmente lo que yo mismo sostengo y algunas de sus implicaciones (algo diré al respecto más adelante). Por otro, porque para preparar esta «réplica» he podido acercarme a la concepción del Derecho penal que postula desde hace algún tiempo el Prof. Carlos PÉREZ DEL VALLE, que injustamente había desatendido, y que, en lo metodológico, se distancia bastante del modo (mucho menos articulado) que tengo de ver todas estas cuestiones. Ello ha supuesto para mí un indudable enriquecimiento y, en cierto sentido, un «soplo de aire fresco».

El posicionamiento minoritario del autor al que ahora me refiero, sólidamente fundado, aunque presenta numerosos puntos de contacto con otros importantes penalistas de nuestro panorama actual, se encuentra explicitado con una claridad poco frecuente. Como la adopción de unas u otras premisas metodológicas no es neutra y surte efectos a la hora de adoptar decisiones, expongo brevísimamente sus lineamientos antes de apuntar mis divergencias con aquellos y pasar a realizar algún comentario al respecto de varias de las observaciones que me dirigía agudamente en su recensión. Para hacerlo acudiré a sus sugerentes *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (2024, 8ª ed., Dykinson, Madrid). En ellas, el Prof. PÉREZ DEL VALLE confiesa partir de «una concepción del derecho propia del iusnaturalismo clásico» (p. 23). A su juicio, «la ley natural (...) proporciona las normas morales en las que se asienta la validez del derecho y, por tanto, su obligatoriedad; y legitima la fuerza ante el fracaso de la norma como orientación de conducta» (p. 35). Y, finalmente, en lo que a la sucinta exposición que aquí puedo hacer se refiere, admite que «los presupuestos asumidos (...), sobre la base de la ley natural, son contrarios a esta visión contractualista liberal» (p. 47). Mi planteamiento, en cambio, menos desarrollado y con más frágil sustento teórico, asume precisamente esa «visión contractualista liberal» y no rehúye la etiqueta de «positivista». Cabría preguntarse, en cualquier caso, en un ejercicio ahora de autocritica, por qué autores que no defenderían concepciones políticas liberales o las matizarían profundamente (entre quienes me encuentro) abrazan, en cambio, con tanta efusividad, concepciones penales liberales; máxime cuando es un lugar común entre ellos/nosotros declarar con solemnidad que no cabe trazar una cesura entre una determinada concepción del Derecho penal y los planteamientos políticos que subyacen a cada autor. Si todo lo anterior es cierto, las opciones son, según creo, solo dos. O muchos penalistas que no se creen políticamente liberales

en realidad lo son; o existen razones (por lo general no explicitadas) por las que puede ser sensato que un no-liberal en lo político defienda un Derecho penal liberal. No puedo desarrollar esto ahora, aunque tampoco podía resistirme a apuntarlo.

Esta divergencia de método conlleva consecuencias. Y es que no podía ser de otro modo, habida cuenta de que la asunción de unas determinadas premisas no constituye un mero acto de expresión de identidad, sino, también, un compromiso a la hora de desarrollar argumentos. Ello se percibirá (creo) nítidamente al abordar algunas de las cuestiones que quiero tratar aquí.

Paso, así, a realizar de modo necesariamente selectivo *algunas* observaciones al hilo del texto que recensiono mi trabajo, dadas las sensatas limitaciones de espacio de las que dispongo. Comenzaré tratando uno de los muchos puntos de acuerdo que existen entre el Prof. PÉREZ DEL VALLE y yo: no cabe apreciar un error de prohibición en la persona jurídica (aunque, como explico en la p. 104 de la obra recensionada, considero que, como excepción, cabría admitirlo en los supuestos de dudas objetivamente irresolubles porque las razones de impunidad en estos casos son algo particulares). Creo que nuestro acuerdo es prácticamente total en las consecuencias y en buena parte del recorrido que nos conduce a ellas: el problema, para ambos, es de base y es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta inadecuada, entre otras razones, porque la realidad impone límites al proceso de normativización (por mucho que este resulte bienvenido y necesario). Mientras que el autor con quien ahora discuto entiende que «existen razones de fondo para poner en tela de juicio» la atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas basadas en que «la pena cumple una función específica en el proceso de socialización: sólo puede ser impuesta a sujetos capaces de ser culpables, lo que supone que sean capaces de asumir una identidad personal en sentido social» (2024, *Lecciones de Derecho penal*, 8ª ed., Dykinson, Madrid, p. 84), creo que es posible encontrar tales razones ya en un momento anterior; lo que eludiría el espinoso problema de las funciones que atribuimos (o no) a las penas. A mi juicio, la clave reside en que la teoría jurídica del delito, aunque no estemos acostumbrados a verla así, no es más que una de (entre muchas otras) las garantías que exigimos para imponer una pena. Y las exigimos porque la pena «duele», porque el Derecho penal «juega» con el sufrimiento y queremos controlarlo. Desde el momento en el que asumimos (y quiero creer, aunque uno nunca pueda estar seguro de ello, que sobre esto existiría consenso) que las personas jurídicas carecen de sistema nervioso, no tendría sentido extender las garantías penales (teoría del delito incluida) a las personas jurídicas. Por ello, no considero necesario embarcarse en la más espinosa cuestión sobre si es *posible* construir una teoría del delito para ellas. Sea posible o no, no es necesario.

Otro punto de acuerdo con el Prof. PÉREZ DEL VALLE lo encuentro en algo que él apunta y de lo que yo, ciertamente, no doy debida cuenta en mi trabajo: de los tres «frentes abiertos» que abordo en el último capítulo, dos son, en realidad, el mismo. Y es que al tratar separadamente el error sobre la posición de garante y sobre el riesgo permitido, parezco dar a entender que se trata de dos problemas diferentes cuando, sin embargo, si no son el mismo, se parecen mucho. Las premisas de esta última afirmación, sintetizadas ahora, serían las siguientes: (1) la posición de garante es un elemento de la autoría/participación; (2) la autoría se desprende de los tipos penales concretos; (3) la imputación objetiva consiste, en muy buena medida, aunque no en su totalidad, en determinar qué es lo que prohíben los tipos penales; así (4) los tipos penales (y, esencialmente, los verbos típicos tras su interpretación) determinan qué está prohibido y, en consecuencia, quién puede infringir la prohibición. PÉREZ DEL VALLE, en un sentido próximo, entiende que «el punto de vista de la doctrina más reciente» (conforme a la cual «la participación en el delito es una cuestión de imputación») «es correcto» (2024, *Lecciones de Derecho penal*, 8ª

ed., Dykinson, Madrid, p. 279). Para quienes partimos (yo lo hago) de que la cláusula del art. 11 CP no era necesaria para poder responder en comisión por omisión, la cuestión se reduce, poniendo el «sencillo» ejemplo del art. 138 CP, a determinar quién «mata» (por acción u omisión). Para responder a esa pregunta se tornan vitales las consideraciones sobre imputación objetiva y para generar un riesgo desaprobado de matar por omisión es preciso ostentar una posición especial: la de garante. Albergó dudas, en cualquier caso, acerca de que todo lo que tradicionalmente incluimos en la categoría «imputación objetiva» tenga un reflejo inmediato en lo referente a cuestiones de autoría y participación, pero no estoy en condiciones de expresarlas ahora. Así las cosas, creo que tenía razón el Prof. PÉREZ DEL VALLE en sus consideraciones al respecto (aunque seguramente si escribiera ahora el último capítulo seguiría estableciendo una división entre ambas cuestiones por razones expositivas, añadiría, sin duda, alguna explicación en este sentido).

Llego ahora al tercer (y penúltimo) aspecto que quisiera tratar en estas páginas: el relativo al fundamento de la exención de pena en el error de prohibición. Como bien apunta el Prof. Carlos PÉREZ DEL VALLE en su recensión, existe aquí una «discrepancia que incide en el método» y es que, creo, en este punto no es posible afirmar que haya acuerdo. A juicio de este autor (detalladamente expuesto en PÉREZ DEL VALLE, 2017, «Impunibilis y el derecho “en sentido subjetivo”», *InDret*, 3, pp. 24 y ss.), «la exclusión de la pena cuando existe un error de prohibición inevitable (...) presupone un contexto en el que, pese a la infracción del derecho, subsiste una actitud normativa de respeto al derecho como fuente de normas de conducta» (p. 25). Se trata, en definitiva, si no lo entiendo mal, de si el sujeto, con su delito, expresa o no rechazo a la norma jurídica como guía legítima de conducta. Esto, es obvio, encaja sin fricciones en sus premisas (descritas al comienzo de estas páginas). Una vez que unas normas jurídicas son efectivamente Derecho natural parece que su infracción (siempre, claro, que se den determinadas condiciones) legitiman la imposición del castigo. A mi juicio, en cambio, sería preciso deslindar las «buenas razones» para castigar (que una norma sea justa) de las «razones suficientes» para hacerlo. Entiendo que en una sociedad como la nuestra en la que resulta legítimo discrepar tanto del contenido de las normas como de su proceso de elaboración (más o menos democrático), que una norma sea «justa» (suponiendo que podamos ponernos de acuerdo sobre lo que ello signifique) es una condición necesaria, pero no suficiente, del castigo. A estos efectos, creo que es preciso «algo más»: conocer las consecuencias de esta infracción de las normas. Esto encaja perfectamente en una concepción contractualista-liberal del Derecho penal a la que, como he dicho, me adhiero (y ello, incluso, aunque alguno de sus más destacados representantes, como NINO o MAÑALICH, con los que *ahora* no puedo entrar en debate, no compartan esta conclusión). Por ello, aunque PÉREZ DEL VALLE y yo coincidamos en buena medida cuando hablamos del deber de conocer el Derecho, estamos partiendo de un concepto diferente de Derecho (y esto es algo que quizás no enfatice suficientemente en mi trabajo), pues yo incluiría en él no sólo lo que usualmente se denominan normas de conducta, sino también las llamadas normas de sanción.

Por último, tras señalar acuerdos y disensos reales y aparentes, quisiera mostrar que hay un punto en el que, como consecuencia, indudablemente, de una imprecisa explicación por mi parte, no existe, en realidad, según creo, diferencia entre nosotros. Me refiero ahora a la cuestión del «agotamiento de la dogmática» y es que puede parecer que abogo por desembarazarnos de los autores que nos han precedido para afrontar los nuevos retos no se sabe bien con qué novedosas herramientas. El pasaje en el que puedo inducir a un error sobre mi postura es el siguiente:

«Buena parte de la doctrina abandona hoy el barco de la dogmática o de la teoría jurídica del delito en el entendido de que esta se encuentra prácticamente agotada tras la continua revisión y perfeccionamiento a la que se ha visto sometida por algunas de las mejores cabezas de cada generación de penalistas.

Este planteamiento resulta errado por cuanto se representa la teoría jurídica del delito como una suerte de construcción ideal despegada de la realidad material a la que sirve. Si así fuera, si la dogmática jurídica fuera una especie de poema que ha sido refinado de generación en generación, ciertamente sería vanidoso pensar que quede nada que aportar a ella (por mi parte o por la de cualquiera de mis compañeros). Sin embargo, la dogmática jurídica no es nada de eso: es un instrumento que sirve a una realidad social concreta. En esa medida es preciso refinar el instrumento (o incluso cambiarlo) cuando la sociedad cambia. Si no, los académicos seríamos como el veterinario que emplea el mismo instrumental para intervenir quirúrgicamente sobre un pez tropical y sobre una vaca. Por supuesto que muchas de las ideas y construcciones que se han ofrecido en décadas (¡y siglos!) anteriores son útiles hoy en día (en ocasiones, mucho). Sin embargo, es absurdo creer que la dogmática se está agotando, y ello por la sencilla razón de que la sociedad (de la que la dogmática es tributaria) no solo no muestra síntomas de agotamiento (desde luego, no si entendemos “agotamiento” en un sentido absolutamente neutro), sino que, al contrario, evoluciona a una velocidad nunca vista.

Estaría encantado de escuchar por parte de los sepultureros de la dogmática cuáles son las soluciones que Binding, Beling o Feuerbach desarrollaron para los delitos cometidos a través de internet, la inteligencia artificial o los que se cometen en el marco de sociedades tan culturalmente heterogéneas como las nuestras. Pero sinceramente creo que poco podrán encontrar en ellos, que, al fin y al cabo, desarrollaron construcciones muy sofisticadas para su sociedad, pero no para la nuestra» (p. 34 de la obra recensionada).

En este último tramo, no reprocho a los autores citados que no tengan nada que aportar, sino que los «sepultureros» afirmen que las discusiones de la teoría del delito están agotadas porque autores muy inteligentes ya han pensado sobre ello. Critico a quienes dicen que no hay más que hacer porque ya está todo hecho desde hace años. El problema, que he generado torpemente, es que para reivindicar a la doctrina contemporánea parece que censuro a aquellos que nos precedieron. Nada más lejos de mi ánimo y de mi planteamiento que esto último.

Canta Silvio Rodríguez: «yo digo que no hay quien crezca más allá de lo que vale y el tonto que no lo sabe es el que en zancos se arresta». Y también lo afirmo yo. Entre las sólidas espaldas de quienes nos han precedido y los inseguros zancos que pueda proporcionarnos nuestra arrogancia me quedo yo también (como el Prof. PÉREZ DEL VALLE) con la estabilidad que nos ofrecen las primeras, aunque quepa discutir sobre cuáles son las más adecuadas para servirnos de apoyo.

Concluyo agradeciendo al Prof. Carlos PÉREZ DEL VALLE la oportunidad de conversar con él que me regaló con su recensión en la esperanza de que la discusión prosiga por estos y otros medios, pues me ha supuesto un enorme placer y enriquecimiento participar en ella.